

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA PENAL**

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO
Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a
los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.

Tesis Doctoral

Vol. I

Myrna Villegas Díaz

Dirigido por: Prof. Dr. José Ramón Serrano Pineda
Prof^a. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA PENAL**

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO
Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a
los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.

Tesis Doctoral

Vol. II

Myrna Villegas Díaz

Dirigido por: Prof. Dr. José Ramón Serrano Pineda
Prof^a. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez

A Mauricio, Pedro y José Miguel, que se fueron de esta época, corriendo apurados entre disparos y sangre, y hoy nuevamente caminan por la calle, retumbando el cemento...

A Luis Alejandro, pequeño pájaro melancólico de alas cortadas, raíz fina de luz en las murallas húmedas y sombrías, vencedor en la órbita más lúgubre de mi nostalgia, prisionero impenitente, eterno buscador en los ruidos implacables del silencio...

A todos los que sufren la ironía de los palomares en sus celdas...

A Luis Díaz Vergara, mi abuelo. Roble, coraje y valentía. Por su lucha incansable, por la firmeza de sus principios, porque su corazón aún resuena entre las ramas del ciruelo...

A Ricardo, nuestro hermano, porque jamás lo injusto le fue indiferente...

A mis padres, mis hermanos, y a mi Familia, que supieron trazar colores cuando se nos exigía blanco y negro, por esos valores que ellos nos dejaron: la solidaridad, la justicia y la igualdad.

A Diego Alonso, brisa serena en medio del tiempo de las muertes anunciadas, hilito de luna en medio de tanta oscuridad. Por la ilusión y la esperanza. Porque nadie, hermano mío, puede prohibirnos soñar.

A todos aquellos que creemos en la libertad, esa libertad que no tiene precio, la libertad que se lleva dentro.

Mis mas sinceros agradecimientos a todos aquellos que hicieron posible este trabajo:

A la Universidad de Salamanca, por haberme acogido en sus aulas y posibilitado mi desarrollo académico y personal. A mis directores de Tesis, Sres. José Ramón Serrano Pie de Casas y Laura Zúñiga Rodríguez, por la fe y confianza que en mí depositaron al acceder dirigir una investigación en un tema que tanto escozor ocasiona en la sociedad. Por su apoyo y su fe inquebrantable en lo que se hacía.

A mis padres, a mis hermanos y a mi Familia toda, porque en las horas más difíciles, y aunque lejos, siempre estuvieron presentes de una u otra manera.

A los compañeros del Área Penal de la Universidad de Salamanca, por ese empuje que encontré en cada uno de ellos, tan necesario para seguir adelante.

A Mideplan (Ministerio de Planificación y Cooperación- Chile), por la beca concedida y que posibilitara mi estancia en España. Al Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Chile y al Departamento de investigación de la Universidad Diego Portales (Chile) por el importante apoyo bibliográfico otorgado. A CODEPU (Comité de defensa de los derechos del pueblo), y a todo el personal que lo integra, en especial a Hugo Gutiérrez, por el importante e inédito material que facilitaron para esta investigación, y sobre todo por la infatigable labor en pro de la defensa de los derechos del pueblo chileno. A Alberto Espinoza, por el importante material, asimismo inédito que me facilitó, y por su incansable labor en defensa de los derechos de quienes hoy se encuentran privados de libertad en la Cárcel de Alta Seguridad (Chile).

Por supuesto, qué duda cabe, a mis amigas y amigos (ellas y ellos saben quiénes son), por el cariño, la comprensión y el apoyo durante todos estos años de trabajo, y en especial a Washington, por su irremplazable ayuda y su infinita paciencia.

A todos quienes de una u otra manera contribuyeron a hacer posible esta tarea.

ÍNDICE GENERAL

Indice de abreviaturas utilizadas	XV
INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE CONSIDERACIONES POLÍTICAS E HISTÓRICAS

CAPÍTULO I EL ESTADO. PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

I.- Preliminares	25
II.- LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD	28
1. Legitimidad, soberanía y nacionalismos	28
1.a. La soberanía popular	30
1.b. La soberanía nacional	35
1.b.1. Las ideologías nacionalistas	35
1.b.2. La Doctrina de Seguridad Nacional	41
2. Legalidad y legitimidad	43
3. Legitimidad y legalidad en las democracias occidentales: crisis de legitimidad, Estado de derecho y derechos humanos	46
3.a. Preliminares	46
3.b. El Estado y las crisis de legitimación	47
3.b.1. El Estado Social o Estado de Bienestar: el modelo de las democracias occidentales	53
3.b.2. La Crisis del Estado Social: ausencia de legitimidad.	56
3.b.3. Alcances políticos y jurídicos de la crisis de legitimación. El Estado de Derecho	60
a. Concepto	60
b. El Estado Social y Democrático de Derecho: Un modelo en crisis	62
b.1. Consecuencias a nivel social y político: La desvirtuación de los postulados social y democrático del Estado de Derecho	66
b.2. Consecuencias a nivel jurídico: los mecanismos de control social y los derechos fundamentales	69
4. Legalidad y legitimidad en América Latina: crisis, Estado de Derecho y derechos humanos (especial referencia al caso chileno)	72
4.a. Consideraciones preliminares	72
4.b. El caso chileno	77
4.b.1. El estado de Derecho en Chile bajo la dictadura militar	79
4.b.2. La transición hacia la democracia y el Estado de Derecho	80
a) El problema de los derechos humanos	81
a.1) Primera etapa (1990-2000): La ambigüedad en el juzgamiento de los crímenes cometidos bajo el régimen militar	81
a.2) Segunda etapa (2001 a la actualidad): El procesamiento del general Pinochet	85
b) Transformación política, crecimiento económico y desigualdades sociales	86
c) El Estado de Derecho bajo el régimen democrático	87
d) A modo de conclusión	91
5. El proceso de globalización de la economía y las crisis de legitimidad democrática	93
6. Legitimidad, estabilidad política y derecho penal como instrumento de control social	99
III.- CONCLUSIONES	105

CAPÍTULO II EL TERRORISMO COMO FENÓMENO HISTÓRICO Y SOCIAL

I. Preliminares	117
II. LA VIOLENCIA POLÍTICA	123
1. Aproximación conceptual	123
2. Legitimidad en el uso de la violencia política	124
3. Tipos de violencia política	129
3.a. De acuerdo a la ideología	130

ÍNDICE GENERAL

3.a.1. La violencia revolucionaria o de izquierda	130
3.a.2. La violencia conservadora o de derecha	132
3.b. Atendiendo a los sujetos activos	132
3.b.1. La violencia del Estado	133
1.a. Violencia estatal ilegítima e ilegal	134
3.b.2. La violencia insurgente	137
2.a. La guerrilla y el terrorismo	137
2.b. La violencia nacionalista	141
4. Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina	142
4.1. España	142
4.2. Irlanda del Norte y Gran Bretaña	155
4.3. Alemania	158
4.4. Italia	161
4.5. Francia	165
4.6. Chile	168
4.7. Colombia	174
4.8. Perú	178
III. EL DELITO POLÍTICO	182
1. Evolución histórica del delito político y aproximación conceptual	182
2. La noción de delito político: criterios para su asentamiento	186
2.a. Teoría objetiva	186
2.b. Teoría subjetiva	187
2.c. Teorías Mixtas o eclécticas	189
3. Clasificación de los delitos políticos	193
IV. EL TERRORISMO	196
1. Un intento de caracterización	196
2. Formas del Terrorismo	205
2.a. El terrorismo insurgente o subversivo	206
2.b. El terrorismo de Estado	209
3. Alcances de la expresión terrorismo. Algunas concepciones desde las Ciencias Sociales	214
V. CONCLUSIONES	218

SEGUNDA PARTE

TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

CAPÍTULO III

LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL Y CRIMINOLÓGICA AL TERRORISMO

I. Preliminares	231
II. TRATAMIENTO CRIMINOLÓGICO DEL TERRORISMO	240
1. Aproximación histórica acerca de la concepción criminológica del terrorismo	240
2. Toma de posición frente a la delincuencia terrorista: La Criminología crítica y el concepto de desviación social	248
3. El terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción	256
4. Terrorismo ¿Crimen organizado?	259
5. ¿Cómo hacer para intentar dar solución al problema de la desviación terrorista?	267
III. LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL AL TERRORISMO: LAS LEGISLACIONES DE EXCEPCIÓN	269
1. Criterios de legitimación de la excepcionalidad jurídica y sus manifestaciones	270
2. Análisis comparado: Manifestaciones y consecuencias de la excepcionalidad jurídica en las legislaciones de Chile y España.	279
2.a. En el plano sustantivo penal	279
2.a.1. En cuanto a la tipificación de las conductas y su penalidad	279
2.a.2. Especial consideración sobre las inhabilidades y suspensión del empleo público	282
2.a.3. Comentarios acerca de la última reforma en la ley penal española (LO 7/2000)	283
a) Código Penal	283
a.1. La “exaltación” del terrorismo	283
a.2. Extensión de la punibilidad en casos de terrorismo al margen de bandas armadas. Violencia callejera	284

a.3. La inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos	285
a.4. Protección penal a concejales y corporaciones locales	286
b) Ley de Responsabilidad Penal del menor	287
2.b. En el ámbito procesal penal. Suspensión de derechos fundamentales.	290
2.c. Tratamiento penitenciario especial	299
2.c.1. Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo en España.	299
a. Consideraciones previas	299
b. Tratamiento penitenciario	302
b.1. La aplicación de la política de dispersión v/s política de concentración	303
b.2. El régimen cerrado y la clasificación en primer grado de tratamiento penitenciario	304
c. El cumplimiento efectivo de las penas	307
2.c.2. Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo en Chile	308
a. Consideraciones previas	308
b. Legislación penitenciaria	309
b.1. Principios generales	309
b.2. Excepcionalidad en casos de terrorismo y a sujetos pertenecientes o relacionados con organizaciones armadas	310
b.2.1. La aplicación de la política de concentración y su reclusión en establecimientos penitenciarios especiales o departamentos especiales al interior de un recinto penal común	311
b.2.2. Notas distintivas del régimen interno de los penales de máxima seguridad a la luz de la legislación vigente	314
b.2.3. Limitaciones en los beneficios penitenciarios	317
2.d. Las medidas premiales en los delitos de terrorismo: el arrepentimiento eficaz	319
2.e. El indulto y la amnistía	323
IV. CONCLUSIONES	327

CAPÍTULO IV LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL COMPARADA

I. Preliminares	343
II. LA RESPUESTA LEGISLATIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL	344
1. Los Convenios Internacionales	344
2. Los delitos de terrorismo en la extradición: La despolitización de las conductas terroristas	347
2.a. Consideraciones previas y algunas precisiones conceptuales.	347
2.b. La distinción entre delitos políticos y delitos de terrorismo a efectos de la extradición.	348
2.c. El principio de “aut dedere aut iudicare” como restricción al privilegio extraditorio de los delitos políticos	353
3. El papel legitimador de las instituciones europeas frente a las legislaciones nacionales:	355
3.a. El Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977	355
3.b. La cooperación judicial y policial.	358
3.c. Las incongruencias en la concepción jurídica del terrorismo a nivel internacional.	363
4. El Tribunal Penal Internacional y los delitos de terrorismo	365
5. El papel de los organismos internacionales americanos frente a las legislaciones nacionales	366
III. LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA	368
1. La legislación europea	369
1.a. El Reino Unido de Gran Bretaña	369
1.b. Alemania	378
1.c. Italia	382
1.d. Francia	388
2. La legislación comparada en América Latina	391
2.a. Colombia	392
2.b. Perú	404
IV. CONCLUSIONES	419
ANEXO	425

CAPÍTULO V
LA LEGISLACIÓN NACIONAL EN ESPAÑA Y CHILE

I. Preliminares	429
II. LA LEGISLACIÓN NACIONAL. Aproximación histórica y regulación actual	431
II.1. La legislación chilena frente a los delitos de terrorismo. Aspectos penales y procesales	431
1. La normativa antiterrorista hasta el último régimen militar	431
1.a. La criminalización de la disidencia política bajo el régimen militar	434
1.b. El terrorismo bajo el régimen constitucional autoritario. Marco constitucional	440
1.b.1. El marco político y su incidencia en el ámbito jurídico institucional	440
1.b.2. La Constitución Política de 1980: La condena del terrorismo y la suspensión de derechos fundamentales	441
2. Marco legal. La ley 18.314, sobre conductas terroristas	444
2.1. Aspectos sustantivo penales	445
2.1.a. ¿Y el concepto de terrorismo?	447
2.2. Aspectos procesales	449
2.2.a. Procedimiento aplicable y titularidad de la acción penal	449
2.2.b. Competencia de los tribunales para el conocimiento y fallo de estos delitos.	449
2.2.c. Suspensión de garantías fundamentales	450
3. Los delitos de terrorismo en el régimen democrático: las reformas a la ley 18.314	453
3.1. Ley N° 18.937	454
3.2. La reforma de las denominadas “Leyes Cumplido”	455
3.2.a. Aspectos constitucionales en los delitos de terrorismo: La adecuación de la Ley a la Constitución y la reforma constitucional	456
3.2.b. Aspectos del derecho internacional	457
3.2.c. Aspectos sustantivo penales: Comentarios sobre la Ley 19.027 y sus posteriores modificaciones	457
a) Concepto jurídico del terrorismo	457
b) Penalidad	458
c) Íter críminis	459
d) Ley 19.241	459
e) La atenuación de la pena como consecuencia del arrepentimiento eficaz	459
3.2.d. Aspectos procesales: Comentarios a las leyes 19.027 y 19.047	459
a) Competencia y el procedimiento aplicable	460
b) La detención	460
c) Prisión provisional y la excarcelación	462
d) Incomunicación	462
e) Entrada y registro domiciliario, intervención en las comunicaciones	463
f) La recalificación de los delitos de terrorismo cometidos bajo la dictadura militar y el traspaso de competencias	464
4. Otras normas sustantivo penales relacionadas con la Ley 18.314	465
4.1. El Código Penal	465
4.2. Ley de Seguridad del Estado N° 12.927 (Decreto Supremo n°890 de 26 de 1975)	466
4.3. Ley de Control de Armas N° 17.798 (13 abril de 1978)	468
II.2. La legislación española frente a los delitos de terrorismo. Aspectos penales y procesales	469
1. La normativa antiterrorista hasta la dictadura franquista	469
2. La normativa antiterrorista en el gobierno democrático	473
2.a. La incorporación de los delitos de terrorismo a la legislación penal común y creación de la Audiencia Nacional	473
2.b. Los delitos de terrorismo en el régimen constitucional: La suspensión de derechos fundamentales y la adecuación de la ley penal a la Carta Fundamental.	476
2.c. Retorno a los delitos de terrorismo como delitos específicos: Las leyes penales especiales	482
2.d. Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal	484
2.d.1. La reforma sustantivo penal de la LO 3/1988	484
2.d.2. La reforma procesal penal: La LO 4/1988. Regulación procesal vigente	487
3. Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995	493
III. Conclusiones	497
I. En cuanto a la legislación chilena	497
II. En cuanto a la legislación española	503
III. Consideración final	508

TERCERA PARTE
ANÁLISIS SUSTANTIVO PENAL DEL TERRORISMO A LA LUZ DE LOS
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE CHILE Y ESPAÑA.

CAPÍTULO VI
HACIA UN CONCEPTO JURÍDICO DEL TERRORISMO.
LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE TERRORISMO.

I. Preliminares	511
1. ¿Por qué es necesario definir o intentar delimitar jurídicamente el terrorismo?	513
2. ¿Cuáles son los elementos esenciales que nos permiten arribar a un concepto de terrorismo?	516

APARTADO PRIMERO: *Sobre el concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España*

I. Concepciones doctrinarias (con algunas notas jurisprudenciales)	518
Digresión acerca del terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno.	530
II. Concepto jurídico del terrorismo en las legislaciones de Chile y España: descripción legal	533
1. Concepto de terrorismo en la legislación chilena	533
2. Concepto de terrorismo en la legislación española	537

APARTADO SEGUNDO: *El bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo*

1. Consideraciones previas	540
1. Evolución histórica, trascendencia del concepto de bien jurídico y sus funciones en el derecho penal	540
2. Contenido material y concepto de bien jurídico: Las discrepancias en la doctrina	545
2.1. Las teorías constitucionalistas	545
2.2. Las teorías sociológicas o sociales	547
2.3. Otras teorías de tendencia sociológica o social	551
2.4. Las teorías materiales del bien jurídico	555
3. El bien jurídico protegido y lo injusto penal	561
3.1. Bien jurídico, desvalor de resultado y desvalor de acción	561
3.2. Bien jurídico y objeto material del delito	562
3.3. Bien jurídico y delitos de peligro: delitos de resultado de peligro concreto y delitos de peligro abstracto	563
II. Contenido material del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Toma de posición	566
1. El contenido material del bien jurídico: las relaciones sociales en conflicto	567
2. El carácter plural del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Bienes jurídicos colectivos e individuales	569
III. Criterio de valoración jurídico penal del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Toma de posición	576
1. El criterio de valoración jurídica del objeto de tutela penal: derechos humanos como valores intersubjetivos y necesidades humanas	578
1.1. Los derechos humanos como necesidades humanas. Premisa antropológica	580
1.2. Los derechos humanos y consenso. Premisa metodológica	584
1.3. La exigencia de adecuación del ordenamiento jurídico a los derechos humanos como criterio valorativo. Protección constitucional y bienes jurídicos	586
IV. El bien jurídico protegido a la luz del concepto dogmático de terrorismo en las legislaciones chilena y española	589
1. Bien jurídico protegido en la ley chilena: ley 18.314, sobre conductas terroristas	590
1.1. Interpretación legislativa	590
.....1.2. Interpretaciones	591
.....1.3. Aproximación al concepto de orden público: La diferencia entre delitos de terrorismo y delitos contra la seguridad interior del Estado.	592
1.4. Toma de posición (lege data y lege ferenda)	595
2. El bien jurídico protegido en la legislación española: arts. 571 y ss CP 1995	597
2.1. Aproximación al concepto de orden público.	597

ÍNDICE GENERAL

2.2. La discrepancia doctrinaria en la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.	600
2.3. Interpretación de acuerdo al texto legal.	602
V. Toma de posición: el ordenamiento constitucional democrático como bien jurídico protegido. Algunas consideraciones en torno a los bienes jurídicos individuales afectados en losdelitos de terrorismo	609

APARTADO TERCERO: *Elementos básicos del tipo de injusto en las legislaciones chilena y española*

I. Tipo Objetivo	615
1. Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: <i>¿requisito sine qua non del injusto?</i>	615
1.1. Legislación chilena: sujeto activo	619
1.2. Legislación española: sujeto activo	659
A) La banda armada, organización o grupo terrorista	623
A.1. La banda armada, organización o grupo terrorista como asociaciones ilícitas	623
a) Concepto de banda armada	624
a.1) La Organización	624
a.2) El carácter armado	626
a.3) Banda armada y banda armada terrorista	627
A.2. Concepto de organización o grupo terrorista. Diferencias con la banda armada y banda armada terrorista	631
B) Terrorismo individual	638
2. Sujeto pasivo	641
2.1. Opiniones doctrinales	642
2.2. Toma de posición	644
2.2.a. La distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción	644
2.2.b. El problema de los sujetos pasivos especiales	645
2.2.c. El Estado como sujeto pasivo genérico en todo delito	646
3. La conducta típica	647
3.1. Legislación chilena	648
A. La utilización de la violencia como método en la comisión de los delitos	648
B. El “temor”, alarma pública o terror como “medios” en la conducta	653
B.1. Algunas precisiones conceptuales	653
B.2. El efecto de alarma pública como elemento común a todos los delitos. La alarma como resultado posible en los actos de terrorismo	654
B.3. Toma de posición: el efecto de temor, alarma o terror como instrumento	655
3.2. Legislación española: la conducta	657
A. Actos realizados por sujetos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	657
A.1. La pertenencia o integración en banda armada, organización o grupo terrorista	657
A.2. Actuación al servicio, colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	659
A.3. Naturaleza jurídica de estas conductas y su sanción	661
B. Actos realizados por sujetos no relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	662
II. Tipo Subjetivo	663
1. El dolo y los elementos subjetivos de lo injusto	663
A. Rechazo de la consideración de las finalidades exigidas como móviles del delito	665
B. Rechazo de la teoría del dolo específico	666
C. Toma de posición: Las finalidades como elementos subjetivos de lo injusto	667
C.1. Rechazo de la consideración de elemento subjetivo de lo injusto trascendente	667
C.2. Toma de posición: los elementos subjetivos de lo injusto como de tendencia intensificada	668
D. Especial consideración acerca del dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual	670
2. Legislación chilena: examen de las circunstancias contenidas en el art. 1 de la ley 18.314	674
3. Legislación española	680
4. Digresión sobre culpabilidad y delincuente por convicción	682

CONCLUSIONES

1. En cuanto al concepto de terrorismo en la legislación chilena	684
2. En cuanto al concepto de terrorismo en la legislación española	687
3. En cuanto al bien jurídico protegido	690
4. En cuanto al tipo objetivo. Elemento estructural. Toma de posición	694
4.1. Rechazo a las teorías que admiten el terrorismo individual	694
4.2. Razones para aceptar la consideración del elemento organizativo en el injusto penal.	
Ventajas	696
4.3. Problemas que ocasiona la consideración del elemento estructural. Desventajas	697
5. En cuanto al tipo subjetivo. La finalidad. Toma de posición	699
5.1. Consideraciones en torno al elemento subjetivo y el bien jurídico protegido	699
5.2. Consideraciones dogmáticas	701
6. Elementos para un concepto jurídico de terrorismo	704

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE TERRORISMO

I. Preliminares	707
II. TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	710
1. Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad y la libertad	711
1.A. Delitos contra la vida y la integridad corporal	711
a) Homicidio (art.2 n°1)	711
a.1. Tipo objetivo	711
a.2. Tipo subjetivo	712
a.3. Naturaleza y clasificación del delito	713
a.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución	714
a.5. Penalidad	716
b) Atentado contra el Jefe de Estado u otras autoridades (art.2 n°3)	716
b.1. Tipo objetivo	718
b.2. Tipo subjetivo	723
b.3. Naturaleza y clasificación del delito	723
b.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución	724
b.5. Problemas Concursales	724
b.6. Penalidad	726
b.7. Algunos comentarios en torno al atentado contra el jefe de Estado, a la luz de la jurisprudencia: Del delito político al delito de terrorismo	726
c) Las lesiones (art.2 n°1)	728
c.1. Tipo objetivo	728
c.2. Tipo subjetivo	729
c.3. Naturaleza y clasificación del delito	730
c.4. Consumación	730
c.5. Penalidad	730
1.B. Delitos contra la libertad	731
a) Secuestro	731
a.1. Tipo objetivo	731
a.2. Tipo subjetivo	732
a.3. Consumación	735
a.4. Naturaleza y clasificación del delito	735
a.5. Penalidad	736
a.6. Problemas concursales	736
a.7. La reforma de la ley 19.241: la solución drástica al concurso de leyes	738
b) Sustracción de menores	741
2. Delitos de daño material y/o peligro personal	742
2.A. Delitos comunes cualificados por las características terroristas de su comisión	742
A) Envío de efectos explosivos (art. 2 n°1)	742
a.1. Tipo objetivo	743
a.2. Tipo subjetivo	744
a.3. Naturaleza y clasificación del delito	745
a.4. Penalidad	745
a.5. La doble incriminación	746

ÍNDICE GENERAL

B) Incendio y estragos	747
b.1. Tipo objetivo	747
b.2. Tipo subjetivo	748
b.3. Naturaleza y clasificación del delito	749
b.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución	749
b.5. Penalidad	750
b.6. La inadecuación de algunas conductas al concepto de terrorismo, y el problema de la doble incriminación	750
C) Infracciones contra la salud pública (art.2 N°1)	750
c.1. Tipo objetivo	751
c.2. Tipo subjetivo	752
c.3. Naturaleza y clasificación del delito	752
c.4. Problemas concursales	752
D) El descarrilamiento (art.2 n°1)	753
d.1. Tipo objetivo	754
d.2. Tipo subjetivo	754
d.3. Naturaleza y clasificación del delito	755
2.B. Delitos autónomos	755
A. Apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte público	755
a.1. Tipo objetivo	756
a.2. Tipo subjetivo	759
a.3. Naturaleza y clasificación del delito	759
a.4. Consumación	760
a.5. Problemas concursales	760
B. Colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos	761
b.1. Tipo objetivo	761
b.2. Tipo subjetivo	765
b.3. Naturaleza y clasificación del delito	765
b.4. Consumación	766
b.5. Penalidad	767
b.6. La doble incriminación	767
3. Asociación ilícita terrorista	768
3.a. Tipo objetivo	770
3.b. Tipo subjetivo	770
3.c. Naturaleza y clasificación del delito. Referencias a la consumación	772
3.d. Penalidad	774
3.e. Problemas de concurso con otros delitos	776
3.f. Digresión: la inexactitud en la cualificación como terrorista de ciertas organizaciones políticas armadas que existen en Chile	783
4. Disposiciones comunes	787
4.1. Penalidad	787
4.2. Tentativa, amenaza y punición de actos preparatorios	790
III. TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.	792
1. Asociación ilícita terrorista	792
1.a. Tipo objetivo	793
1.b. Tipo subjetivo	794
1.c. Naturaleza y clasificación	794
1.d. Penalidad	796
1.e. Problemas de concurso con otros delitos	798
1.f. Asociación ilícita y actos preparatorios	800
1.g. Reflexiones jurídicas y política criminal acerca de la incriminación penal autónoma de la asociación ilícita terrorista	800
2. Delitos comunes cometidos por individuos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	802
2.1. Tipos de riesgo catastrófico: delitos de daño material y peligro para las personas	802
A. Estragos	802
A.1. Tipo objetivo	803
A.2. Tipo subjetivo	806
A.3. Naturaleza y clasificación del delito	807
A.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución	809

B. Incendio	809
B.1. Tipo objetivo	810
B.2. Tipo subjetivo	811
B.3. Consumación y formas imperfectas de ejecución	811
B.4. Naturaleza y clasificación del delito	812
C. Penalidad para los delitos de estragos e incendio del art. 571	813
D. Problemas de concurso de los delitos de estragos e incendio terroristas con otros delitos	813
2.2. Delitos de lesión a las personas: atentados contra la vida, la integridad y la libertad	816
A. Tipo Básico. Art. 572.1	817
1. Delitos contra la vida: Homicidio (art. 572.1, 1º)	817
1.a. Tipo objetivo	817
1.b. Tipo subjetivo	818
1.c. Naturaleza y clasificación del delito	821
1.d. Penalidad	822
1.e. Consumación y formas imperfectas de ejecución	822
2. Delitos contra la integridad: Lesiones	823
2.a. Lesiones graves	824
2.a.1. Tipo objetivo	824
2.a.2. Tipo subjetivo	825
2.a.3. Naturaleza y clasificación del delito	825
2.a.4. Penalidad	827
2.b. Lesiones menos graves	827
2.c. Consumación y formas imperfectas de ejecución	828
2.d. Problemas concursales	828
2.e. Otros problemas	829
3. Delitos contra la libertad: Secuestro personal, Detención ilegal, Amenazas y Coacciones.	829
3.a. Detenciones ilegales y secuestro	829
3.a.1. El bien jurídico protegido en las detenciones ilegales y secuestro terrorista	832
3.a.2. Ámbito de punibilidad del art. 572 n°s 2 y 3	836
3.a.3. Tipo objetivo	837
3.a.4. Tipo subjetivo	839
3.a.5. Naturaleza y clasificación del delito	840
3.a.6. Algunas cuestiones relativas a la antijuridicidad de la conducta en ciertos casos	842
3.b. Amenazas	843
3.b.1. Bien jurídico protegido que resulta inmediatamente afectado	844
A) Amenaza de mal constitutivo de delito	845
B) Amenaza de mal no constitutivo de delito	846
C) Amenazas del art. 620 CP.	847
3.b.2. Toma de posición en torno al ámbito de punibilidad del art. 572.1. 3º	848
3.b.3. Art. 572.1, 3º en relación con art. 169	850
a) Tipo objetivo	850
b) Tipo subjetivo	852
c) Naturaleza y clasificación del delito	853
d) Consumación y formas imperfectas de ejecución	855
e) Problemas de concurso de delitos. Art. 169, 1º v/s art. 572.1.,3º	855
3.b.4. Art. 572.1, 3º en relación con art. 170	857
a) Diferencias entre las “amenazas con finalidad terrorista” (art.170.2) y los delitos de terrorismo	859
b) Problemas de concurso de normas	861
c) Digresión: ¿Es posible la finalidad de “atemorizar” exigida en el art. 170 con la finalidad de “alterar gravemente la paz pública”?	862
3.b.5. A modo de sugerencia	863
3.c. Coacciones (art. 572.1, n°3)	864
3.c.1. Tipo objetivo	864
3.c.2. Tipo subjetivo	867
3.c.3. Naturaleza y clasificación del delito	868
3.c.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución	869

ÍNDICE GENERAL

3.d. Penalidad en los delitos de detenciones ilegales, amenazas y coacciones	869
B. Tipos cualificados (art. 572.2)	870
2.3. Delitos de peligro a la seguridad pública (art.573 CP)	872
A. Tipo objetivo	874
B. Tipo subjetivo	878
C. Penalidad	878
D. Naturaleza y clasificación del delito	879
E. Consumación	880
F. Problemas concursales	880
2.4. Cláusula residual: “Cualesquiera otros delitos o faltas” (art. 574 CP)	882
3. Tipos autónomos de cooperación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	884
3.1. Tipos de recaudación económica (art. 575 CP)	884
A) Bien jurídico protegido	884
B) Tipo objetivo	885
C) Tipo subjetivo	886
D) Naturaleza y clasificación del delito	887
E) Penalidad: el concurso con el art. 576	887
3.2. Delitos de colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 576)	888
A) Tipo objetivo	889
B) Tipo subjetivo	895
C) Naturaleza y clasificación del delito	895
D) Consumación y formas imperfectas de ejecución	896
E) Penalidad: el tipo cualificado	897
F) ¿Delito de colaboración o actos preparatorios?	898
G) Calificación técnico jurídica de las conductas de colaboración: Límites entre la participación y la colaboración	899
H) El concurso con los arts. 571, 572 y 574	900
I) Algunas consideraciones sobre la penalidad aplicable	901
J) Digresión sobre actos de colaboración y libertad de expresión (caso Mesa Nacional de HB)	902
K) Digresión sobre la conducta del mediador o intermediarios: ¿Colaboración o Participación?, ¿atipicidad o justificación?	905
4. Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 577)	909
A) Tipo objetivo	909
B) Tipo subjetivo	915
C) Naturaleza jurídica de las conductas. Los límites con la “colaboración”	917
D) Clasificación de los delitos	918
E) Consumación	918
F) Penalidad	919
5. Tipos autónomos de apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578)	919
5.1. Consideraciones generales sobre la apología (art. 18 CP)	919
5.2. Reintroducción de la apología: El delito de “exaltación del terrorismo” (art.578)	922
a) Tipo Objetivo	922
b) Tipo Subjetivo	923
c) Comentarios y Toma de posición acerca de la punición de la Apología del terrorismo	925
5.3. Delito de humillación a las víctimas del terrorismo	927
a) Bien Jurídico protegido y Tipo Objetivo	927
b) Tipo subjetivo y problema concursal	928
c) Comentario y toma de posición acerca del delito de humillación a las víctimas del terrorismo.	928
5.4. Dificultades en la determinación de la pena en el art. 578.	929
6. Disposiciones comunes	930
6.1. Punición de actos preparatorios (art. 579.1 CP)	930
6.2. La inhabilitación absoluta como pena accesoria	931
6.3. Reincidencia internacional (art. 580 CP)	933
IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: Algunas consideraciones en relación a las asociaciones ilícitas terroristas, bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas	934
1. La teoría del autor mediato	935
2. La teoría de la coautoría	936

3. La teoría de la inducción	937
4. Rechazo de las teorías de la coautoría e inducción. Toma de posición	937
5. Objeciones a la coautoría	938
6. Objeciones a la inducción	939
7. Objeciones a la autoría intelectual	940
8. Consideraciones finales	941
V. LA ATENUACIÓN PUNITIVA POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA:	
El arrepentimiento eficaz.	941
1. Legislación chilena	945
1.1. Legislación vigente entre 1992 y 1996: La Ley 19.172 sobre “arrepentimiento eficaz”	946
1.2. Legislación vigente: art. 4° de la ley 18.314. Requisitos para su procedencia y Ámbito de aplicación	949
1.3. Posibilidades de aplicación del derecho penal común	954
2. Legislación española	957
2.1. Ámbito de aplicación	958
2.2. Requisitos para su procedencia	958
2.3. ¿Terrorista arrepentido o agente encubierto?	969
2.4. Medidas alternativas a la “atenuación punitiva por colaboración con la justicia”	972
a. La disociación silenciosa	972
b. Posibilidades de aplicación de las normas de derecho penal común	973
c. Alternativas en materia de reinserción social	975
VI. CONCLUSIONES: Comparación entre la tipificación de los delitos de terrorismo en el Código Penal español y la ley 18.314 sobre conductas terroristas en Chile	978
a) Asociación ilícita terrorista	979
b) Delitos de lesión personal	981
c) Delitos de daño material y/o peligro personal	983
d) Actos de colaboración con asociaciones ilícitas terroristas	985
e) Apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo	987
f) La atenuación punitiva por colaboración con la justicia	989
CONCLUSIONES FINALES	995
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	1049
Índice por autores	1049
Otras publicaciones	1079
Documentos inéditos, sin publicación y ponencias	1081
Publicaciones en internet y otras de circulación privada	1081
Textos legales y publicaciones atinentes	1082

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

Abreviaturas de publicaciones, organismos e institutos de investigación.

AA.VV.	Autores Varios
ADDHH	Anuario de Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AFDI	Anuaire Français du Droit International
AHC	Academia de Humanismo Cristiano
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJES	American Journal of Economics and Sociology
ALH	América Latina Hoy (Rev.)
AP	Actualidad penal. Editorial La Ley actualidad, S.A.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CAJ	Cuadernos de Análisis Jurídico
CCGPJ	Cuadernos Generales del Poder Judicial (España)
CDEP	Centro de Documentación y Estudios para la Paz (Bilbao)
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDPC	Cuadernos de Derecho Penal y Criminología. Universidad nacional La Rioja, Argentina
CdRP	Claves de la Razón Práctica
CDS	Cahiers de Defense Sociales
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CED	Centro de Estudios para el Desarrollo (Chile)
CEJ	Centro de Estudios Judiciales (Chile)
CESOC	Centro de Estudios Sociales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España)
CIPIE	Centro de Investigación y Promoción Iberoamérica y España
CJ	Cuadernos Jurídicos
CLP	Comentarios a la Legislación Penal (España)
CNPDS	Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociales
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DDDP	Dei delitti e Delle Pene
DJ	Documentación Jurídica.
DO C	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOCh	Diario Oficial de la República de Chile
DP	Doctrina Penal
DPC	Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia.
DPOL	Documento de Puebla de los Obispos Latinoamericanos
EDP	Estudios de Derecho Penal
EG	Eguzilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología
EI	Études Internationales
EJPR	European Journal of Political Research
ELR	European Law Review
EP	Estudios Penales
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
FCE	Fondo de Cultura Económica
GJ	Gaceta Jurídica
HS	Historia Social
IAPL	International Association of Penal Law
ICHEH	Instituto Chileno de Estudios Humanísticos
ICI	Instituto de Cuestiones Internacionales.
ICP	Instituto de Ciencia Política
ICZ	Instituto de Criminología del Zulia - Venezuela
IDL	Instituto de Defensa Legal - Perú.
IISL	International Institute for the Sociology of Law
ILD	Instituto Libertad y Desarrollo
INS	Servicio de Inmigración y Naturalización (EE.UU.)

IPPF	International Penal and Penitentiary Foundation
ISC	International Society for Criminology
ISSD	International Society of Social Defence
JCR	Journal of Conflict Resolution
JD	Justicia y Delito
JLS	Journal of Law Society
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européenes
JpD	Jueces para la Democracia
JT	Journal des Tribunaux
LADH	Liga Argentina por los Derechos del Hombre
LL	La Ley
LLP	La Legislazione Penale
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LO 5/2000).
MaFGE	Memoria anual de la Fiscalía General del Estado
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 19.696 de 12-10-00, Leg. chilena).
NDP	Nueva Doctrina Penal. Ediciones del Puerto. Buenos Aires.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
PC	Poder y Control
PE	Pena y Estado
PJ	Poder Judicial
PLOCP	Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal
QC	La Questione Criminale
QG	Questione Giustizia
RCADI	Recueil des Cours de L' Académie de Droit International
RCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
RchDDHH	Revista chilena de Derechos Humanos
RCI	Revista de Ciencias de la Información.
RCP	Revista de Ciencias Penales. (tomo y página). Países: Chile, Uruguay.
RDJCh	Revista de Derecho y jurisprudencia Chilena
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDPSP	Revue de Droit Public et de la Science Politique
RDPúb.	Revista de Derecho Público
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDM	Revista Española de Derecho Militar
ReDPC	Revue de Droit Pénal et Criminologie
REP	Revista de Estudios Políticos
REPen	Revista de Estudios Penitenciarios
RES	Revista de Estudios Sociales (Chile)
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RIDP	Revue Internationale du Droit Pénal
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RIS	Revista Internacional de Sociología
RJCL	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha.
RJUPR	Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico
RP	Revista Penal. Ed. Praxis. Barcelona
RPC	Revista de Política Comparada.
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RSC	Revue de Science Criminelle
RSCDP	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal
RSCDPC	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé
RSIPI	Rivista di Studi Politizzi Internazionali
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
UCM	Universidad Complutense de Madrid
WPEC	Workings Papers European Criminology

Abreviaturas jurídicas y de organismos de derecho nacional e internacional.

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AN	Audiencia Nacional (España)
ATG	Antiterror Gesetz (Alemania)
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.
CACH.	Colegio de Abogados de Chile
CADDHH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAJCe	Comisión de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa;
CAPCe	Comisión de Asuntos Políticos del Consejo de Europa
CAS	Cárcel de Alta Seguridad (Chile)
CChDDHH	Comisión Chilena de Derechos Humanos
CCLJ	Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.
CDHNU	Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CE	Constitución Española (1978)
CEE	Comunidad Económica Europea
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
CODEPU	Comité de defensa de los derechos del Pueblo (Chile)
CP	Código Penal
CPP	Código de Procedimiento Penal (Chile)
CPRCH	Constitución Política de la República de Chile
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DP.PE.	Derecho Penal Parte Especial
DP.PG.	Derecho Penal Parte General
DS	Decreto Supremo
DU.DD.HH.	Declaración Universal de Derechos Humanos.
esp.	Especialmente (referente sobre páginas)
inc.	Inciso
JCI	Juzgado Central de Instrucción
LCA	Ley de Control de Armas (Nº17.798)
LCT	Ley sobre conductas terroristas (Nº 18.314)
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEP	Ley de Extradición Pasiva.
LGF	Ley General de Ferrocarriles
LO	Ley Orgánica
LNA	Ley de Navegación Aérea
LSE	Ley de Seguridad del Estado (Nº12.927)
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal (Chile, LO. 19.696, 12-12-2000)
NIA	Northern Ireland (Emergency Provisions) Act. (Irlanda del Norte)
OEA	Organización de Estados Americanos
pp.	Páginas
PANCP	Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PTA	Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act. (Gran Bretaña)
RFAPPCh	Red de Familiares y Amigos de presos políticos de Chile.
RP	Reglamento Penitenciario.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional (España)
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones (Chile)
SCM	Sentencia de la Corte Marcial (Chile).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
TA	Terrorism Act 2000 (Gran Bretaña).
TPI	Tribunal Penal Internacional.
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Abreviaturas políticas

AAA	Alianza Apostólica Anticomunista (España-der.)
AD	Acción Directa (Francia - izq.)
AN	Avanguardia Nazionale (Italia - der.)
AP	Alianza Popular (España-der)
ARDE	Acción Republicana Democrática Española (izq.)
ATE	Antiterrorismo ETA (País Vasco-der.)
BR	Brigate Rosse - Brigadas Rojas (Italia- izq.)
CARP	Comité de Apoyo a la Revolución en el Perú (izq.)
CC.OO.	Comisiones Obreras
CCC	Células Comunistas Combatientes (Bélgica- izq.)
CEDA	Confederación Española de Derechas Autónomas (España-der.)
CEDADE	Círculo Español de Amigos de Europa (España-der.)
CN	Camicie Nere - Camisas Negras (Italia- der.)
CNI	Central Nacional de Informaciones (Chile- Estado)
DC	Democracia Cristiana (Chile- centro)
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional (Chile- Estado)
DU	Defensa Universitaria (España-der.)
EGTK	Ejército Guerrillero Tupac Katari (Bolivia- izq.)
EA	Eusko Alkartasuna (País Vasco-izq. independentista)
EE	Euskadiko Ezkerra (País Vasco-izq. independentista, antecesora de HB)
EH	Euskal Herritarok (País Vasco- izq. independentista)
ELN	Ejército de Liberación Nacional (Colombia- izq.)
ELP	Ejército Popular de Liberación (Colombia, Bolivia - izq.)
ETA-PM	ETA Político Militar ("polimilis").
ETA	Euzkadi ta Askatasuna (País Vasco- independentistas radicales)
ETA-M	ETA Militar ("milis")
FAC	Front d'Alliberament Català (Cataluña-independentista)
FAE	Frente Anticomunista Español (der.)
FANAI	Front d'Action Nouvelle contre l'Independance et l'Autonomie - Frente de Acción Nueva contra la autonomía e independencia (Francia- anti independentista)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (izq.)
FCC	Formazioni Comuniste Combattenti - Formaciones Comunistas Combatientes (Italia- izq.)
FEDEM	Federación de Estudiantes Demócratas de Enseñanza Media (España-izq.)
FMLN	Farabundo Martí de Liberación Nacional (El Salvador- izq.)
FN	Frente Nacional. (España-der)
FN	Fuerza Nueva(España-der)
FPMR	Frente Patriótico Manuel Rodríguez (Chile- izq.)
FPLP	Frente Popular de Liberación Palestina (izq.)
FRAP	Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (España- izq.)
FRPL	Fuerzas Rebeldes y Populares Lautaro (Chile- izq.)
FSLN	Frente Sandinista de Liberación Nacional (Nicaragua-izq.)
FUDE	Federación Universitaria Democrática Española (izq.)
GAL	Grupo Antiterrorista de Liberación (España- Estado)
GARI	Acción Revolucionaria Internacionalista (Francia-anarq.).
GAS	Grupos de Acción Sindicalista (España-der.)
GAS	Grupos de Acción Sindicalista (España-der.)
GAULA	Grupos de Acción Unificada para la liberación de las personas (Colombia-der.)
GCR	Guerrilleros de Cristo Rey (España-der.)
GRAPO	Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (España-izq.)
HB	Herri Batasuna (País Vasco- izq. independentista)
IF	Internacional Fascista
IK	Iparretarak (Francia-independentista)
IRA	Irish Republic Army - Ejército Republicano Irlandés (Reino Unido-independentista)
JCE (m-l)	Juventud Comunista de España (marxista-leninista)
LEA	Lucha Española Antimarxista (der.)
M-19	Movimiento 19 de abril (Colombia-izq.)
MAPU	Movimiento de Acción Popular Unitaria (izq.-Chile)
MCE	Movimiento Comunista de España (izq.)

MCR	Movimiento Comunista Revolucionario (izq.)
MIL	Movimiento Ibérico de Liberación (España-anarq.)
MIR	Movimiento de Izquierda Revolucionaria (Chile)
ML	Mapu Lautaro (Chile-izq.)
MJL	Movimiento Juvenil Lautaro (Chile-izq.)
MRTA	Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (Perú-izq.)
NAR	Nuclei Armmati Revoluzionari (Italia-der.)
OC	Organización Cónsul (Alemania-der.)
OLLA	Organització de Lluita Armada (Cataluña-anarq.)
OMLE	Organización Marxista Leninista de España
ON	Ordino Nuovo u Orden Nuevo (Italia-der.)
ORA	Organización Revolucionaria Anarquista (España)
OSO	Oposición Sindical Obrera (España-izq.)
P y L	Patria y Libertad (Chile-der.)
PCCH	Partido Comunista de Chile
PCE (m-l)	Partido Comunista de España (marxista leninista)
PCE	Partido Comunista de España
PCE(r)	Partido Comunista de España (reconstituído)
PCP	Partido Comunista del Perú
PENS	Partido Nacional Sindicalista (España-der.)
PENS	Partido Español Nacional Sindicalista (España-der)
PL	Prima Linea - Primera Línea (Italia-izq.)
PNF	Partido Nacional Fascista Italiano (Italia-der.)
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
SIE	Servicio de Inteligencia del Ejército (Perú)
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional (Perú)
SL	Sendero Luminoso (Perú-izq.)
UCD	Unión de Centro Democrático (España-der)
UN	Unión Nacional (España-der)
UPA	Unión Popular de Artistas (España-izq.)
UPC	Unión Popular del Campo (España-izq.)
UPM	Unión Popular de Mujeres (España-izq.)
USE	Unión Socialista Española (España-izq.)
VNR	Vanguardia Nacional Revolucionaria (España-der.)
VOP	Vanguardia Organizada del Pueblo (Chile-izq.)
YI	Yihad Islámica

INTRODUCCIÓN

“ En un país en que los ciudadanos pueden expresar libremente sus ideas y en el que la voluntad del pueblo no solo hace la ley sino que elige además a la persona que ha de hacerla cumplir...el asesinato político es la manifestación de una tendencia despótica e idéntica a la que nosotros tratamos de destruir en Rusia”

Naródnaya Volya

(Grupo terrorista ruso de finales del siglo XX)

1.- Enfrentarnos al estudio del terrorismo, uno de los fenómenos más complejos y difundidos en las sociedades modernas, ha sido una decisión tomada a conciencia ante la profunda marca que éste, en sus más diversas manifestaciones, ha dejado en la vida política contemporánea. Un fenómeno histórico y social cuyas inevitables implicancias políticas e ideológicas han sido el fundamento de una dicotomía entre las diversas corrientes de opinión al momento de abordar el problema. Dicho fraccionamiento se produce tanto a nivel de las Ciencias Políticas y Sociales como Jurídica. No es fácil realizar un estudio imparcial ya que, cada uno de nosotros está inmerso en una realidad determinada social y culturalmente, que de uno u otro modo nos condiciona, y de la cual es extremadamente difícil sustraerse.

En general puede advertirse una tendencia mas o menos generalizada a abordar el terrorismo sin entrar a considerar sus verdaderas causas y sus reales consecuencias para el hombre y la sociedad. En esta tendencia se ubican los medios de comunicación de masas, como factor detonante para la formación de la opinión pública, que es en definitiva la que, influenciada o no, manipulada o no, exigirá una respuesta penal efectiva y eficaz ante los embates del terrorismo. No puede desconocerse que los *mas media*, en ocasiones, pugnan por dar a la inmensa mayoría de gobernados la impresión de un terrorismo mucho más organizado y violento de lo que realmente es, respondiendo a las políticas gubernamentales que exigen un control social férreo ante la incapacidad de resolver sus propias contradicciones. En otras ocasiones han procurado acallar la actividad terrorista a fin de ocultar la real dimensión de la disidencia política en un determinado Estado.

Por su parte, los grupos insurgentes y quienes de una u otra manera comparten sus postulados llegan a justificar verdaderos actos de barbarie, actos esencialmente contrarios a los derechos humanos, amparándose en la “falta de democracia”, en la “represión” que proviene desde el Estado. Nos encontramos entonces con un escenario político y social distorsionado, una oscuridad en la que el jurista debe moverse a tientas, dando tumbos a cada instante en la búsqueda de ese ideal de Justicia, el único capaz de llevarnos a un auténtico sistema de derecho en el que se encuentre garantizada la igualdad y en el que la libertad de cada uno termine donde comienza la de los demás.

El jurista puede esforzarse en prescindir de valoraciones personales y ello es lo que impide que la investigación jurídica se convierta en una mera exposición ideológica carente de una seguridad razonable. Pero de lo que no puede prescindir es de la valoración global que debe hacerse de un fenómeno que se encuentra inserto en la realidad social. De allí que, especialmente tratándose del terrorismo, el derecho no pueda separarse de aquellos elementos que nos proporciona la teoría política, la sociología, y las ciencias sociales en general, lo que no significa darles en esta investigación un lugar preferente pues nuestro objeto central es el examen del terrorismo desde el punto de vista jurídico, específicamente sustantivo penal.

Cabe hacer presente que, en los casos en los que sea absolutamente imprescindible no hemos vacilado en aportar nuestras opiniones y valoraciones de contenido ético y político, pero también nos hemos esforzado por no confundirlas con las deducciones lógicas del ordenamiento jurídico. Por ello es que nuestra labor encuentra como soporte los principios del sistema jurídico

vigente en el área penal, por lo cual haremos referencia explícita al verter nuestros pareceres, a los principios que orientan el Derecho penal mínimo y de garantías.

2.- Como objeto de estudio para el derecho penal, el terrorismo resulta de especial relevancia, sin embargo, su comprensión no se agota en el mismo: el terrorismo requiere, ante todo soluciones políticas y sociales. El terrorismo es pues, un problema de Estado y para el Estado.

Un problema de Estado porque al encontrarse en disonancia con los principios democráticos que inspiran al Estado de Derecho se convierte en objeto de control social, entendiéndose por tales aquellos que “tienen como propósito fundamental evitar la disidencia y la desviación de grupos con respecto al resto de la comunidad”¹, control social que en el caso del terrorismo es especialmente inflexible y con grandes posibilidades de extenderse a otros sectores sociales. Un problema para el Estado porque al mismo tiempo, pone en entredicho los procesos de socialización que permiten la cohesión social a través del desarrollo de instrumentos integradores.

Si el terrorismo es un problema que requiere otro tipo de soluciones, surge una primera interrogante *¿Cuál es la función que cabe al derecho penal en la búsqueda de una solución a la criminalidad terrorista?*. Hay que tener presente que la relación hombre-sociedad está cruzada por la necesidad de regular los comportamientos humanos con el objeto de mantener las condiciones mínimas de convivencia. De allí que el Derecho penal sea un medio de control social, altamente formalizado, el cual “no siendo necesariamente eficaz, sí es ciertamente el más violento”. La necesidad de integración de los hombres en la sociedad conlleva una inevitable tensión que surge de la instrumentalización que el mismo hombre hace de otros para conseguir sus objetivos². Esto es lo que determina el carácter dual del derecho penal, enmarcado en sus funciones garantista y represiva, *garantista* en cuanto constituye un medio eficaz para asegurar la vida en comunidad, y *represivo* en cuanto importa un fuerte instrumento de control para los individuos, no tan solo para delincuentes, sino potencialmente a todos los ciudadanos.

Al mismo tiempo, observamos que en este proceso de represión el derecho penal cumple una función simbólica. Podría decirse que, en cierta medida, sirve como instrumento encubierto de manipulación política de la sociedad, especialmente en materia de terrorismo, en donde las campañas antiterroristas, propiciadas por los medios de comunicación social, tienen por misión crear verdaderos frentes de solidaridad social frente a lo que se estima un enemigo común³. En este contexto, el legislador aparece incluso como una víctima del populismo electoral y la alarma social, y llevado por ello propende a la creación de legislaciones de emergencia, leyes de excepción que cumplen esta función simbólica en el derecho. Ellas son la respuesta legal frente a situaciones de crisis, en las que es necesario reaccionar con rapidez a objeto de tranquilizar a la población y, al mismo tiempo, ejercer un control social sólido ante las eventuales manifestaciones de violencia social que pudieren darse. Son expectativas preventivas difusas y crecientes que no pueden ser realizadas por “este” derecho penal, y ello es, a decir de HASSEMER, “lo que ha convertido a la moderna política criminal y a los déficit en la aplicación en hermanos- respecto del tráfico de estupefacientes- pasando por el derecho penal del medio ambiente hasta la lucha contra el terrorismo”⁴.

¹ JAIME-JIMÉNEZ, Oscar. “Control social y violencia colectiva: un estudio comparado de la respuesta policial al terrorismo en sociedades industriales avanzadas”, en *Rev. Sistema*, N°134/1996, pp. 95-108, esp. p.95.

² ZÚÑIGA, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Edit. PPU, 1993, pp. 26-27

³ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 1999, p. 15. Con anterioridad y en sentido similar en su obra *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU, Barcelona, 1988, pp. 100-101.

⁴ HASSEMER, Winfried; “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *NFP*, N° 51, año X, 1991, p. 29.

Surge entonces nuestra segunda interrogante: *¿Hacia dónde conduce un estudio jurídico respecto del terrorismo?*

Conviene tener presente, para responder a esta interrogante, que en Chile los niveles de violencia política de lo que tradicionalmente se designa como terrorismo en caso alguno semejan al que puede advertirse en España. Esto no significa que en dicho país deba prescindirse de la incriminación penal de tal tipo de delitos, puesto que sí existe otro tipo de violencia que es necesario distinguir de lo que constituyen propiamente conductas de terrorismo. Nos referimos a las conductas de violencia social, en especial a la que desarrolla el pueblo mapuche en defensa de sus territorios, y a las conductas propias de la criminalidad común, todo lo cual ha sido el argumento utilizado para implementar un control social duro en materia de seguridad ciudadana. En el caso de España, nos encontramos con una opinión pública que aboga por el aumento de la severidad en la represión penal ante la violencia desplegada por determinados grupos armados. Quizás ella se deba no tanto a la violencia terrorista en sí: que tales o cuales grupos cometen delitos, con mayor o menor grado de violencia, ha sido una realidad palpable desde los años de la dictadura franquista. Es probable que, esta exigencia de una respuesta penal basada en una razón de Estado más que jurídica, sea el producto de la largueza con que, desde los Poderes del Estado, se utilizan las atribuciones que se les han conferido en orden a vigilar y castigar las conductas desviadas, y como manifestación paradigmática de la *función simbólica del derecho penal*.

Por todo ello pensamos que un estudio jurídico del terrorismo ha de conducir a la reducción de la esfera de la intervención penal solo hacia aquellas conductas mas graves y que atacan bienes jurídicos de la mayor trascendencia. La reacción del Estado frente al terrorismo, cualquiera que sea su manifestación, es necesaria. Y ello porque *el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos*. Pero, a su vez, el Estado debe ejemplificar frente a este fenómeno, *respetando estos derechos humanos* en su respuesta legislativa.

Es cierto que los derechos humanos han sido una construcción del derecho liberal, producto de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y las constituciones francesas de 1793 y 1795, razón por la cual se ha objetado su carácter universal dado su carácter eminentemente burgués. Es cierto que, como develó Marx, tales derechos supuestamente “naturales”, “imprescriptibles” no fueron en sus orígenes sino la consagración del derecho de propiedad, y que la libertad individual expresaba ni más ni menos que el derecho a la propiedad privada, sucediendo otro tanto similar en lo referido a la igualdad, por cuanto bajo el manto ideológico del conjunto de derechos y preceptos imperativos a respetar como atributos de la especie humana, se encubre una desigualdad concreta y real.

Pero también es cierto que, el examen de toda connotación valoración y jurídica ha de partir ubicándose en el contexto histórico en el cual se inserta. Nos encontramos en un mundo en el cual los embates del sistema capitalista se van haciendo cada vez mas patentes, manifestándose a pasos agigantados a través de la globalización. Los pueblos tienen cada vez menos posibilidades de acceder a una participación política real, cada vez menos deciden sus destinos, cada vez más sufren los horrores de guerras y violaciones sistemáticas a estos derechos “inherentes a la dignidad humana”. Puede que desde el punto de vista de la filosofía y la política en general, discutamos lo que se encubre más allá de los derechos humanos en cuanto atributos formales, ahistóricos y genéricos, pero esta misma posición sería imposible de sostener en una investigación jurídica. ¿No es acaso una verdad que tal vez debamos partir por exigir su respeto frente al poder estatal de los sectores dominantes?. ¿No es acaso mejor “partir de lo menos”, y pedir que el Estado respete esos mismos derechos que dice consagrar?

La tarea es, por tanto, restar la connotación pequeño burguesa a estas creaciones axiológicas, el hacer de los derechos humanos, derechos "para todos" y no solo para sectores privilegiados de la sociedad. ¿Quién puede negar que el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica es un derecho que asiste a cada persona?, ¿Quién puede negar al pequeño agricultor

que desde siempre ha trabajado su tierra, el derecho a propiedad sobre ella, siempre y cuando su producción vaya en beneficio de la colectividad?

Asumir los derechos humanos sólo en cuanto a sus buenas intenciones de emancipación humana, sin desentrañar el enquistado ideológico - cultural que ellos transuntan, flaco favor nos hace al momento de transcribir estos "nobles", pero limitados preceptos, al contexto del orden y desarrollo actual de nuestras sociedades. Sociedades que, nos atrevemos a decir, no han superado el sesgo propio de la visión "unidimensional" del hombre egoísta volcado sobre sí mismo, el hombre "individual" propio de los sistemas que adoptan la economía liberal de mercado. A ello se une la incongruencia y especial inoperancia de los Estados al asumir los derechos humanos solo en cuanto a abstracciones jurídicas, desvinculándolos o situándolos fuera del ámbito de sus propias competencias, prueba de ello es la tendencia creciente a implementar jurisdicciones internacionales para la sanción y castigo a las "violaciones a los derechos humanos" provenientes de "otros Estados" o de "grupos que operan al interior de tales sociedades". Se podrá argumentar, y con razón, que de no ser por estas jurisdicciones internacionales, jamás se habría condenado a los criminales del nacionalsocialismo y del fascismo, y que sin esta "extraterritorialidad en materia penal" jamás podríamos haber asistido a un hecho de tanta importancia como lo fuera el procesamiento del general Pinochet en Chile, y el enjuiciamiento a Milosevic en Yugoslavia, productos ambos, en todo caso, de la presión internacional. Esto no debe conducirnos a conclusiones falaces, que nieguen el papel del Estado en la creación de las condiciones materiales, políticas y sociales, que aseguren el respeto y la promoción de tales derechos. *Es el Estado el que en definitiva debe promoverlos, garantizarlos y resguardarlos para hacerlos cumplir.*

La ley penal debe cumplir con ciertos requisitos mínimos de respeto hacia los derechos humanos, esta y no otra es la cuestión frente a la cual se ha respondido con *la idea de la mínima intervención penal*. El concepto de derechos humanos en este contexto cumple una doble función: de un lado, una función de límite a la intervención penal, de otro lado, una función relativa a la definición del posible objeto de tutela penal⁵.

Los principios a través de los cuales se articula la política de la mínima intervención penal orientada hacia la defensa y respeto a los derechos humanos, desde un punto de vista intrasistemático, parten por el carácter de *última ratio* que asiste al derecho penal, el carácter fragmentario y subsidiario del mismo en cuya virtud, el Estado ha de intervenir penalmente solo ante los ataques más graves a bienes jurídicos considerados dignos de protección, necesidad que se encuentra presente en las conductas de terrorismo.

Del conocido aforismo de Feuerbach, *nullum crimen nulla poena sine lege*, podemos extraer el más íntimo significado del principio de legalidad: una exigencia de seguridad jurídica (conocimiento previo del delito) y garantía política de los ciudadanos en cuanto a la certeza de no poder ser sancionado con otras penas que las que expresamente la ley señala. Contiene las siguientes garantías para el ciudadano⁶: *Garantía criminal*, según la cual la ley debe señalar la pena que corresponda al hecho, requiriendo de ley orgánica constitucional; *Garantía jurisdiccional* que implica que, tanto la existencia del delito como la imposición de la pena deben ser determinadas por sentencia judicial fruto de un proceso previo y legalmente establecido; *Garantía de Ejecución*, en cuya virtud la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que la regule, y la Prohibición de la analogía contra reo. Para cumplir la norma jurídica con el principio de legalidad ha de ser previa, escrita y estricta.

De allí la necesidad de tipificación del hecho y su sanción, por una ley previa, en aras a la protección de un bien jurídico, hecho que debe serle reprochable al sujeto. Constituyen éstos

⁵ BARATTA, A. "*Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*", en *NFP*, n°34, Colombia, 1986, pp.421-435, esp. p.421.

⁶ Por todos, MIR PUIG, S. *DP.PG.*, Impreso por Tecfoto, S.L., Barcelona, 1ª reimpression, nov. 1996, pp. 76 y ss.

los siguientes *principios*: *irretroactividad* (lex praevia); *tipicidad o de taxatividad* en las normas penales (lex scripta y lex stricta); *lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos*; principio de *culpabilidad o de imputación personal*, y junto a él, el principio de *exigibilidad social del comportamiento alternativo*; y el principio de la *responsabilidad penal por el acto* (derecho penal del hecho).

Límites del ius puniendi son también: el *principio de racionalidad y proporcionalidad en las penas*, que puede desdoblarse en principio de proporcionalidad *abstracta* y proporcionalidad *concreta*. En virtud del primero, *solo las violaciones a los derechos humanos fundamentales pueden ser objeto de sanción penal*, y la pena debe ser proporcional al daño causado por dicha violación. Por el segundo, la pena debe adecuarse al costo social que lleva consigo, el que debe considerar ante todo la incidencia negativa de la aplicación de ciertas penas sobre el sujeto y sobre la sociedad en general⁷. Ha de respetarse asimismo el *principio de humanidad* en cuya virtud se prohíben los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Junto a los anteriores se erige el *principio de idoneidad*, en virtud del cual el legislador queda obligado a realizar un estudio preciso de los efectos socialmente útiles de la pena⁸. Se encuentra asimismo el *principio resocializador* como fin de la pena o medida de seguridad.

Es importante de considerar asimismo el *principio de representación popular* en cuya virtud se garantiza el proceso de formación de la ley penal imponiendo la participación popular en la voluntad legislativa, a través de elecciones libres y secretas, y la libertad de organización de partidos y movimientos políticos⁹.

Desde un punto de vista extrasistemático, debe atenderse a aquellos que propenden a la descriminalización (principio de no intervención útil, principio de politización de los conflictos, principio de la conservación de garantías formales)¹⁰ y a aquellos de carácter metodológico de la construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales, de entre los cuales el mas destacado es el *principio general de prevención*, en cuya virtud se trata básicamente de desplazar el control social “reactivo” (respuestas a expresiones individuales de los conflictos que se manifiestan bajo la forma de conductas desviadas), a formas de control “proactivo” (respuesta a las situaciones en las que los conflictos se producen). Como expresa BARATTA¹¹: “El derecho penal no está adecuado para proporcionar la más eficaz respuesta a los derechos humanos, por cuanto su intervención está estructuralmente limitada a una respuesta a los conflictos” en el lugar, momento y sistema social en que se producen. Se trata de una “respuesta a los síntomas y no a las causas”. Es el análisis sociológico el que nos enseña a encontrar las causas de los conflictos y en este sentido se tiende más allá de una política criminal alternativa: “la política de justicia social, el respeto a los derechos humanos, la satisfacción de necesidades reales de los sujetos en una sociedad...son la verdadera alternativa democrática a la política criminal”¹².

2.- Imbuidos de estas reflexiones, nos proponemos como objetivos generales:

Desde el punto de vista *Político criminal* el estudio de la actividad del Estado frente al fenómeno del terrorismo para la consecución de los fines que éste se ha marcado en relación al mismo. Determinar estos fines utilizando el Derecho Penal y los principios a los que debe estar sometido el Derecho Positivo. Sistematizar en función de los fines y principios establecidos los

⁷ BARATTA, A. 1986 a), pp. 424 - 425.

⁸ BARATTA, A. 1886 a), p.424.

⁹ Junto al mismo debe respetarse el *principio de instrumentabilidad administrativa de la ley penal*, para que ella pueda prescindir del carácter clasista y de la manera selectiva de funcionar propia del sistema punitivo y el *principio de respeto a las autonomías culturales*, continente de una concepción positiva del pluralismo cultural que considere la pertenencia de todos los grupos, culturalmente delimitados, en la realidad social incorporada al Estado. Mas ampliamente BARATTA, A. 1986 a), p.423, 426 y 427

¹⁰ Ampliamente BARATTA, A. 1986 a), pp.432 y ss.

¹¹ BARATTA, A. 1986 a), p.434.

¹² Ídem.

medios de los que se dispone para el control del comportamiento desviado, entre ellos el Derecho Penal y Procesal. Nos hemos propuesto realizar un estudio crítico de las situaciones de emergencia y su manifestación mediante la adopción de legislaciones de excepción y/o medidas especiales en materia de delitos de terrorismo. Desmenuzar y analizar cada una de las consecuencias que trae la adopción de medidas especiales en materia penal y procesal penal y demostrar sus contradicciones con los principios del garantismo jurídico.

Desde el punto de vista de la *Criminología*, proporcionar los antecedentes que han servido de base a los mecanismos de control social que ejerce el Derecho penal frente al fenómeno del terrorismo. Desarrollar en este sentido la función legitimadora y crítica que debe cumplir la criminología cuestionando "el mito terrorista" sobre el que descansa actualmente el derecho penal en el tratamiento jurídico al mismo. Intentaremos rebatir la tendencia a considerar el terrorismo en cuanto forma de crimen organizado y aportar una visión distinta respecto del fenómeno, desde el punto de vista de las concepciones de la criminología crítica considerándole como una conducta desviada en estrecha interrelación con las estructuras sociales.

Desde el punto de vista *sustantivo penal*: descifrar el sentido de los preceptos jurídico penales positivos sobre terrorismo en las legislaciones de España y Chile, en la búsqueda de una aproximación jurídico conceptual al terrorismo, puesto que tal concepto es la base sobre la que ha de plantearse el estudio del proceso de criminalización (el cómo se llega al delito) y la utilización del mismo. Desarrollar el contenido de los preceptos legales de modo sistemático, a partir del bien jurídico dilucidando la problemática de la puriofensividad o monofensividad del mismo. Se tratará de realizar un juicio crítico constructivo a las legislaciones de ambos países.

En concreto y como tres grandes metas a alcanzar nos hemos propuesto:

Primero, argumentar en favor de la derogación de la legislación de excepción sobre conductas terroristas vigente en Chile, en cuanto ley penal de carácter especial, y sentar las bases para una discusión centrada en una eventual incorporación de los mismos al Código Penal, bajo una nueva tipificación que atienda a los elementos que se estiman deben formar parte de un concepto jurídico de terrorismo. Ello en virtud de la indiscutible necesidad de adecuación de la ley penal a las transformaciones políticas y sociales que Chile ha venido experimentando desde 1991 en adelante. A pesar de haber sido reformada la ley 18.314 al advenimiento de la transición democrática, aventajando en muchos aspectos a la anterior legislación, creemos que se precisa perfeccionar la incriminación penal del terrorismo adecuándola a los principios del derecho penal mínimo y de garantías.

Segundo, sentar las bases para una discusión respecto del tratamiento jurídico del terrorismo en España destacando principalmente los aciertos y falencias del Código Penal de 1995 y sus posteriores modificaciones, en una visión crítico constructiva: La ausencia de un concepto jurídico de terrorismo claramente delimitado como consecuencia de la falta de un concepto legislativo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y dificultades en los tipos penales como producto de la consideración de una *finalidad* o propósito alternativo, base sobre la cual se erige la incriminación terrorista. Las implicancias político criminales que acarrea la inclusión, dentro de los delitos de terrorismo, de las conductas realizadas por sujetos que actúan al margen de bandas armadas terroristas, y las contradicciones con la idea de intervención mínima frente a la tipificación de conductas de colaboración con tales organizaciones. Pretendemos abogar por un restablecimiento de las normas generales en esta materia.

Tercero, realizar una visión crítica respecto de las medidas premiales en materia de terrorismo, y ofrecer, sin ánimo de constituirse en una propuesta de lege ferenda, algunas posibles soluciones alternativas en materia de reinserción social.

3.- La metodología de nuestra investigación adopta una técnica basada en el análisis funcional en un intento por examinar los elementos y principios que componen las funciones del todo que implica el fenómeno del terrorismo. Una metodología congruente nos conduce a analizar el tratamiento jurídico a este fenómeno partiendo de la base que el terrorismo no es patrimonio de una determinada ideología, y que se halla inserto en una realidad social e histórica. Como señala LABRIOLA: “El único dato permanente y cierto del cual hay que partir en el estudio de toda disciplina práctica...es que los hombres se hallan congregados bajo una determinada forma social, relacionados entre sí por unos determinados vínculos”¹³.

La investigación crítica y circunstanciada es la única fuente del saber concreto y positivo, y en este sentido consideramos que el materialismo histórico es el método más adecuado para llegar a una conclusión acorde con la realidad¹⁴. Siguiendo esta dirección, intentar aproximarnos a una visión científica fenómeno del terrorismo supone considerar al menos tres dimensiones: material, social e histórica. En la dimensión material se trata de delimitar teóricamente la violencia terrorista de otras formas de violencia, y de analizar la correlación existente entre las distintas manifestaciones de violencia. Ello a su vez tiene como presupuesto inevitable abordar los problemas de legalidad y legitimidad en el Estado. En este contexto debe afrontarse el problema de las formas específicas a través de las cuales se manifiesta esta violencia. En su dimensión histórica, el terrorismo nos pone ante la necesidad de investigar sus causas y orígenes, su evolución y la relación existente entre él y el medio histórico en el que se inserta. Tal es la tarea que se ha pretende realizar en la **Primera Parte** de esta investigación.

En la dimensión social se trata de descifrar cual es la ubicación del terrorismo al interior de la sociedad, es decir, un fenómeno inserto en la dinámica social. Aquí debe considerarse entonces el problema de la reacción social e institucional frente a los actos terroristas. Entramos así a la **Segunda Parte** en esta investigación en la que se comienza con el análisis criminológico del mismo a fin de desentrañar a qué clase de conducta desviada corresponde en estrecha interrelación con la realidad social en la que tiene lugar. De allí, pasaremos a examinar cual ha sido la respuesta de legislativa al terrorismo desde el punto de vista político criminal, la necesidad de reacción penal, así como la forma en que ésta se ha llevado a cabo. Analizaremos entonces las situaciones de emergencia y la manera en que se han manifestado tanto a nivel internacional, no solo en materia de cooperación internacional, sino a nivel de algunos Estados europeos y latinoamericanos para culminar con un análisis general del tratamiento jurídico de esta “cultura de la emergencia” manifestada a través de la legislación antiterrorista en las legislaciones chilena y española.

Una vez aproximados al terrorismo desde la teoría política y las ciencias sociales, pasando por la realidad criminológica y los lineamientos político criminales, recién entonces nos encontramos en condiciones de abordar la problemática a nivel sustantivo penal. Entramos así a la **Tercera Parte** de esta investigación. A la luz de los ordenamientos jurídicos de Chile y España reflexionaremos especialmente acerca del Bien Jurídico protegido en los delitos de terrorismo, en cuanto elemento fundamental de la protección penal que ha de darse en todo Estado de Derecho en el que prevalezcan los principios garantistas. Una vez examinada la estructura de los delitos de terrorismo, en general, nos adentraremos de lleno en las legislaciones

¹³ LABRIOLA, Antonio; “*La teoría de los factores históricos y la concepción materialista de la historia*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca N°25, México, 1973, pp. 18 - 19.

¹⁴ Por eso, y como advierte Pablo LAFARGUE “es extraño que algunos socialistas duden servirse de él, por temor, posiblemente de llegar a conclusiones que molesten las nociones burguesas, por lo cual quedan prisioneros de su ignorancia”. LAFARGUE, Pablo; “*El método histórico*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca N°25, México, 1973, p. 49. Mucho mas fuerte es el ataque que hace LENIN: “No hablemos de la ciencia y la filosofía burguesas, enseñadas de un modo oficial por los profesores oficiales para embrutecer a las nuevas generaciones de las clases poseedoras y ‘amaestrarlas’ contra los enemigos de fuera y dentro. Esta ciencia no quiere ni oír hablar de marxismo, declarándolo refutado y destruido.”. LENIN, W.; “*Marxismo y Revisionismo*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca N°25, México, 1973, p. 145.

española y chilena realizando un análisis particularizado de los tipos penales contemplados en ellas y además un estudio comparativo de la medida premial del arrepentimiento eficaz.

4.- De acuerdo a esta metodología el plan de trabajo que se ha seguido es el siguiente:

PRIMERA PARTE: En el **Capítulo I** abordaremos *el problema constitucional de la legitimidad del Estado y su consonancia o disonancia con la legalidad que ostenta*. Para ello se ha hecho imprescindible recurrir a elementos de la filosofía y sociología políticas y dar una rápida visión acerca de las diversas modalidades que puede revestir la legitimidad, en donde se encuentran como conceptos claves: la soberanía nacional y su paso a la soberanía popular, los nacionalismos, los derechos humanos como criterio legitimador del poder político.

El fenómeno terrorista según lo que se pretende demostrar en esta investigación, no es mas que una consecuencia de una sociedad en conflicto, de un sistema político, económico y social que adolece de un desajuste que impide la plena integración social, y que a la larga conduce al uso de la violencia por parte de aquellos no integrados con la finalidad de romper con el esquema de dominación política y social imperante. El terrorismo es pues, un problema de Política.

Partimos de la premisa de que solo es posible afirmar la existencia del terrorismo, como atentado al orden social, en una sociedad libre y democrática en la que los canales de participación se encuentren abiertos a todos sus integrantes, de manera *real* y no meramente formal, en suma, un verdadero Estado de Derecho como conjunto de valores, principios y normas adoptados por los pueblos en ejercicio de su derecho a la autodeterminación. Solo en este contexto la reacción penal al terrorismo encuentra su sentido y legitimación. Pero “si vamos a hablar de un Derecho Penal democrático- señala JIMÉNEZ DE ASÚA- deberíamos ponernos de acuerdo primero sobre lo que significa la democracia, porque ahora todo el mundo habla de democracia... La democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo. Pero además, la democracia es muy fácil de diagnosticar, tiene unos signos tan aparentes que, si carece de ellos, aún cuando se llame “democracia”, es obvio que no lo es. La democracia, ante todo y sobre todo, tiene que reconocer la libertad y lo que importa tanto como ella, el derecho a la disidencia”¹⁵.

Nuestra investigación se centra en el tratamiento jurídico del terrorismo en las legislaciones de las democracias occidentales, especialmente España, y en algunos modelos de transición democrática de Latinoamérica, especialmente Chile. Se ha hecho imprescindible, por tanto, para “ponernos de acuerdo en lo que significa la democracia”, abordar el problema de la crisis de legitimación por la que atraviesa el Estado de Bienestar, modelo de las sociedades industrializadas, manifestación de la aplicación de una economía liberal de mercado y que se tiende a exportar como paradigma a Latinoamérica.

Como consecuencias políticas y jurídicas de esta crisis de legitimación tendremos que referirnos necesariamente al Estado de Derecho y a los mecanismos de control social en relación con los derechos fundamentales. Tratamos de dilucidar si la reacción penal al terrorismo nace, en último término, como consecuencia de la voluntad soberana de un pueblo que desea vivir en armonía, o si de lo que se trata es de encubrir la incapacidad del Estado para resolver los problemas de desigualdades sociales y/o económicas que se producen en su interior, dando paso así a la protección de los intereses de quienes ostentan el poder económico y por ende, político. Sobre todo cuando se tiene en cuenta que la sociedad española “ha pasado a la democracia de la crisis ...o a una cierta crisis de la democracia”¹⁶, algo que no suele considerarse cuando se

¹⁵JIMÉNEZ DE ASÚA; “*El Derecho penal liberal y el totalitario*”, en *El Criminalista*, 2ª serie, III, pp.185-186. Cit. por TERRADILLOS BASOCO, J. “*Constitución y ley penal. La imposible convergencia*”, en *RFDUCM*, Monográfico, 1986, p. 665.

¹⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “*Política de las garantías y ‘defensa de la democracia’*”, en *Rev. Leviatán*, nº14, II época, invierno de 1983, pp.3-4.

sugiere una valoración sin reservas de ese modelo político que es el Estado Social, que de manera creciente ha ido presentando “un claro sesgo de preocupante deslizamiento por la pendiente de la involución autoritaria”¹⁷

Examinaremos a continuación *la crisis de legalidad y legitimidad en América Latina, con especial referencia al caso chileno* dando especial importancia a los cambios que éste ha sufrido en el escenario político y social desde los años del gobierno de la Unidad Popular, pasando por la dictadura militar y el proceso de institucionalización autoritaria y que culmina con una transición democrática no acabada. El problema de derechos humanos y lo que él revela será tratado en esta parte de la investigación.

No podíamos hablar de la legalidad y la legitimidad del Estado sin referirnos necesariamente a ese proceso al que venimos asistiendo a partir de los años 70: *la internacionalización de la economía*, y que hoy se da en llamar “globalización”. Tema relevante por cuanto la internacionalización de esta economía trae aparejada también la globalización política y por ende, una apertura de fronteras entre los países en los cuales se esgrimen criterios político criminales similares para enfrentar determinados fenómenos. Tal es el caso del terrorismo. La evidente cooperación internacional entre los Estados es también una consecuencia inevitable de esta creciente globalización. Abordaremos luego el problema de la legitimidad, la estabilidad política y el derecho penal como instrumento de control social, ya que parece ser que el terrorismo es visto como un factor de “desestabilización” de la democracia. Al menos ese es el argumento que desde las instituciones del Estado se da para implementar políticas del más férreo control social.

Concluiremos con una valoración general acerca de *cuáles son los criterios que, en nuestra opinión, exige la legitimidad del Estado*. Destacaremos el rol primordial que cabe a la consagración y garantía de los derechos humanos, y cuáles de ellos son los que han de promoverse y garantizarse en primer lugar. Es preciso hacer notar que, en caso alguno, hemos pretendido “dar lecciones de democracia” a ninguno de los pueblos que integran los países que se examinan. Simplemente, haciendo uso del derecho a manifestar libremente nuestras ideas, amparados en el pluralismo ideológico, y en la medida de nuestras modestas capacidades, se ha procurado ofrecer una visión general acerca de un tema que, por su relevancia constituiría en sí mismo un tema de Tesis Doctoral. Las “lecciones de democracia” pueden, en todo caso, dárnoslas solo los pueblos en el ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación. No hace falta decir a un pueblo lo que necesita, él mismo lo sabe. Lo que sí podemos hacer, siempre dentro de nuestras limitadas aptitudes, es intentar develar ante este mismo pueblo la tendencia que se advierte a la utilización del derecho penal como herramienta de manipulación política para la defensa de una verdadera ideología del orden social, y que la actividad terrorista no ayuda al logro de sus reivindicaciones más sentidas.

Llegados a este punto, ha sido preciso centrarnos en el elemento material e histórico, y examinar *el terrorismo en cuanto manifestación de la violencia política*. Con este tema entramos al **Capítulo II** en el que intentaremos aproximarnos a una conceptualización del fenómeno de la violencia, sus causas y orígenes, así como sus diversas manifestaciones: violencia legal, ilegal, legítima e ilegítima. El terrorismo aparece como una manifestación de la violencia ilegítima, tanto si proviene del Estado como de grupos insurgentes.

Nuestro objeto principal de trabajo es precisamente esta última forma de violencia cuando deviene en terrorismo y no el terrorismo de Estado, puesto que este último ha sido tema de exhaustivos análisis tanto desde el punto de vista del derecho internacional como nacional. Desde el Tribunal de Núremberg los pueblos y naciones no han cesado de condenar esta clase de terrorismo con una notable confusión entre los sectores porque en definitiva, la forma de valorar la violencia depende de quién está llamada a ejercerla. El terrorismo de Estado es

¹⁷ Ídem.

materia suficiente de más de una tesis doctoral, y las publicaciones en este campo han sido numerosas, baste mirar la cantidad de ellas que han salido a la luz tanto en Chile como en España tras la detención del general Pinochet en Inglaterra. A pesar de ello tendremos que referirnos a él ya no cuando se trata del terrorismo de Estado ejercido en el contexto de un régimen dictatorial sino en el de un Estado democrático de derecho, práctica frecuente de organismos que tienden a la consolidación de las estructuras de poder a través de la lucha frontal contra el "terrorismo subversivo", cayendo a su vez en la comisión de actos que merecen también la calificación jurídica de delitos de terrorismo. El terrorismo de Estado será abordado tanto desde la perspectiva histórica y sociológica (Cap. II), como jurídica (Cap. VI).

En cambio, sobre el terrorismo insurgente, si bien es cierto, desde las ciencias sociales, especialmente en España, existen numerosas publicaciones que intentan explicar la violencia presente en el País Vasco, no ha sido así desde el punto de vista jurídico, en el que, nos atrevemos a decir, no existen obras actualizadas respecto del tratamiento jurídico del terrorismo, salvo algunas en las que se realiza una visión jurisprudencial. Después de la entrada en vigor del CP de 1995 prácticamente no encontramos estudios específicos relativos a los delitos de terrorismo. En el caso de Chile la escasez del estudio en torno a la violencia insurgente y la manera de afrontarla por parte del Estado ha sido abismante, incluso en aquellos años en que tal violencia alcanzó sus puntos álgidos. En general las publicaciones se han referido a las perspectivas sociológicas y desde el punto de vista de los derechos humanos, pero tampoco pueden encontrarse estudios específicos en el área penal.

Desarrollaremos en este capítulo una breve *exposición histórica* acerca de los antecedentes de la violencia política en cada uno de los países objeto de este examen. Se han escogido aquellos mas paradigmáticos en relación al terrorismo. En Europa: Inglaterra, Alemania, Italia, Francia y España. En América Latina: Colombia, Perú y Chile. Destacaremos allí cuáles han sido las principales organizaciones que han operado al margen de los cauces legales, y el por qué de su opción. Punto de vital importancia para posteriormente comprender el por qué los Estados reaccionan penalmente de tal o cual manera ante esta violencia.

Tras este examen nos escanciaremos a la tarea de delimitar la *noción de delito político* y su tratamiento legislativo puesto que, el terrorismo, según entendemos, en stricto sensu es un delito político, pero con características especiales que permiten privarle del tratamiento privilegiado que se otorga a aquel tipo de delincuencia. Como aún nos encontramos dentro de las Ciencias Sociales nos remitiremos en esta parte a dar *una caracterización general del terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social*, sentando las bases que permitirán posteriormente aproximarnos a un concepto jurídico.

En este punto cabe enfatizar una afirmación, importante de considerar antes de entrar de lleno al tratamiento jurídico: *el terrorismo es algo más que simple violencia política, el terrorismo ataca de manera frontal a los derechos humanos*. Ese y no otro es el argumento que permite justificar el mayor reproche penal y la necesidad de su combate. Las conductas que atacan derechos fundamentales en el contexto de un *sistema democrático material y respetuoso de los derechos humanos* no son, por tanto, delitos políticos. El ataque a estos derechos fundamentales, desde el punto de vista jurídico, es una acción desvaliosa, tanto si se comete para subvertir el orden constitucional de un país como para preservarlo. En ambos casos el ordenamiento constitucional se ve afectado. Sostener lo contrario implica que el legislador tiene la posibilidad para establecer tipos penales discriminatorios en función de determinadas ideologías (y no de conductas), cuestión esta que resulta contraria a los principios del Estado democrático.

En suma, y como corolario a lo expuesto en esta Primera Parte de la investigación puede señalarse que el problema de la legitimidad o ilegitimidad del Estado como contrapartida a su legalidad resulta de vital importancia para la distinción del terrorismo en cuanto

manifestación de la violencia política que se diferencia de otras formas de este mismo tipo de violencia como la de los movimientos de liberación nacional. .

SEGUNDA PARTE: A la luz de los elementos que nos proporciona la historia política y jurídica de los Estados, a nivel mundial, puede advertirse que el problema del terrorismo ha sido una de las más paradigmáticas manifestaciones de insuficiencia del Derecho Penal incluso el Garantístico. Pareciera ser que aún no llega a comprenderse que la lucha contra el terrorismo es imposible de circunscribir a un simple problema de política criminal o al solo ámbito de la ley, y que por el contrario, su erradicación pasa por la adopción de medidas urgentes en el conjunto de las relaciones sociales e instituciones que conforman el sistema, y no tan solo en el campo de la represión penal.

En el **Capítulo III**, y aproximados ya a lo que el terrorismo es en cuanto fenómeno histórico y social, abordamos nuestro siguiente objeto de interés: *el tratamiento criminológico del fenómeno terrorista*. Brevemente expondremos la manera en que las distintas corrientes criminológicas se refieren a la delincuencia terrorista, debiendo realizar en muchas ocasiones nuestras propias interpretaciones y deducciones ya que muchas de ellas no se refieren específicamente a este tema. Tomaremos posición siguiendo los postulados de la Criminología Crítica, para comprender al terrorismo como una desviación social que puede ubicarse dentro de la categoría de la delincuencia por convicción política, pero que, por sus especiales características, impide prohiar soluciones en el ámbito de lo injusto semejantes a las que se aplican en los casos de delincuencia por convicción. A partir de estas consideraciones intentaremos rebatir la idea generalizada a nivel de los Estados que concibe el terrorismo como una forma de crimen organizado, y cuestionar, al mismo tiempo, el hecho de que se le otorgue un tratamiento jurídico sustancial y formal semejante al resto de las organizaciones criminales que forman parte de la criminalidad organizada.

Entendemos que la finalidad en de la actividad terrorista tiene un carácter político. Pero no obstante ser el terrorismo una consecuencia del desajuste del sistema social, ello no puede conducirnos a una justificación implícita del mismo. No debe idealizarse, indica YOUNG¹⁸, y ver en todo delincuente a una especie de héroe político, así como tampoco puede reducirse a todo delincuente al lumpen. Los procesos sociales tienen como actor principal en su desarrollo, evolución o revolución, a la clase obrera y al conjunto de sectores sociales (aliados a ella) que conforman el cuerpo social, no a grupos de “iluminados”. Por ello hay que rechazar los actos que dividen a los trabajadores, obstaculizando su legítima lucha, y celebrar aquellos que encierran una clara conciencia política. El terrorismo es distinto de una acción revolucionaria de masas, atenta contra el principio de la dignidad humana, atenta contra los derechos fundamentales. Y la violación de los derechos humanos disgrega a la clase obrera, la golpea, la confunde con sus actos de barbarie.

Constatado que la actividad terrorista vulnera valores y derechos fundamentales protegidos por la sociedad y el Estado, parece ser que debe exigirse una reacción enérgica del ordenamiento penal dada la dimensión “antisocial” que implica el ataque a bienes e intereses esencialmente relevantes para la comunidad. Abordamos entonces nuestro siguiente objeto de interés: La indiscutible necesidad de reacción del ordenamiento jurídico frente a la amenaza del fenómeno terrorista, y con ello *la respuesta político criminal al terrorismo a través de las legislaciones de excepción*.

Trataremos en este punto, los *criterios de legitimación de la excepcionalidad jurídica, así como sus manifestaciones y consecuencias* en las legislaciones de Chile y España, tanto desde el punto de vista sustantivo penal como en el ámbito procesal. Puesto que esta investigación se centra ante todo en el examen sustantivo penal hemos encontrado aquí el lugar

¹⁸ YOUNG, J. “Criminología de la clase obrera” (1975) en TAYLOR, I. - WALTON, P.- YOUNG, J.; *Criminología crítica*, trad. de Nicolás Grab, Ed. Siglo XXI, México, 1977, pp.89-127.

indicado para hacer referencias a *los institutos procesales* que se manifiestan a través de la suspensión de derechos fundamentales en materia de detención, prisión provisional y excarcelación, incomunicación, inhabilidades y suspensión del empleo público, etc., así como a la competencia y procedimiento. Continuaremos con el *tratamiento penitenciario* especial que se otorga a los reclusos por delitos de terrorismo tanto en España, como en Chile y con una breve referencia a la aplicación de *medidas premiales* en los delitos de terrorismo refiriéndonos especialmente al indulto y la amnistía. El problema del terrorista “arrepentido” ha merecido especial atención, razón por la cual se ha tratado en la Tercera Parte de esta investigación, dentro del examen de los tipos penales.

Que el Estado debe reaccionar enérgicamente ante el terrorismo no significa que éste merezca un tratamiento excepcional y más represivo ya que se corre el riesgo de cercenar libertades so pretexto de combatir los abusos de los actos terroristas. Como señala TERRADILLOS: “El terrorismo es una forma de criminalidad incardinada en lo cotidiano...a la que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios, es evidente que una legislación excepcional sólo tendrá cabida si está dentro de los preceptos constitucionales y es complementada con otra serie de medidas de política criminal seria, que no se base exclusivamente en graves penas para los contumaces y grandes ventajas para los arrepentidos”¹⁹.

Esta clase de legislaciones de excepción se manifiestan no solo formalmente, mediante leyes especiales como es el caso chileno cuya ley antiterrorista se aparta del Código Penal, con su tipología y procedimiento propios, sino asimismo en legislaciones en que los delitos de terrorismo aparecen incorporados a la normativa común como ocurre en España que, a pesar de encontrarse los delitos de terrorismo incorporados en el Código Penal, con lo que parecieran abandonarse los criterios de las legislaciones de excepción, el sistema que se adopta sigue bajo la rúbrica del procedimiento y medidas especiales diseñadas por la LECrim con lo que se ha producido un desfase jurídico.

Se dice “desfase” por cuanto nos encontramos frente a un Código Penal que recoge los principios garantistas, y por esta misma razón ha prescindido de leyes especiales en su respuesta legislativa al terrorismo, pero al mismo tiempo establece un tratamiento agravado en relación al resto de la criminalidad, agravado no solo en cuanto a las penas, lo que parece lógico desde el punto de vista sustantivo penal ya que el terrorismo ataca ni más ni menos que bienes trascendentales para la vida en comunidad, sino agravado también en orden a la consagración de institutos especiales que rompen con las reglas generales del derecho penal: sanción de actos de colaboración con bandas armadas, adelantamiento de la punibilidad mediante sanción de actos preparatorios, criminalización del mal llamado “terrorismo individual”, entre otros. Y a la vez privilegia especialmente a la delincuencia terrorista, privilegios que no tienen la mayoría de los otros delitos contenidos en el CP, mediante la implementación de la llamada atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

Por otra parte, el procedimiento que se mantiene en la LECrim para los casos de terrorismo, tiende al cercenamiento de derechos y libertades fundamentales del individuo, cuya manifestación también se hace patente en el tratamiento penitenciario. Existe la generalizada convicción de que los instrumentos jurídicos tradicionales son insuficientes para dar soluciones eficaces y oportunas y se ha recurrido a un incremento de las facultades policiales en la investigación y detención de los presuntos terroristas, sin delimitar adecuadamente sus competencias vulnerando los derechos y garantías propias de un Estado de Derecho, y permitiendo que al combatir el terrorismo estos servicios empleen prácticas análogas o propias de un sistema de terrorismo de Estado.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p.13.

En el caso de Chile, la situación es aún más dramática: a pesar de los cambios legislativos que se suceden en todo proceso de transformaciones políticas, como ha sido el paso de una dictadura a una transición democrática, los delitos de terrorismo continúan bajo una ley penal especial. A pesar de las buenas intenciones que inspiró la profunda reforma que ella experimentó en 1991, y que condujo a eliminar el objetivismo extremo que en lo sustantivo penal la caracterizaba, y que se privó a los tribunales militares de la competencia para conocer de dichas causas, es nuestra opinión la de que tal reforma no ha sido suficiente para un avance en materia de respeto a las garantías fundamentales.

Por otra parte, y en esto nos referimos en general a las modificaciones legislativas que se sucedieron durante los primeros años de la transición democrática, no puede soslayarse que algunas de ellas han manifestado una encubierta tendencia al autoritarismo implementando políticas del más duro control social, alcanzando no solo al terrorismo sino a otros sectores sociales. Por ejemplo, la ley 19.077 de 28 de agosto de 1991 agrega tres incisos a l art. 156 del CPP estableciendo lo que se conoce como *ley de allanamiento sin orden*, preceptos en virtud de los cuales se dota de amplias facultades a la policía para efectuar allanamientos y registros domiciliarios sin sujetarlas siquiera a la autoridad administrativa. Posteriormente y con el desarrollo de la transición democrática se ha notado un paso adelante en materia de garantismo con la ley 19.567 de 1 de julio de 1998 que modifica el CPP y el CP en lo relativo a la detención y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano. Ellas tocan al terrorismo tangencialmente desde que se establece un procedimiento tendiente a salvaguardar la integridad física de los detenidos por cualquier clase de delitos, pero nada dice en torno a los plazos excepcionales de detención, ni en cuanto a la excarcelación.

La finalidad de todo proceso penal en un Estado de Derecho ha de ser la búsqueda de la verdad material en la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito para proceder a la dictación de una sentencia justa. Para conseguir tales objetivos ha de respetar los derechos de los ciudadanos guiándose por los principios que le impone el Estado de Derecho, recogidos constitucionalmente. Es pues la Constitución la que establece su contenido material imponiendo al legislador la obligación de regular el proceso penal conforme a estos principios básicos, amén de consagrar una serie de garantías en relación con el mismo encaminadas a asegurar la justicia del proceso penal. En otras palabras, el hallazgo de esta verdad material para la imposición de una sentencia justa debe hacerse respetando los derechos de los ciudadanos y actuando a través del debido proceso. *Y el terrorismo no se excluye de estos principios básicos*. Como señala GÓMEZ COLOMER: "El Estado no puede reaccionar contra el delito igualándose al delincuente, incluso actuando tan bárbaramente como él, sino mediante un juicio debido, ordenado, objetivo, imparcial y justo"²⁰.

La actitud *de negar la libertad para los enemigos de la libertad* – entiéndase, terroristas- no solo es ineficaz y autoritaria sino que asimismo rompe con las exigencias mínimas de la técnica procesal y de los Estados de Derecho. Los abusos cometidos en la práctica policial y judicial, al amparo de las medidas especiales que se diseñan para combatir el terrorismo son una consecuencia del incremento del derecho sancionador, consecuencias que todo penalista en su esfuerzo por lograr un derecho penal mejor, como verdadero y eficaz instrumento de control social, debe centrarse en contrarrestar.

Es preciso hacer presente que durante el curso de esta investigación se sucedieron dos grandes reformas legislativas en España y Chile²¹. La LO 7/2000 de 23 diciembre 2000 que

²⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L. "*Estado de Derecho y Policía Judicial democrática: notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia*", en Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal, Universidad de Granada, 1994, p.67.

²¹ También mientras se realizaba esta investigación, se han sucedido otras reformas, especialmente en la legislación que nos han obligado a variar en múltiples oportunidades el contenido. Así por ejemplo, la LO 19.077 de 28 agosto de 1991, Ley 19.567 de 1 de julio, ya mencionadas, y el DS 518 de 21 de agosto de 1998, que creó un nuevo Reglamento Penitenciario.

modificó el CP español de 1995, y la Ley 19.696 de 12 de octubre 2000 que establece un nuevo código procesal penal chileno.

La LO 7/2000 sigue la línea de su antecesora, la LO 2/1998 que también modificó el CP, con el objeto de ampliar el campo de punición respecto de las conductas del “terrorismo individual” y otras que se llevaren a cabo independientemente de organizaciones terroristas, pero compartiendo sus finalidades (p.ej. apología del terrorismo). Asimismo vino a ampliar la protección penal a ciertas autoridades políticas (miembros de las Corporaciones Locales) y a intensificar la severidad punitiva en la pena accesoria de inhabilitación. En Chile, la Ley 19.696, creadora de un NCPP, ha tenido el mérito de instaurar la figura del Ministerio Público en el proceso penal, y garantizar en mejor forma los derechos del imputado. Se pasa de un proceso penal netamente inquisitivo a uno acusatorio. Siendo ésta una reforma de carácter procesal, nos referiremos a ella tan solo en lo estrictamente necesario, procurando cotejar las normas del vigente CPP con las del NCPP. Ello en razón de que la entrada en vigencia del NCPP está sujeta a los plazos que establece la Ley 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público. Así, en algunas regiones del país su aplicación ya está en marcha, mientras que en otras, sigue vigente el anterior texto punitivo, previéndose su vigencia total a fines del 2003²².

Proseguiremos en el **Capítulo IV** examinando *la respuesta jurídica que se ha dado al terrorismo en la legislación internacional*, la actitud de los Estados reunidos en torno a la cooperación internacional y la normativa que se ha dictado en este campo. Veremos allí los Convenios internacionales, la tendencia internacional a *la despolitización de las conductas de terrorismo*, privándoles del privilegio extraditorio, para continuar con el *papel que han tenido las instituciones europeas frente a las legislaciones nacionales*. Dada su trascendencia hemos destinado un punto especial, aunque breve, al *Tribunal Penal Internacional*. Veremos también el rol de los organismos internacionales americanos frente a las legislaciones nacionales. Por último, se intentará dar una *visión general a la legislación comparada en Europa y América Latina*, describiendo la legislación antiterrorista en Reino Unido e Irlanda del Norte, Alemania, Francia, Italia, Colombia y Perú, países escogidos ya en el capítulo II por ser a nuestro juicio aquellos en los que el fenómeno terrorista ha azotado con mayor fuerza.

Especiales consideraciones nos ha merecido la legislación italiana, dada su indudable influencia en otras legislaciones, como la española, a través del empleo de medidas premiales y el fenómeno del “pentitismo”. Asimismo, y por la trascendencia internacional que presentan sus respectivos conflictos políticos, abordaremos especialmente las legislaciones sobre terrorismo en Colombia y Perú. Procuraremos en ambos casos dar una visión legislativa con especial referencia a la situación de los derechos humanos que se observa en estos países. Valiosa ayuda nos han prestado en este sentido los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Conviene tener presente para una mejor comprensión, el examen realizado en relación a la violencia política experimentada en estos Estados.

Cabe hacer presente que también en esta materia nos hemos visto obligados a variar nuestra investigación debido a las reformas legislativas que se han sucedido en estos países. Dentro de nuestras limitaciones hemos procurado ofrecer una visión actualizada en estas legislaciones, lo que no siempre nos ha sido posible atendida la vorágine de acontecimientos políticos que se han ido sucediendo y que han obligado a cambiar la ley penal cada vez que se presenta una nueva coyuntura. De ellas, por la similitud política que en algún momento presentó la situación inglesa e irlandesa con los frustrados procesos de paz en España, hemos examinado la última normativa antiterrorista en Gran Bretaña, Terrorism Act 2000, dictada pocos meses antes de haber sido reformado el CP español.

²² En el caso de la Región Metropolitana, donde se encuentra la mayor cantidad de procesos por delitos de terrorismo, se prevé la entrada en vigencia para el año 2002, pero condicionada a la vigencia de la ley que crea la Defensoría Penal Pública.

Por razones metodológicas, ya que son el objeto central de nuestra investigación, hemos destinado un capítulo especial *la legislación nacional en Chile y España*. Tal es el tema a tratar en el **Capítulo V**. Comenzaremos por una visión histórica acerca de la manera en que legislativamente se ha enfrentado el problema del terrorismo para culminar con la regulación actual, en sus aspectos penales y procesales. Nuevamente nos encontraremos con temas que ya fueron tratados en el Capítulo III, no obstante cabe hacer notar que en éste nuestra visión se hacía desde un punto de vista estrictamente político criminal. Ahora, en el capítulo V nos enfrentamos con la no fácil tarea de sintetizar una evolución legislativa en los ordenamientos jurídicos de los dos países.

Nuestra visión histórica se remontará aproximadamente a los últimos treinta años. Así, en el caso de Chile comenzaremos por la normativa antiterrorista dictada hasta el último régimen militar: la criminalización de la disidencia política tras el golpe de Estado, el proceso de institucionalización autoritaria que culmina con la promulgación de la Constitución de 1980, texto legal que contiene la definición de terrorismo a la vez que la suspensión de derechos fundamentales. A partir del imperativo constitucional asistimos al nacimiento de **la Ley 18.314 de 17 de mayo de 1984, sobre conductas terroristas**. Daremos una rápida visión de dicha ley en su versión original tanto en lo sustantivo penal como procesal haciendo énfasis, especialmente, en la ausencia de un concepto de terrorismo coherente con lo dispuesto por el constituyente. Siguiendo en esta evolución histórica tendremos que referirnos a la reforma que experimentó la ley 18.314 en los momentos en que se preparaba la transición a la democracia (ley 18.937), para culminar, ya al advenimiento de esta transición, con la reforma de las denominadas “*Leyes Cumplido*”, dando especial énfasis a la **Ley 19.027** de 24 de enero de 1991, que fue la que reformó la ley 18.314 sobre conductas terroristas, y a la ley 19.047 de 14 de febrero de 1991, que dicta normas destinadas a garantizar en mejor forma los derechos de las personas.

Abordaremos *los aspectos constitucionales en los delitos de terrorismo*, destacando los intentos del legislador por adecuar la ley penal a la Carta Fundamental, reformada posteriormente a través de algunas leyes de las cuales interesa destacar a estos efectos la ley 19.055 de 1 de abril de 1991 en cuya virtud se posibilita la aplicación de una medida antes prohibida para los casos de terrorismo: la aplicación del indulto particular. Por la ley de reforma constitucional se permite aplicar el indulto particular pero solo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Trataremos en este punto también algunos *aspectos del derecho internacional* que se tuvieron en consideración al momento de promulgar la ley 19.027 de 1991. Finalizaremos con un *comentario general en relación a esta misma ley y a la N° 19.047*, en donde nuevamente nos referiremos de manera muy general a *aspectos sustantivo penales*, precisando un poco más en los *aspectos procesales*.

Por último daremos un breve vistazo a *otras normas sustantivo penales* relacionadas con la Ley 18.314 sobre conductas terroristas: Código Penal, Ley de Seguridad del Estado N° 12.927 (Decreto Supremo n°890 de 26 de 1975), Ley de Control de Armas N° 17.798 (13 abril de 1978), Ley de Navegación Aérea DFL N° 221 de 1931 y Código Aeronáutico, y Código de Justicia Militar (19 diciembre de 1944). Estas referencias nos proporcionarán de alguna manera el material necesario para posteriormente interpretar los tipos penales de terrorismo, ya que ellos se construyen, en gran parte, sobre la base de figuras delictivas ya existentes en estos otros cuerpos legislativos, y servirá asimismo para examinar algunos problemas de concurso de leyes y concursos de delitos.

En el caso de la legislación española hemos dado menor énfasis a la normativa antiterrorista dictada desde las primeras manifestaciones del terrorismo hasta el régimen militar del General Franco. Un examen profuso de la misma escapa al objeto de esta investigación de manera tal que solo se han señalado los criterios generales. Nos hemos centrado, en cambio, en la normativa antiterrorista en el gobierno democrático, ni más ni menos que aproximadamente 25 años de evolución legislativa, bastantes más de los que la transición democrática chilena lleva en la suya. Observaremos aquí los vaivenes legislativos que en materia de terrorismo ha

experimentado el ordenamiento penal español²³: Partiremos por referirnos a la *incorporación de los delitos de terrorismo a la legislación penal común y la creación de la Audiencia Nacional*, como tribunal especial destinado a conocer y fallar en determinada clase de delitos, entre ellos, los delitos de terrorismo. Proseguiremos con el examen de los delitos de terrorismo tras la promulgación de la *Constitución de 1978*, haciendo especial referencia a la suspensión de derechos fundamentales y la adecuación de la ley penal a la Carta Fundamental, adecuación que tuvo por objeto adaptar la legislación penal al cambio político. Nos referiremos a la Ley 82/1978 de 28 de diciembre que suprimió las figuras delictivas específicas de terrorismo, pasando a considerarlas como delitos comunes.

Luego haremos referencia a la reforma de la LO 2/1981 de 4 de mayo que se refirió tanto a los delitos de rebelión como a los de terrorismo, motivada ella por los sucesos del intento de Golpe de Estado (23 de febrero de 1981). El retorno momentáneo a la vida jurídica de los delitos de terrorismo como delitos específicos se produce por la LO 9/1984 de 26 de diciembre, “contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas”, que realiza un tratamiento global de los mismos. Describiremos brevemente las modificaciones que realiza esta ley. Ya a fines de la década de los ochenta, veremos que la técnica de tipificación vía ley especial es nuevamente abandonada, y los delitos de terrorismo se reincorporan al Código Penal a través de la reforma sustantivo penal de la LO 3/1988 y de la reforma procesal penal: La LO 4/1988. En esta última nos detendremos especialmente ya que en ella se contiene la regulación procesal vigente.

Por último, y resucitando una técnica de tipificación que había sido ya empleada en el CP de 1944 y en el Código de Justicia Militar por reforma de 1971, el *Código Penal de 1995* sistematiza los delitos de terrorismo, como delitos de nomen iuris propio, bajo un título especial dentro de los Delitos contra el orden público. Nuestras referencias en este punto serán breves y solo para dar continuidad a la evolución histórica reseñada, pues ellos serán nuestro objeto de examen en la Tercera Parte de esta investigación.

Finalizaremos con algunas conclusiones generales en torno a la evolución legislativa en cada uno de estos países, con especial mención al caso chileno y a las garantías constitucionales, que deducimos, resultan afectadas por la ley 18.314.

TERCERA PARTE: Ya con una visión panorámica respecto de la legislación nacional en Chile y España, de su evolución legislativa siempre tendente a adecuar la ley penal a las transformaciones políticas y sociales de cada Estado, nos abocaremos de lleno *al análisis sustantivo penal del terrorismo a la luz de los ordenamientos jurídicos de Chile y España*.

Uno de los objetos centrales en esta investigación ha sido aproximarnos a un concepto jurídico del terrorismo, para lo cual debemos tener en consideración las características del terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social, materia a la que hemos destinado más de doscientos folios dada la importancia que reviste. Pero tal aproximación jurídica es imposible de realizar sin antes examinar la estructura de los delitos de terrorismo. A ello hemos destinado el **Capítulo VI**.

Comenzaremos explicando el porqué consideramos necesario definir o intentar delimitar jurídicamente el terrorismo y cuáles son los elementos esenciales que nos permiten arribar a un concepto jurídico del mismo. Adelantándonos a lo que expondremos con mayor laxitud, puede decirse que la necesidad de su delimitación jurídica se fundamenta en razones tanto de orden de legislación interna como internacional.

²³ Ha sido nuestro soporte principal en este examen y guía al mismo tiempo la obra de Carmen LAMARCA PÉREZ. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

A nivel interno es necesario marcar los límites de protección penal adecuándose al programa penal de las Constituciones, con el objeto de dar una protección ex ante frente a conductas que atentan directamente contra los derechos inherentes a la dignidad humana. Al mismo tiempo considerando las legislaciones de excepción que de lege data existen para el tratamiento jurídico del terrorismo, es preciso limitar su ámbito de aplicación a conductas auténticamente terroristas, por lo que su demarcación jurídica es una exigencia de primer orden.

A nivel internacional, es preciso distinguirlos de los delitos políticos a objeto de privarles de los beneficios propios de este tipo de delincuencia, cuestión que no parece fácil ya que en definitiva la forma de valorar la violencia dependerá de las concepciones ideológicas dominantes. Lo que para un Estado es terrorismo, para otros será delincuencia política, y a su vez, lo que en el escenario político nacional es considerado terrorismo para quienes ejercen el Poder, para quienes disienten del mismo será delincuencia política. A este respecto cobra plena importancia el deslinde que se ha realizado en torno a los distintos tipos de violencia política, debiendo señalarse que los delitos de terrorismo solo pueden concebirse jurídicamente en el marco de un Estado de Derecho democrático. Es menester, asimismo, lograr una definición jurídica del terrorismo a objeto de establecer criterios comunes en el plano de la jurisdicción universal existente para la sanción de determinados delitos que atentan contra los derechos humanos.

Debido a la extensión de las materias que se verterán en este capítulo, nos hemos visto en la obligación de dividirlo en tres grandes apartados. El primero de ellos referido al concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España. El segundo apartado se ha destinado a examinar el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo y el tercero, a los elementos básicos del tipo de injusto en las legislaciones chilena y española.

En el *Apartado Primero* intentaremos realizar una clasificación de las distintas *concepciones doctrinales acerca del terrorismo, con algunas notas jurisprudenciales*, en ellas observaremos las profundas discrepancias que existen ya que, la dimensión de su determinación penal varía en función de las políticas criminales de cada Estado. A pesar de los esfuerzos no ha logrado llegarse a un concepto unívoco, aún cuando la perspectiva subjetiva parece haber conseguido un consenso relativo, al menos en las legislaciones europeas destacando el móvil o finalidad política, perspectiva que asumimos en esta investigación. En conexión con esta idea y con el ataque que supone el terrorismo a los derechos humanos fundamentales, especialmente cuando proviene de la estructura de poder, es que hemos realizado una *digresión acerca del terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno*.

Proseguiremos con la *descripción legal del concepto de terrorismo en la ley 18.314 chilena y en el CP español de 1995*. Se atenderá, en el caso de la legislación chilena, a las ambigüedades que la ley 18.314 presenta en relación al concepto constitucional de terrorismo, soporte sobre el cual tendría que construirse un concepto legal del mismo. En el caso de la legislación española destacaremos la tendencia a construir el concepto de terrorismo atendiendo fundamentalmente a la noción de banda armada, y que hemos denominado “elemento estructural”, combinado con un “elemento teleológico” relativo a la finalidad perseguida con las conductas en interconexión estrecha con el bien jurídico protegido, y con el “elemento instrumental”, esto es, la forma de comisión mediante delitos comunes.

En el *Apartado Segundo* trataremos, dentro de lo que hemos denominado *Consideraciones previas, la evolución histórica del concepto de bien jurídico, su trascendencia funciones en el derecho penal*, tema de gran importancia toda vez que, como se ha dicho, parece ser que el terrorismo se ha convertido en una de las más paradigmáticas demostraciones de insuficiencia del derecho penal, y creemos ello obedece en gran medida, a la confusión existente, al menos en la legislación chilena, respecto del papel que el bien jurídico cumple en la tipificación de delitos los delitos de terrorismo. Se proseguirá con *las discrepancias doctrinales*

en lo relativo al contenido material y el concepto de bien jurídico, tema que no hemos podido soslayar dado que la posición que aquí se adopta en torno al objeto de tutela penal no es precisamente de aquellas que acoge la doctrina dominante. Examinaremos asimismo *el papel del bien jurídico en lo injusto penal*.

Luego de estas consideraciones previas, y en un segundo punto nos referiremos *al contenido material del bien jurídico* en los delitos de terrorismo, tomando posición a este respecto, y refiriéndonos especialmente al carácter colectivo del objeto de tutela penal en los mismos. Orientaremos este contenido material tomando posición, ya en un tercer punto, a través de lo que consideramos ha de ser el *criterio de valoración jurídico penal del bien jurídico* en los delitos de terrorismo. Se hace presente que nos explayaremos con especial dedicación por tratarse de un tema de gran importancia al momento de determinar el qué, cómo y cuando prohibir penalmente ciertas conductas. A nuestro juicio, el concepto histórico social de derechos humanos vinculado al concepto de necesidades humanas ofrece el instrumento más adecuado para los lineamientos político criminales que deben adoptarse en la idea de la intervención penal mínima y para una política de control social alternativa.

Delimitado que fuere este criterio de valoración del contenido material, proseguiremos con el *examen del bien jurídico protegido a la luz del concepto sustantivo de terrorismo en las legislaciones chilena y española* y lo confrontaremos con las consideraciones anteriores. En este punto debemos aclarar que la identificación del bien jurídico protegido se hace conforme a lo de *lege data* se infiere, bien jurídico que, al menos en el caso de la legislación chilena, no coincide con lo que debería (*lege ferenda*) ser el objeto de tutela penal en el contexto de un sistema democrático. En el caso español esta situación no se produce ya que existe un reconocimiento sustantivo a la finalidad política. Por esto es que necesariamente deberemos hacer referencia a elementos que integran el tipo subjetivo de los tipos penales contenidos en ambas legislaciones dado que en ellos se contiene la referencia al objeto de tutela penal. La relación entre bien jurídico y elementos subjetivos de lo injusto aparece como indiscutible. Finalizaremos este apartado con la *identificación del objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo*, un bien jurídico colectivo, y con algunas consideraciones en torno a los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados.

En el *Apartado Tercero* realizaremos una visión global acerca de la estructura de los delitos de terrorismo, siempre a la luz de las legislaciones de Chile y España. El examen del *tipo objetivo* se volcará en primer orden a intentar dilucidar si la organización criminal, la asociación ilícita es o no un *requisito sine qua non de lo injusto penal*. Para ello examinaremos el sujeto activo en los delitos de terrorismo contenidos en la ley 18.314 chilena, y en el CP español. La confrontación entre ambas legislaciones nos permitirá arribar a conclusiones respecto de las ventajas y desventajas de incluir el elemento estructural como elemento de lo injusto penal.

Respecto de la legislación española, y dada la polémica que suscita el concepto de banda armada, nos explayaremos profusamente en los elementos que la conforman para llegar a distinguir entre bandas armadas y bandas armadas terroristas. Se intentará asimismo, ofrecer criterios de diferenciación entre las bandas armadas, las organizaciones terroristas y los grupos terroristas. Examinaremos por último las implicancias jurídicas de la consideración de sujetos activos que realizan delitos de terrorismo al margen de las bandas armadas para lo cual nos prestará una valiosa ayuda el examen del sujeto activo en la legislación chilena toda vez que en ella la organización criminal no se encuentra inserta en lo injusto penal, y sí en cambio, como delito específico de asociación ilícita terrorista.

Punto importante a considerar ha sido asimismo *la conducta típica*. En la legislación chilena destaca por la consideración del uso de la violencia como método en la comisión de los delitos y por la consideración del “temor” y la alarma pública. Cabe hacer presente que, como *lege ferenda*, hemos considerado el temor o alarma pública como parte de la conducta típica

rebatando en este punto los criterios del legislador, que se inclina por consagrarlos como verdaderos elementos subjetivos de lo injusto penal en cuanto “finalidad terrorista”. En todo caso, respetando lo que de lege data ordena el legislador, el examen particularizado de tales finalidades cualificadoras de los delitos de terrorismo se hará en la parte correspondiente al tipo subjetivo.

En la legislación española tendremos que diferenciar entre la conducta típica presente en los actos realizados por sujetos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y la conducta típica presente en los actos realizados por sujetos no relacionados con este tipo de organizaciones. Daremos especial énfasis a los primeros dado que la organización es uno de los elementos centrales en los tipos penales descritos en los arts. 571 y ss. del CP. Habrá que distinguir aquí la conducta de los pertenecientes o integrantes de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, de la conducta de quienes meramente actúan al servicio de las mismas y la de quienes colaboran con ellas.

En el examen del *tipo subjetivo* examinaremos el dolo y los elementos subjetivos de lo injusto, tomando posición respecto de las “finalidades” o “propósitos” terroristas a que se refieren los tipos penales tanto de la legislación chilena como española, y que son los que permiten su cualificación como delitos de terrorismo. A continuación examinaremos separadamente las circunstancias contenidas en el art. 1° de la ley 18.314 chilena, y las finalidades o propósitos descritos en el art. 571 del CP español, para lo cual necesariamente deberá tenerse en cuenta el examen realizado en torno al bien jurídico protegido.

Concluiremos haciendo una recapitulación de lo expresado para luego *tomar posición* respecto de los temas que mayor dificultad han suscitado: En el *tipo objetivo*, la necesidad de incluir o excluir a la organización como requisito en lo injusto penal; y en el *tipo subjetivo* la identificación, en cuanto categoría dogmática, de la finalidad terrorista. Finalizaremos aportando *los elementos que*, en nuestra opinión, *permiten una aproximación jurídico conceptual al terrorismo*.

Una vez examinada la estructura de los delitos de terrorismo, en general, llegamos al análisis de los tipos penales de terrorismo en la ley 18.314 chilena y el CP español. Tal es la tarea que se aborda en el **Capítulo VII**, último en esta investigación. Dicho examen presupone el reconocimiento de los principios informadores del derecho penal liberal, como límites al ius puniendi del Estado Moderno. Los principios de *intervención mínima* y *de legalidad en materia penal* se erigen como punto nuclear en los presupuestos que legitiman la intervención penal del Estado.

El *principio de legalidad* en materia penal encuentra reconocimiento constitucional en el art. 19 n°3 de la CPRCH y art.9.3 de la CE. Empero, tratándose de principios más específicos como el de taxatividad, de lesividad, de culpabilidad, del derecho penal del acto, la Constitución no siempre les reconoce expresamente, y su consagración habrá que buscarla en el ordenamiento jurídico vigente. Así, *la exigencia de determinación en la ley* en España se encuentra recogida indirectamente en el art. 25.1 de la CE²⁴, en cambio, en la CPRCH su reconocimiento es expreso en el art. 19 n°3 cuyo inciso final señala: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En España el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, mas concretamente, *de bienes jurídico penales*, encuentra su fundamento político criminal en el modelo de Estado que acoge la Constitución (Estado Social y democrático de derecho, art. 1.1. CE), mientras que en Chile, su fundamento se encuentra en el reconocimiento de los presupuestos de un derecho penal respetuoso de los derechos humanos, derechos que se encuentran incorporados a la legislación nacional en virtud de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

²⁴ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

La complejidad de este último capítulo nos ha llevado a distinguir cuatro grandes bloques: en el primero, y como es tendencia en esta investigación, se contienen las disposiciones preliminares. En el Segundo bloque se examinarán los tipos penales de terrorismo en la ley chilena, y en el Tercer bloque los tipos penales en la legislación española. Para dicho examen hemos procurado aunar ciertos criterios generales para una clasificación de los respectivos tipos penales al interior de cada una de las legislaciones, pero sin embargo puede advertirse que ello no siempre ha sido posible. Una primera gran diferencia: El tipo penal de asociación ilícita terrorista ha sido tratado en último lugar de prelación en la legislación chilena, y en primer lugar en la legislación penal española. Ello porque en esta última, la asociación ilícita terrorista se erige como soporte del resto de los tipos penales consagrados en los arts. 571 y ss. del CP, a excepción del art. 577 que se refiere al mal llamado “terrorismo individual”. Una segunda diferencia es la que nos obliga a realizar la legislación española. En ella hay que examinar separadamente aquellos delitos que se cometen en relación con bandas armadas y aquellos que se realizan al margen de las mismas.

Una tercera diferencia es la relativa a los delitos autónomos que se contienen. De un lado, en la legislación chilena nos encontramos con figuras delictivas especiales de riesgo catastrófico y que se refieren a los actos de apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte público, y a la colocación, lanzamiento o disparo de artefactos explosivos, tipos penales que la legislación española no contempla expresamente. De otro lado, la legislación española nos obliga a tratar con especial detenimiento los tipos autónomos de colaboración con banda armada (actos de recaudación económica y colaboración con bandas armadas), apología del terrorismo, y humillación a las víctimas del terrorismo, tipos penales no existen en la legislación chilena. Una cuarta diferencia es que en el CP español se contienen delitos de peligro a la seguridad pública, relativos a la tenencia y depósito de armas y explosivos, y una cláusula residual en cuya virtud cualquier otra infracción que se cometa con las finalidades terroristas puede ser incriminada a título de terrorismo. Ellos no existen en la legislación chilena, salvo en cuanto consideráramos que el tipo penal de colocación, lanzamiento o disparo de explosivos se asemeja a la hipótesis delictiva de “mera colocación o empleo” de sustancias o aparatos explosivos contenida en la tenencia y depósito de armas. En cuanto al resto de los delitos, la clasificación se ha realizado de manera similar en ambas legislaciones, en función de los bienes jurídicos que resultan inmediatamente afectados por la comisión de delitos de terrorismo.

En todos los tipos penales los temas examinados coinciden en lo sustancial: tipo objetivo, tipo subjetivo, naturaleza y clasificación del delito, consumación y formas imperfectas de ejecución y penalidad establecida. Cuando corresponda examinaremos los problemas concursales que se producen, ya en relación con otras leyes o con otros delitos, así como eventuales infracciones al principio del non bis in ídem como producto de dobles fuentes de ilicitud. Se examinarán también, aunque no con particular detenimiento, las disposiciones comunes que cada legislación establece para sus respectivos delitos de terrorismo, en el caso chileno, los criterios de determinación de las penas, la tentativa, amenaza y punición de actos preparatorios. En el caso español, la punición de actos preparatorios y la agravante de reincidencia internacional.

Cabe hacer presente que tratándose del *delito de asociación ilícita terrorista*, además del obligado examen de su estructura típica, realizaremos *consideraciones especiales*: En el caso de la legislación chilena, *una digresión acerca de la inexactitud en la cualificación como terrorista de ciertas organizaciones políticas armadas que existen en Chile*, y en el caso de la legislación española *una reflexión jurídica y política criminal acerca de la incriminación penal autónoma de la asociación ilícita terrorista*, reflexión que también hacemos extensiva a la ley penal en Chile. Especial mención cabe a otras polémicas figuras en la legislación española:

- a) Los actos de colaboración con banda armada (art. 576), cuya inclusión como delito autónomo ha sido fuertemente cuestionada, dadas las dificultades que surgen en torno a su

calificación técnico jurídica y su similitud con actos preparatorios y con las formas de participación en el delito. Digresionaremos en este punto respecto de dos temas que han sido motivo de ardua discusión: actos de colaboración y libertad de expresión (caso mesa nacional de HB) y la conducta del mediador en el delito de detenciones ilegales.

- b) Los *delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas*, organizaciones o grupos terroristas (art. 577), tipo penal que carece de uno de los elementos centrales en la concepción jurídica del terrorismo, la organización. Examinaremos ya desde el punto de vista sustantivo la reacción penal frente a conductas de violencia espontánea, no organizada, con finalidad política, la que parece haber ido extendiéndose cada vez mas, bastando como ejemplo, la reforma realizada por la LO 7/2000.
- c) Los delitos de apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo, ambas figuras introducidas por la LO 7/2000, y de indudable trascendencia político criminal. Como se verá, la libertad de expresión es un derecho que el sistema democrático se encarga de garantizar, pero al mismo tiempo de restringir mediante la incriminación de conductas que exceden su campo. Adelantándonos a lo que se expondrá, los actos de “enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo”, y los que importen una humillación a las víctimas del terrorismo, en los términos en los que se concibe en el art. 578 CP, no parecen ser un ejercicio abusivo del derecho a expresarse libremente.

El cuarto bloque, y una vez examinados los delitos de asociaciones ilegales en ambas legislaciones, lo hemos destinado al problema de la *Autoría y participación* en las asociaciones ilícitas terroristas, bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas. No nos explayaremos en este punto más allá de lo necesario puesto que, al igual que tantos otros que se tocan de alguna manera en esta investigación, la polémica doctrinal en torno a la calidad de la participación que cabe a quienes son los directivos en una organización criminal es materia de una tesis doctoral completa. Simplemente nos limitaremos a dar una visión general acerca de las diversas teorías existentes y a apoyar aquella que consideramos mas adecuada.

El último bloque lo hemos destinado a un tema de vital importancia en la legislación antiterrorista y que choca frontalmente con el tratamiento de agravación de penas que es ya tradicional en las legislaciones antiterroristas: *la atenuación punitiva por colaboración con la justicia, o el arrepentimiento eficaz*. Se examinará en la legislación chilena la manera a través de la cual esta figura se ha introducido en el ordenamiento jurídico, como producto de la importación de modelos jurídicos extranjeros. Distinguiremos dos etapas: la primera relativa a la legislación vigente entre 1992 y 1996 (Ley 19.172 sobre “arrepentimiento eficaz”) y la Segunda relativa a la legislación vigente en la actualidad (art. 4° de la ley 18.314). Nos esforzaremos por encontrar vías alternativas a este instituto jurídico recurriendo al derecho penal común. En el caso de la legislación española, examinaremos el art. 579 CP delimitando su ámbito de aplicación y los requisitos para su procedencia, para culminar ofreciendo, sin ánimo de lege ferenda, algunas medidas alternativas en materia de reinserción social. Concluiremos con una comparación en la tipificación de los delitos de terrorismo en la ley 18.314 chilena y en el CP español.

5.- Como puede observarse, la tarea que nos hemos propuesto desarrollar es mucho más que amplia, y aún así se ha intentado reducir a lo que hemos considerado fundamental. Nos amparamos en que se trata de las legislaciones de diversos países, a dos de los cuales hemos destinado especial dedicación, legislaciones que son el continente no de un delito sino de “delitos de terrorismo”, y legislaciones asimismo dispares en su forma de concebir sustantivo penalmente al fenómeno.

Hemos intentado centrar nuestra discusión en la factibilidad, eficacia o ineficacia de un tratamiento excepcional para el fenómeno del terrorismo, pues en la respuesta jurídica al mismo entran en juego muchas de las garantías del sistema punitivo, razón por la que hay que estar atento a las exigencias que nos impone la concepción de Estado de Derecho. En primer lugar, la superación de la idea de derecho como un instrumento de exclusiva garantía y represión, y la

tendencia a ampliar sus funciones a orientar y promover comportamientos, no solo de un modo negativo, sino que también de una forma positiva. En segundo lugar, la legitimidad del sistema político radicado en el consentimiento y en la voluntad soberana del pueblo y el respaldo moral de la ley, que debe ser expresión de la voluntad de la mayoría democráticamente representada. En tercer lugar, la salvaguarda de los derechos de los individuos frente al Estado ya que la mejor garantía de la existencia de un Estado de Derecho es el reconocimiento y protección de los derechos del hombre.

Decíamos al inicio que el esfuerzo de todo penalista ha de centrarse en la búsqueda de ese ideal de justicia. Entendemos que el camino adecuado es su participación activa en los procesos sociales y legislativos procurando “advertir” cada vez que se produzca una contradicción entre la legislación penal y los principios del Estado de derecho. Y el legislador español deja la puerta abierta: “No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino simplemente una obra útil. El gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita pues, con este proyecto, a pronunciarlo, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento”²⁵.

No vemos obstáculo en hacer extensivo el contenido de estas expresiones al aporte que se pretende realizar en la legislación chilena. Sabemos que en toda reforma legislativa se produce una tensión entre la justicia y la seguridad jurídica, puesto que, como advierte GIMBERNAT²⁶ “cada innovación legal persigue alcanzar unas soluciones más justas para la materia objeto de regulación” pero al mismo tiempo “ello tiene necesariamente un costo: la seguridad jurídica, en cuanto que, en gran parte se convierten en inservibles las pautas de interpretación establecidas...”. Pero sabemos asimismo que no podremos asistir al establecimiento de una verdadera democracia, en la medida en que sigan manteniéndose legislaciones de claro sesgo autoritario.

De allí que sea exigencia fundamental, la valoración de todos aquellos postulados que tienden a la reducción del ordenamiento represivo y al resguardo de garantías, en especial cuando se aprecia a nivel mundial un incremento hacia el autoritarismo en materia penal.

²⁵ Concretamente Exposición de Motivos de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, continente del CP de 1995:

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E. “*El nuevo código penal: valoración global de los criterios político criminales que lo informan*”, en *Jornadas sobre el nuevo código penal de 1995, 19-21 noviembre de 1996*; Adela Asúa batarrita (ed.); Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1996, pp.17-30.

PRIMERA PARTE

CONSIDERACIONES POLÍTICAS E HISTÓRICAS

CAPÍTULO I

EL ESTADO

PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

SUMARIO:**I.** Preliminares. **II.** LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD. **1.** *LEGITIMIDAD SOBERANÍA Y NACIONALISMOS.* **1.a.** La soberanía popular. **1.b.** La soberanía nacional. **1.b.1.** Las ideologías nacionalistas. **1.b.2.** La Doctrina de Seguridad Nacional. **2.** *LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD.* **3.** *LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD EN LAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES: CRISIS DE LEGITIMACIÓN, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.* **3.a.** Preliminares. **3.b.** El Estado y las crisis de legitimación. **3.b.1.** El Estado Social o Estado de Bienestar: el modelo de las democracias occidentales. **3.b.2.** La crisis del Estado Social: ausencia de legitimidad. **3.b.3.** Alcances políticos y jurídicos de la crisis de legitimación: El Estado de Derecho: **a.** Concepto. **b.** El Estado Social y Democrático de Derecho: un modelo en crisis. **b.1.** Consecuencias a nivel social y político: la desvirtuación de los postulados social y democrático de derecho. **b.1.a.** La soberanía popular como criterio legitimador del principio democrático. **b.2.** Consecuencias a nivel jurídico: los mecanismos de control social y los derechos fundamentales. **B.2.a.** la merma del principio de legalidad. **4.-** *LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN AMÉRICA LATINA: CRISIS, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS* (especial referencia al caso chileno). **4.a.** Consideraciones preliminares. **4.b.** El caso chileno. **4.b.1.** El Estado de Derecho en Chile bajo la dictadura militar. **4.b.2.** La transición hacia la democracia y el Estado de Derecho. **5.** *EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LAS CRISIS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.* **6.** *LEGITIMIDAD, ESTABILIDAD POLÍTICA Y DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.* **III.** Conclusiones.

I. PRELIMINARES.

Arribar a la conclusión de la existencia o no del terrorismo en un determinado sistema político, es un tema que no debe soslayarse en una investigación acerca de su tratamiento jurídico. ¿Qué sistema o régimen político está facultado para afirmar la existencia de dicho fenómeno en su seno?. La discrepancia entre la legalidad de un régimen y la legitimidad del mismo, frecuentemente recorta y desvía los derechos básicos de toda persona, en favor de los intereses de un determinado sector. Ello nos lleva a preguntarnos de qué manera podemos arribar a la conclusión de la existencia del terrorismo. ¿No será acaso que se designa terrorista a verdaderos opositores o disidentes políticos que no encuentran en el interior del régimen político los canales de participación reales (y no meramente formales) para expresar sus divergencias?. ¿Dé dónde proviene la legitimidad del poder político?.¹

Si los distintos regímenes políticos no son más que soluciones políticas efectivas que adopta una comunidad para autogobernarse, ¿Quién tiene en él, el poder de decisión, una o

¹ En esta investigación nos planteamos sobre la base que el Poder Político esta justificado. En todo grupo social global (sociedad), existe una pluralidad de individuos y grupos en interdependencia, y ha de haber alguien que, en última instancia, dirima los conflictos y organice a la sociedad para que prevalezca el interés general. Discrepamos del izquierdismo ácrata y nos hacemos cargo de las críticas de sus teóricos sobre los conceptos de autoridad y poder. Si bien, coincidimos en cuanto a la abolición del Estado como meta y como consecuencia de la revolución social; rescatamos en tal sentido las palabras de Engels: "Tomad una fábrica, un ferrocarril, un barco en alta mar. ¿acaso no es evidente que sin una cierta subordinación y, por consiguiente, sin una cierta autoridad o poder será imposible el funcionamiento de estas complejas empresas técnicas, basadas en el empleo de máquinas y en la cooperación de muchas personas con arreglo a un plan?"... "Cuando he puesto parecidos argumentos a los más furiosos antiautoritarios, escribe Engels, no han sabido responderme más que esto: "¡Ah! eso es verdad, pero aquí no se trata de que nosotros demos al delegado una autoridad, sino *un encargo*". Estos señores creen cambiar la cosa con cambiarle el nombre". Véase V.I. LENIN. "*Polémica con los anarquistas*", *El Estado y la Revolución*. Edit. Ateneo, Buenos Aires, 1972. pp. 76-78

varias personas?, ¿Cómo se organiza este poder? y ¿A quienes se impone el poder y para qué?. No podemos afirmar si un poder es legítimo o no sin considerar la concepción dominante en la sociedad sobre la que se asienta el poder: si éste se acomoda con el sistema predominante de creencias en un grupo histórico social determinado; y a qué valores responde, si a los nacidos del interés económico de una minoría, o al interés de la inmensa mayoría. A partir de ello surgen las distintas formas de organización al interior de la sociedad, los criterios para adoptar las decisiones políticas, para elegir a los gobernantes, para legislar, etc.; y todo lo que conlleva el manejo de un gobierno. Por lo tanto, y como primer elemento a estimar, no es indiferente el que la violencia, susceptible de ser cualificada como “terrorista”, se desate en un régimen democrático liberal, socialista o autoritario.

Un segundo elemento a considerar, es que, dentro del Derecho, entendido como sistema normativo dotado de una coacción formalizada e institucionalizada, se distinguen para efectos metodológicos y pedagógicos, al menos los siguientes enfoques: Ciencia del Derecho, Sociología (perspectiva científico normativa), Filosofía del Derecho y Dimensión histórica (momento, lugar y contexto social en que suceden los hechos). Esta pluralidad de perspectivas no resta al derecho su carácter de realidad total en la que prevalece su dimensión unitaria; lo que conlleva a que entre ellas exista una intercomunicación dinámica para la mejor aplicación del Derecho, o en su caso, el reemplazo por otro en aras de una exigencia estricta de justicia.

Todo Derecho intenta organizar a la sociedad según una cierta concepción de la Justicia. Todo derecho es expresión de una determinada idea de justicia y toda idea de justicia intenta expresarse a través de un determinado Derecho. Ello supone una interconexión latente entre el Derecho que es y el que debe ser (ética). Y la relación Derecho - Etica subyace al problema de la legalidad y la legitimidad. Dicho de otro modo: Todo sistema de legalidad (Derecho) es expresión de un determinado sistema de legitimidad (Justicia), y a su vez, todo sistema de legitimidad, intenta expresarse a través de un determinado sistema de legalidad.²

El problema de legitimidad en un sistema de legalidad, es pues, un problema que compete rigurosamente a la Filosofía del Derecho. Ella nos dirá en definitiva, si el Derecho válido y eficaz (desde la perspectiva del análisis científico normativo), corresponde o no con la idea de justicia, mediante la cual, se abraza una determinada concepción sobre el mundo y su sistema de valores.

La legitimidad o ilegitimidad de un sistema se vincula con el sistema de valores que se adopte, y a la vez, este sistema de valores se traduce en la protección de determinados intereses. *Son los intereses protegidos los que van a determinar, qué valores son los que priman en un determinado sistema.* Siguiendo a Elías DÍAZ, desde este enfoque pueden diferenciarse tres niveles de legitimidad dependiendo de la forma en que se expresen: *legitimidad legalizada*, cuando se expresa a través el derecho positivo, como fuerza o coacción institucionalizada; *legitimidad socialmente eficaz*, cuando es fruto de las vivencias y aspiraciones de una determinada sociedad; *legitimidad crítica*, cuando se expresa a través de un determinado nivel crítico individual.³

Como corolario a lo expuesto, puede decirse que *la relación existente entre la legalidad y legitimidad de un sistema*, ha de ser analizada considerando la pluralidad de enfoques, en la dinámica interconexión que se da en esa unidad que es el Derecho. El problema de la validez del

² DÍAZ, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Edit. Civitas, Madrid, 1978. p.18. Si bien en el plano teórico es correcta la afirmación relativa a la conexión entre legitimidad (justicia) y legalidad (derecho), cabe constatar que, en la praxis, la experiencia histórica de los diversos ordenamientos jurídicos ha demostrado que no siempre el Derecho es expresión de una determinada idea de justicia. Piénsese por ejemplo en los sistemas autoritarios, sobretodo en las dictaduras militares, en los que existe un aparato o sistema de legalidad formalmente constituido, pero que no obedece a ninguna idea de justicia desde el momento en que tiende a la protección de los intereses de una determinada clase social en perjuicio de otra. En otras palabras, es un sistema carente de legitimidad.

³ DÍAZ, E. 1978. pp. 20-21

Derecho (derecho válido), corresponde a la Ciencia del Derecho que estudia la legitimidad legalizada. La eficacia del Derecho (Derecho eficaz), es tarea de la Sociología Jurídica, a quien corresponde entonces el análisis de la legitimidad eficaz; y finalmente, el problema de la justicia o injusticia del Derecho (derecho justo) ha de estudiarse desde la Filosofía Jurídica, quien se encarga del análisis de la legitimidad crítica o justa. Dicho de otro modo, la Filosofía del Derecho se constituye tanto en Ontología Jurídica como en Axiología Jurídica, en una teoría crítica de los sistemas de legalidad (crítica del Derecho, su eficacia y validez), como una teoría crítica de los sistemas de legitimidad (crítica de la justicia). La reflexión crítica de los métodos y procedimientos utilizados por la Ciencia del Derecho se configura como Teoría de la Ciencia Jurídica.

La tercera consideración apunta a la siguiente afirmación: Es el complejo de infraestructuras sociales y económicas quien determina el conjunto de creencias capaces de sustentar el poder político. Las distintas manifestaciones históricas que ha asumido este poder pueden reducirse a tres tipos claramente diferenciados: Poder inmediato o anónimo, característico de las sociedades tribales, Poder individualizado y Poder institucionalizado o Estado, característicos ambos de las sociedades no tribales⁴. La manifestación más pura del *poder político individualizado* lo constituyeron las *monarquías absolutas* en las que la sucesión en el poder y el abuso en su ejercicio, en suma, los peligros inherentes a esta forma de gobierno, determinaron su racionalización o su sometimiento a las normas. Para paliar tales efectos nacen las Monarquías constitucionales en cuanto formas embrionarias de Estado, es decir, como *poder jurídicamente institucionalizado*.⁵

El *poder personal*, en sus diversas modalidades históricas (Duce, Führer, Caudillo) ha surgido siempre en épocas de crisis sociales, en los que el abuso de autoridad y las extralimitaciones en el poder mismo aseguran la sucesión. A su vez, debe distinguirse entre *Poder personalizado* y un *Poder individualizado*. El primero se acomoda a las estructuras constitucionales, aunque la personalidad del Jefe de Estado sobresalga por encima de los cuadros constitucionales. El poder individualizado, en cambio, destruye las estructuras constitucionales vigentes, como ocurre en el caso de las Dictaduras. Puede darse también una combinación de ambos tipos de poderes como ocurre en el caso de la dictadura militar chilena en la que el poder individualizado en la Junta de Gobierno militar destruyó las bases jurídicas del ordenamiento constitucional, y a la vez, el poder fue personalizándose en la figura del General Pinochet.

El *Poder institucionalizado* es el que adopta la forma jurídica de Estado. Como expresa FERRANDO BADÍA⁶ “no se vincula a una persona sino a un status. Los gobernantes serán tan solo sus agentes. El Poder institucionalizado implica *la hipóstasis* del Poder, se establecen jurídicamente las competencias, sus funciones, estructuras, elegibilidad de sus titulares y limitaciones de sus facultades. De ahí que se pueda hablar de un cierto poder nomocrático, en el sentido de que el gobierno de un grupo social está más bien garantizado por el Derecho que por los hombres. El Derecho funda la legitimidad (diríamos legitimidad legal) del Poder Estatal”.

En todas las formas políticas del Estado contemporáneo (más bien sistemas políticos, sea Estado Democrático Liberal, Estado Socialista, Estado Autoritario y Estado Social de Derecho, variante del sistema democrático liberal), subyace un fundamento que justifica la aceptación de la autoridad. Pero el poder, cualquiera que sea la formación política o social que lo expresa, es siempre *signo y función de la desigualdad social*⁷ y sus intentos por despojarse del control del derecho pueden conferirle un carácter casi absoluto. De ahí que el Derecho se

⁴ FERRANDO BADÍA, Juan. *Poder y legitimidad*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971. p.9.

⁵ Sobre las diversas modalidades de Monarquías, véase BISCARETTI DI RUFFIA. *Monarchia. Dalla Costituzione delle monarchie moderne Ad oggi* en *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, 1963.

⁶ FERRANDO BADÍA, J. 1971. p.11.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. “¿Existe una democracia representativa?” en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Colecc. El Viejo Topo, N°7. 1983. p.70.

encuentre ante una doble función: por una parte, legitimar, por la otra, limitar y controlar. Como expresa FERRAJOLI: "es poder y anti poder, opresión del poder estatal y defensa frente a la opresión estatal".⁸

II LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD.

Un problema esencial en la sociología y la filosofía políticas es la legitimidad del poder político como justificación de las diversas modalidades que éste pueda revestir. Conceptos claves para su explicación son por un lado, la soberanía, entendida en un principio como soberanía nacional, el paso de la misma a la concepción de soberanía popular, el nacionalismo, en cuanto común denominador del terrorismo en Europa; y por otra parte, los derechos humanos como criterio legitimador del poder político. Las concepciones de soberanía y derechos humanos parecen encontrarse en una profunda relación con la legitimidad de un sistema político, y por ende, con lo que puede considerarse terrorismo en un determinado momento histórico.

1. LEGITIMIDAD, SOBERANÍA Y NACIONALISMOS.

Soberanía (en el sentido de fuerza de imposición del poder estatal) y *Legitimidad*, se encuentran íntimamente entrelazadas; ya que la primera (como coacción del aparato del Estado), sólo existe mientras es considerada como justificada en términos generales, al menos por los miembros del aparato del Estado⁹. En otras palabras, la soberanía existe sólo mientras está legitimado el Poder del Estado. Si la soberanía del Estado depende de su legitimidad, raya concluir asimismo, que cuando se pone en cuestión el fundamento de la legitimidad del poder del Estado y surge la resistencia (pasiva o activa), la desobediencia a las normas impuestas, el sabotaje, la agudización de contradicciones entre dos partes y por qué no, una guerra civil, entonces también se está cuestionando la soberanía del Estado.

Obtenemos entonces la siguiente interrelación: la soberanía del Estado depende de su legitimidad y la legitimidad fundamenta su soberanía. Resulta necesario adentrarse al problema de la legitimidad para observar qué es lo que le da la cohesión interna necesaria al Estado, así como el condicionamiento mutuo entre el poder y el derecho, con la finalidad de prever cuáles son los factores de que depende la estabilidad del Estado. Asimismo, permite conocer anticipadamente, qué leyes del movimiento dialéctico y automatismos actúan en el Estado; además, qué situaciones y consecuencias políticas cabe esperar. En síntesis, cuando preguntamos por la legitimidad, cuestionamos *las condiciones de la soberanía*.

El concepto de soberanía surge vinculado al derecho de los reyes a gobernar por mandato divino. El soberano ejerce el poder sobre los súbditos, estableciéndose una relación en la que quedan fuera las relaciones familiares, éticas y religiosas. Elemento importante en este concepto es que el poder soberano proviene de Dios y por tanto, no existe una sujeción a las leyes, ya que el soberano en sí mismo es la fuente del derecho. Esta es la forma de soberanía que sustenta el Estado absoluto manifestado en las monarquías absolutas.¹⁰ A la facultad que el soberano poseía para dictar leyes por mandato divino; HOBBS introdujo el elemento coactivo, el *ius puniendi*, o el ejercicio legítimo de la violencia por parte del Estado soberano. Dos siglos

⁸ FERRAJOLI, L. 1983. p.70.

⁹ KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Pensamiento jurídico alemán contemporáneo. Trad. Eugenio Bulygin. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980. pp.13 y ss.

¹⁰ Una vez que el Estado se constituye bajo el principio de soberanía y dependiendo de cuál sea la titularidad de ella, se forman los gobiernos. Bodino, en su obra, *Les six livres de la Republique*, publicada en 1575, sostiene que no existen las formas de Estado sino de Gobierno. No obstante distinguimos para la diferenciación del concepto de soberanía, entre Estado Absoluto y Estado Moderno. Más ampliamente, GONZÁLEZ, María Del Refugio. "*La soberanía y la globalización. El caso mexicano*" en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. T.II. Santa Fe de Bogotá (15-17 abril 1998), Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 1998. pp. 1583-1628.

más tarde, éste concepto con el advenimiento del constitucionalismo, puso en duda la responsabilidad del soberano, sólo ante la divinidad; y por ende, la legitimidad del derecho divino de los reyes a gobernar.

Históricamente el concepto de soberanía adquirió su mayor relevancia al proclamarse la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con el advenimiento de la Revolución francesa. En ella, se contemplan como principios rectores para el ejercicio del poder estatal y del nuevo Estado constitucional propuesto, por una parte y con influencia de Montesquieu, el principio de separación de poderes, y por la otra, el *principio de soberanía, primero popular y luego nacional*. La Revolución Francesa fue sin duda, la mayor conquista de la burguesía, identificada a fines del S.XVII con el Sieyés o Tercer Estado, contra el Poder absoluto del antiguo régimen. En 1787, la crisis económica que se venía arrastrando desde el reinado de Luis XV llega a su punto culminante con Luis XVI, en la que el pueblo y posteriormente la clase proletaria, es golpeada con mayor agudeza. Estas circunstancias determinaron las condiciones objetivas, en principio para el surgimiento de la revolución, entendida como cambio brusco en las condiciones políticas¹¹.

Sus consecuencias políticas sociales y económicas determinaron un vuelco en los conceptos de Estado hasta entonces conocidos. Fundamentalmente se destacan: Desde un punto de vista *político*, la sustitución radical del Estado absoluto por el Estado Democrático-liberal, que posteriormente se institucionalizó como *Estado de Derecho*. En el plano *sociológico*, la sustitución de una sociedad estamentaria representada por la nobleza, el clero y la burguesía; por una sociedad clasista representada por la burguesía y el proletariado como consecuencia de la concepción de nuevas formas de producción. Desde el punto de vista *económico*, significó el paso de los últimos resabios de un sistema feudal a un modo capitalista de producción. Con ello la burguesía logra gran parte de sus objetivos, principalmente el constituirse en depositarios de la voluntad general a través de la conformación de la Asamblea Nacional,¹² que apenas a un mes de los acontecimientos de La Bastilla, en agosto de 1789 se ungió como Asamblea Constituyente para proclamar la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano. Aspecto culminante del proceso revolucionario. Sin duda, la consecuencia más importante es que el hombre es quien se transforma en protagonista de la acción social ejerciendo derechos políticos, de mero súbdito se transforma en ciudadano.

El principio de soberanía se ve cruzado por dos conceptos antagónicos con relación a su titularidad: *pueblo y nación*. El *pueblo* como depositario de la soberanía fue una idea elaborada por Rousseau quien le concebía como el único titular de la toma de decisiones al interior del Estado, y por ende, titular de la soberanía. El concepto de soberanía popular fue el que se adoptó en los primeros años de la Revolución Francesa. La *nación* como titular de la soberanía significaba "la sociedad organizada", a través de su sistema judicial y el aparato estatal, y se presentaba como contraria al primero. Fue a mediados del siglo XIX ya en el desarrollo de la Revolución, que se adoptó el concepto de nación en cuanto depositaria de la soberanía. El principio de *soberanía nacional* aparece entonces con posterioridad y como una idea acorde al carácter burgués de la revolución francesa. El hacer radicar la soberanía en la nación implicó una disonancia con los conceptos tradicionales de soberanía: por una parte, con la *soberanía individual* cuya titularidad radica en el monarca, persona individual, poder absoluto, y por la otra con la *soberanía popular*, en que como se ha dicho, su titularidad reside no en la nación como cuerpo social, sino en cada uno de los individuos por partes alícuotas.

¹¹ Particularmente interesante resulta el enfoque histórico de Albert SOBOUL. *La Revolution francaise*. Preswes Universitaires de France, París, 1965. Quien realiza una caracterización del periodo sin llegar a una conclusión certera respecto de sus resultados. Soboul distingue tres etapas en el proceso revolucionario: 1789-1792, en que la disyuntiva se situaba entre revolución y compromiso; 1792-1795, en que se enfrentaban las posibilidades de una democracia burguesa y una república popular; 1795-1799, dilucidada ya la cuestión en favor de la primera alternativa de la segunda fase, la interrogante apuntaba hacia la concreción del liberalismo o de una dictadura.

¹² Véase a este respecto el esquema que hace Sieyés acerca del Estado llano o burguesía durante la revolución y posterior a ella. SIEYÉS Emmanuele-Joseph. *Qu' est-ce que le Tiers Etat. 1788-89. Trad.* José Rico Godoy: *¿Qué es el estado llano?* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950.

La soberanía nacional como principio rector de esta Revolución permitió la discriminación electoral entre el sector "propietario" (contribuyentes) y el sector "proletario" (no contribuyentes), que quedaron excluidos en la praxis de ejercer derechos electorales. Ello vino a legitimar plenamente la lucha por el sufragio universal que se desarrolló a lo largo de todo el siglo XIX, especialmente por parte de los partidos obreros¹³. Por otra parte, este nuevo concepto de la soberanía condicionó otro principio rector contenido en la Declaración, *la separación de poderes*. Ella existió tan solo referida a una parte de la población, ya que la burguesía era quien se distribuía el poder (Asamblea Nacional, y posteriormente Asamblea Constituyente como depositaria de la voluntad general). De allí que la separación de poderes, más que un principio jurídico, sea una separación entre clases sociales. O como bien expresa OLARIETA: "la articulación formal de una cuestión política subyacente;: el acceso al poder de la burguesía, una clase cuya representación en las instituciones públicas no se correspondía con su pujanza económica..."¹⁴.

Este principio, que podríamos calificar como "político-jurídico" vino a configurarse como uno de los fundamentos de la legitimidad del Estado y de la mano con el de la protección de los derechos del hombre. La desconcentración del poder como valor fundamental en oposición a una concentración totalitaria del mismo, se convirtió en el paradigma de los Estados Democráticos. No obstante, ha de destacarse que tal desconcentración, aún estando reconocida constitucionalmente (en la medida en que se intenta desarrollar manteniendo un sistema capitalista de relaciones de producción), se desvirtúa, transformándose en la praxis en una concentración real de poder en manos de la burguesía.

1.a. *La soberanía popular.*

El poder soberano concebido como voluntad general, voluntad del pueblo, idea de Rousseau y plasmado en el *principio de soberanía popular* ha sido interpretado a través de la historia con diversos significados. Por los límites de esta investigación, nos referiremos someramente a la interpretación en el sentido de titularidad o ejercicio del poder.¹⁵ De acuerdo al mismo, al *pueblo*¹⁶ le corresponde la *titularidad del poder constituyente*; es decir, verter este

¹³ DÍAZ, E. 1978. p.80.

¹⁴ OLARIETA ALBERDI, J.M. "*Dos modelos de separación de poderes*", en *JpD*, nov.1998, pp.21-28, esp. p.21.

¹⁵ Para un análisis genético y semántico completo del concepto de soberanía popular, y asimismo las connotaciones de un concepto en crisis, véase PÉREZ LUÑO, J.E. "*Estado de Derecho y soberanía popular*" en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos, Madrid, 1995. p.187-211

¹⁶ Acerca del significado del término *pueblo* véase PÉREZ LUÑO, J.E. 1995. pp. 194-197. El autor analiza la distinción entre pueblo entendido como totalidad singular (Volk, people, popolo o pueblo) o como un plural (the people). La acuñación del término en singular conlleva una connotación filosófica política y al concebirlo así, implica atribuir a una persona o grupo la interpretación de una idea abstracta: pueblo (Hegel, Schelling y Escuela Histórica). La Ciencia Jurídica lo señala como el ámbito de validez personal del ordenamiento jurídico estatal (Kelsen), esto es, el principio de unidad de los hombres que forman parte de un Estado y que son regulados por determinadas normas. Por otra parte, la acuñación del término en plural se da tanto en el plano sociológico como político. En el primero se le concibe como colectividad de personas cuantitativamente mensurable que integran un Estado (población), mientras que en el segundo tiende a otorgársele un carácter marcadamente ideológico, y se le concibe no como la totalidad de hombres que conforman un Estado sino como un conjunto de personas que por profesar ciertas ideas, por sus cualidades o por ser mayoría se les considera el pueblo. Así lo expresan *Aristóteles*, en su obra *Política*, III, 7-8, 1929-1280. También *Rousseau*, para quien los asociados por el pacto social toman colectivamente el nombre de *pueblo*, y en particular se llaman *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y *súbditos*, como sometidos a las leyes del Estado. *El Contrato Social*. Trad. Mauro Armíño. Edit. Alianza, Madrid, 1989. p.100-101. Aunando el aspecto sociológico con el económico, *Marx* atribuye al proletariado esta categoría, entendido éste como sector social asalariado en el proceso productivo de cuya plusvalía se apropia el empresario, le atribuye la representación del pueblo en pro de la emancipación de toda la sociedad. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*. Vol. I. Edit. Dietz, 1961. p. 390-391. Propone como ejemplo de soberanía popular a la Comuna de París. En igual sentido se expresa *Lenin* realizando un aporte a Marx al extender el concepto de pueblo a la *unión entre proletariado y campesinado* en la revolución popular que se dio en La Comuna. *El Estado y la Revolución*. Edit. Ateneo, Buenos Aires, 1972. pp. 52-53. *Mao Tse Tung* extrema esta concepción ideológica al afirmar que "integran el pueblo todas las clases, capas y grupos sociales que aprueban y apoyan la causa de la construcción socialista y participan en ella", los que se oponen a ello serían enemigos del pueblo. "*Sobre el Tratamiento correcto*

poder mediante su positivización en una Constitución o Carta Fundamental destinada a regir el Estado. Por otra parte le corresponde asimismo la titularidad del ejercicio del poder.

Esta distinción, a su vez, permite distinguir dos tipos de soberanía popular¹⁷: la primera concibe la soberanía popular como la permanencia del ejercicio del poder en manos del pueblo o sus mandatarios, en la medida que existan las condiciones económicas necesarias para que efectivamente pueda darse este ejercicio. Ella daría lugar a una *democracia directa o de identidad* (Rousseau-Marx). La segunda establece un órgano representativo (Parlamento), de elección popular, destinado a ejercer la soberanía en cuanto elemento de la estructura del Estado que permite garantizar el principio de separación de poderes y las garantías individuales (teorías constitucionalistas), que da lugar a la *democracia representativa o parlamentaria*. Esta última es el fundamento de las democracias occidentales.

El antagonismo de ambos conceptos se ha hecho patente a través de la Historia. Especialmente duras son las críticas a la democracia representativa que hace ROUSSEAU en *El contrato social*: "La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada: consiste en la voluntad general, y la voluntad no se representa, porque o es ella o es otra...". KELSEN en su *Teoría General del Estado* afirmó: "Aquí, la función de gobernar se transfiere de los ciudadanos organizados en asamblea popular a unos órganos especiales... He aquí una notable atenuación del principio de autodeterminación política. Es una característica de la llamada democracia indirecta o representativa". "Se trata de una democracia en la que la función legislativa es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo, y las funciones administrativa y jurisdiccional por funcionarios elegidos igualmente por un cuerpo electoral... Para establecer una verdadera relación de representación no basta con que el representante sea nombrado o elegido por el representado. Es necesario que el representante esté jurídicamente obligado a cumplir la voluntad del representado y que el cumplimiento de esta obligación esté garantizado jurídicamente..... el mandato legislativo no tiene el carácter de un *mandat impératif*... Esta independencia del parlamento respecto del cuerpo electoral es un aspecto característico del parlamentarismo moderno".¹⁸

Mas contemporáneamente SARTORI y PÉREZ LUÑO expresan con relación a las democracias modernas orientadas hacia las formulas de democracia representativa: "Tales sistemas funcionan mediante mecanismos electorales según la regla de la mayoría, que otorga el mando a quien obtiene más votos, ejercitándose el poder por el grupo que detenta mayor número de escaños en el Parlamento. Esto implica que el pueblo que se toma en consideración es fundamentalmente aquella porción de votantes que contribuye a formar las mayorías electorales victoriosas, y que existen una serie de mecanismos complejos que modifican o alejan la formulación del mandato político de la voluntad del pueblo. De tal modo que, en nuestros días, *titularidad y ejercicio del poder tienden a desunirse*, pese a que a nivel retórico muchas Constituciones impliquen en el principio de la soberanía popular la titularidad y el ejercicio del poder."¹⁹

Parece ser que estos críticos del parlamentarismo no erraron en sus pronósticos: en las democracias modernas, indirectas o representativas, poco a poco la ficción de la representación del pueblo por parte de un Parlamento ha ido adquiriendo autonomía propia, transformando - en el mejor de los casos - a éste en soberano; cuando no al Ejecutivo, especialmente en los ciclos de crisis de legitimación en los que se observa un creciente fortalecimiento del mismo, cuya

de las contradicciones en el seno del pueblo" en *Citas del Presidente Mao Tse Tung*. Ediciones en lenguas extranjeras, Pekin, 1966. p.47.

¹⁷ CERRONI, Umberto. *La crisis de la democracia y el Estado Moderno*. Colecc. Problemas de la ciencia política contemporánea. UNAM, México, 1969. p.15. *Ob. cit.* por PÉREZ LUÑO. 1995. pp. 193-194.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. Edit. Nacional, México, 1959. pp. 400-402. *Ob. cit.* por COLLETTI, Lucio. "*Estado de Derecho y soberanía popular*" en *Para una democracia socialista*. Cuadernos Anagrama, Barcelona, 1976. pp.18-20.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, J.E. 1995 p. 194. Véase además SARTORI, G. "*Democrazia e definizioni*" en *Il Mulino*. 3ª ed. Bologna, 1969. pp. 74 y ss. Lo destacado es nuestro.

consecuencia directa es una especie de autoritarismo que se plasma en las legislaciones de emergencia o en la *excepcionalidad constitucional, excepcionalidad jurídica*.²⁰ Por otra parte, fuerza es reconocer que "el pueblo" se halla condicionado a la elección de "representantes" que por regla general ostentan como característica común la pertenencia o afinidad a grandes partidos políticos (funcionales o disfuncionales) al Estado, pero que en definitiva, pasan a formar parte de su estructura burocrática. En concordancia con lo anterior, es el Poder Ejecutivo, el representante de una ideología determinada, que se ve acrecentado y en definitiva, es él quien decide la política criminal a seguir para la prevención o erradicación de los fenómenos delictuales. Resulta esto de particular importancia en cuanto a *la erradicación del terrorismo*, puede ser (y de hecho lo ha sido) utilizada en pro de los intereses del Partido gobernante para reprimir a la disidencia política.

Puede afirmarse entonces que la soberanía popular, en cuanto factor de legitimación enfrenta una crisis y su concepto se vacía de contenido.²¹ Por una parte (y con razón), se pone en tela de juicio el *criterio de las mayorías* para la adopción de las decisiones políticas y la fundamentación de valores jurídicos. Por otra parte, los criterios tecnocráticos se ponen en boga, dejando en manos de los expertos la adopción de estos criterios en virtud del alto grado de desarrollo tecnológico que ha alcanzado la sociedad.²² Niklas LUHMANN, uno de sus más contemporáneos exponentes, en la *Teoría de la legitimación mediante procedimiento*,²³ indica que son los procedimientos dialécticos los que producen la legitimación. En la medida que los procedimientos elevan la probabilidad de encontrar la verdad, podrían legitimar el criterio de las mayorías para la estructuración del sistema político constitucional. LUHMANN, a través de la *Teoría de sistemas*,²⁴ establece que el orden político constitucional debe adecuar sus estructuras y a la complejidad que supone la tecnología. Se sitúa así el problema de la legitimación en el plano de la economía. Esta postura ha sido criticada desde los derechos humanos señalándose que no sirve para establecer un criterio de legitimación material de las normas e instituciones jurídicas en base a su contenido, y para nada alude al principio de la formación democrática del consenso sino a *criterios de corrección formal y de exigencias técnicas de eficacia*.²⁵ Serían las exigencias técnicas las que tendrían por misión legitimar, por razones de eficacia, las actuaciones políticas y jurídicas, subordinándose el sistema normativo a los criterios económicos, dejando de lado el rol que le corresponde al derecho en la planificación económica.

Desde el criterio Gramsciano se sostiene que, considerando que un pueblo para alcanzar sus objetivos necesariamente debe organizarse, no puede desconocerse la labor de los expertos y de los intelectuales en esta organización, destinados a entregar los aportes teóricos para la construcción de un sistema político y jurídico. Y ello no es contradictorio con la sustentación del criterio de soberanía popular toda vez que su labor tiende precisamente a fortalecer la necesaria unión de teoría y práctica.²⁶

Si la soberanía popular, en cuanto fundamento de la legitimación del poder político, se va vaciando de contenido, tendríamos que preguntarnos a qué elementos acudir para explicar la legitimidad de un sistema económico, político y social. Si bien es cierto el modelo de la

²⁰ Con respecto a este punto, véase en este mismo capítulo puntos 3.b.3. *Alcances políticos y jurídicos de la crisis de legitimación. El Estado de derecho. 4. Legalidad y legitimidad en América Latina: Crisis, Estado de Derecho y Derechos Humanos...* y 5. *El proceso de globalización de la economía y las crisis de legitimidad democrática.* Ampliamente en Capítulo III, punto III, *La respuesta político criminal al terrorismo: las legislaciones de excepción.*

²¹ PÉREZ LUÑO, J.E. 1995. p. 198.

²² Adopta este criterio en su variante más contemporánea, LUHMANN en la *Teoría de sistemas*. Plantea el autor que se ha producido una sustitución de los criterios de legitimación democrática constitucional, en los que prima la voluntad mayoritaria para la adopción de fines y valores jurídicos y políticos por criterios de legitimación técnica que atienden al funcionamiento estructural del sistema. Para el autor, lo que ha de primar es el criterio de la sujeción formal al *procedimiento*

²³ LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Vol. I. 1972. Ob. cit. por KRIELE. 1980. pp.40-43 y 265-266.

²⁴ LUHMANN, N. "*Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*" en *Der Staat*. 1973, Nº1. pp. 1 y ss. Ob. cit. por PÉREZ LUÑO. 1995. p.199.

²⁵ PÉREZ LUÑO. 1995. pp.199-200.

²⁶ GRAMSCI, A. *Introducción a la filosofía de la praxis*. Trad. Solé-Tura. Edit. Península, Barcelona, 1976. p.25.

democracia directa es aquel en que consideramos debe basarse la legitimidad de todo poder político, no puede soslayarse que aún estamos lejos de su consecución. Es el modelo de la democracia representativa el que nos gobierna, dentro de un sistema capitalista de medios de producción que pretende asumir la forma de un Estado de Bienestar. Sin entrar en valoraciones personales acerca de la forma en que supuestamente tendría que revolucionarse hacia un nuevo modelo de sociedad, estimamos coherente rescatar – en este determinado contexto histórico- *el criterio de las mayorías*, unido a la idea gramsciana que destaca *la necesidad del aporte teórico* para la construcción de un sistema político y jurídico. Esto significa que si bien la génesis del proceso dialéctico de la toma de decisiones políticas puede encontrarse en una minoría intelectual, ello no tiene porqué ser contradictorio con el momento en el que se toma la decisión mayoritaria²⁷.

Somos conscientes de que el criterio de las mayorías resulta discutible, y de hecho ha suscitado no poca polémica entre los más diversos sectores políticos y académicos²⁸. La construcción de tal concepción es heredera de la filosofía liberal burguesa que pretendió destruir las bases del marxismo y la teoría de la lucha de clases. Teoría que no puede resultarnos anacrónica si consideramos que en los sistemas democráticos del Estado de Bienestar no se han eliminado las contradicciones económicas y sociales²⁹.

Rescatar, en este contexto histórico, el criterio de las mayorías, siguiendo a GRAMSCI, presupone tres elementos fundamentales: El *primero*, que esa minoría intelectual se halle *comprometida con la masa en la elaboración común de un determinado programa de acción*³⁰. El *segundo*, que no exista mediación ideológica en el sentido de la persistencia de situaciones de dominación, para lograr el consenso. El *tercero*, aporte de HABERMAS: que el acuerdo o consenso de la decisión mayoritaria nazca como consecuencia de una deliberación racional alcanzada bajo condiciones normales que permitan una situación comunicativa ideal y tenga por objeto intereses generalizables o necesidades que puedan ser compartidas a través de la comunicación.³¹

La racionalidad a la que alude HABERMAS, lejos de ser un criterio absoluto, debe ser sometido constantemente a una revisión y crítica. Por tanto, se hace necesario lógicamente el respetar la *libertad crítica y a las minorías*, como fundamento de legitimación de las mayorías. “El principio puro de la democracia- escribe ADLER- no extraña, pues, de

²⁷ GRAMSCI, A. 1976, p.26.

²⁸ Entre los cuales los más enfáticos detractores han sido los anarquistas. Ya a fines del siglo XIX, Ricardo MELLA escribía: “Según los partidarios de la ley del número, la verdadera solución la poseen unos cuantos millares de imbéciles, que por ser los más, gozan del supremo derecho de gobernarnos”. *Contra el parlamento burgués: la ley del número* (1893), reedición actual, Ed. Zero, Bilbao, 1976, p.41. En defensa del criterio de las mayorías, por todos, RUFFINI, Edoardo, *El principio maggioritario. Perfil storico*, Adelphi, Milán, 1976. Citados en DÍAZ, E. 1977, p. 132, nota 6, quien se manifiesta también a favor de este criterio.

²⁹ Y aunque a algunos les resulte anacrónico, no puede desconocerse que LENIN tiene razón al afirmar que “El parlamentarismo no elimina, sino que pone al desnudo la esencia de las repúblicas burguesas más democráticas como órganos de represión de clases”. LENIN, V.; “*Marxismo y Revisionismo*”, en *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Ediciones Roca, México, 1973, p.152.

³⁰ GRAMSCI, A. 1976. pp. 26 y ss., 74 y ss. PÉREZ LUÑO. 1995. p.201

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Edit. Amorrurtu, Argentina, 1986. pp. 117-142, especialmente p.135 y ss.; “*La soberanía popular como procedimiento*” (1988) artículo citado en *Mas allá del Estado Nacional* especialmente “*Facticidad y Validez, una conversación sobre cuestiones de teoría política*”. Edit. Trotta, Madrid, 1997. pp.147-148. Habermas en ésta última obra recoge el aporte de Luhmann en el sentido de que a su entender, la política tiene que analizarse no solo mediante la teoría de comunicación sino también con la teoría de sistemas. En el artículo, la soberanía popular como procedimiento, desarrolla el *modelo del asedio* conforme al cual la fuerza del poder político queda asediada por vía de los ciudadanos, que a través de debates públicos podrían influir en los procesos de deliberación y decisión. En *Facticidad y Validez* desarrolla el *modelo de esclusas* conforme al cual el Estado de derecho en cuanto estructura de sistema político consta de un centro (Parlamento, tribunales, administración) y de una periferia. Para que los ciudadanos puedan influir en el proceso de toma de decisiones políticas sus opiniones, flujos de comunicación procedentes de la periferia tienen que pasar las esclusas de los procedimientos democráticos y del Estado de derecho. El derecho sería el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en poder administrativo. El modelo de las esclusas permite así una democratización mucho más profunda de la economía y la administración.

ningún modo que la minoría obedezca a la mayoría, sino simplemente que la minoría tenga absoluta libertad de separarse de aquella”³². Sin embargo hay que destacar que para ADLER el concepto vulgar de democracia, esto es, *la simple mayoría o valoración cuantitativa*, no respeta la libertad y la igualdad de cada uno en su condición de miembro de un conjunto social, de un todo más extenso fuera del cual el individuo no es siquiera posible³³.

Esta *legitimidad crítica*, cuestionadora de la opinión de las mayorías se hace desde el sistema de valores (axiología) que se deriva de la concepción de mundo que cada cual tiene (ontología). En consecuencia habrá tantas formas de legitimidad crítica, como diversidad de concepciones de mundo existan al interior de la sociedad, concepciones adquiridas a la luz de determinados sistemas de valores y creencias. Ellas han de confrontarse racionalmente en un mismo plano de igualdad. Ello presupone la afirmación del *pluralismo ideológico*. Este pluralismo ha sido no sólo una constante histórica, sino una conquista histórica. La tolerancia y la libertad han ido cobrando mayor importancia con el devenir de las sociedades y pareciera existir un avance en la aceptación de una convivencia pacífica pluralista.

"Es necesario -señala DÍAZ- llevar a cabo un análisis sociológico del pluralismo ideológico, al objeto de mostrar las connotaciones socioeconómicas de los diferentes sistemas de valores. Desde ahí será posible ejercer una crítica del pluralismo asentado realmente en una estructura social que mantiene o hace mayor la desigualdad humana; es decir, una crítica del pluralismo que no es sino reflejo ideológico de la desigualdad real, socioeconómica, entre los hombres. Con esta crítica ideológica se contribuirá también a la progresiva superación de la desigualdad real (aunque, por supuesto, que lo decisivo será la praxis situada en ese mismo nivel de la realidad en que se muestra la desigualdad).³⁴ Creemos que la disminución de las desigualdades sociales, esto es, igualdad de condiciones socioeconómicas trae como consecuencia una menor diversidad ideológica.

Lo anteriormente expuesto permite afirmar que actualmente se hace necesario rescatar como criterio para la legitimación del poder, el principio de soberanía popular y asentarlos en la praxis del Estado de derecho.³⁵

1.b. La soberanía nacional.

El principio de soberanía nacional es adoptado por la mayoría de las Constituciones

³² Para ADLER esta afirmación encuentra su sustento en el hecho de que en una “colectividad solidaria” o “sociedad solidaria” las divergencias de opinión no constituyen una razón suficiente para separarse, porque la minoría por diversas consideraciones, preferirá hacer lo que decida la mayoría. “En realidad- dice ADLER- la mayoría no impone jamás su decisión a la minoría, es ésta la que decide someterse a la mayoría, porque concede más valor a la solidaridad común que a su propia opinión divergente”. ADLER, Max, *Democracia política y Democracia social*, Ediciones Roca, México, 1975, p.91. Pensamos que esta afirmación carece de fundamento histórico en el que apoyarse, de hecho la decisión por la mayoría es la manifestación más patente de la dominación de los intereses de una clase social por sobre los intereses de otra. Y aunque ADLER –con buenas intenciones- parece afirmar que en una “sociedad solidaria” (democracia), en contraposición a una “sociedad de clases”, el fin de la decisión es más loable, porque en la sociedad solidaria se trata de alcanzar “el interés común”, no podemos olvidar que el pretendido interés general de la sociedad es un concepto ideológico que surge de determinados intereses particulares.

³³ Así se desprende de su obra citada, 1975. Hay que considerar además que para ADLER “la verdadera democracia no es posible en el seno de un Estado... cuán equivocados estamos al emplear la misma palabra para designar el Estado de clase y la sociedad sin clase”(ídem, pp.71 y 72). Para él la única democracia posible se encuentra en la idea de una “sociedad solidaria”, una sociedad sin clases. Parece necesario recordar que MARX y ENGELS siempre insistieron en la necesidad de conquistar la democracia dentro del Estado. Ya en el Manifiesto Comunista se expresa que “el primer paso de la revolución proletaria es la conquista de la democracia”, y ENGELS llegó a decir que es en la democracia donde la dictadura del proletariado llegará a ejercerse. Y el mismo ADLER lo reconoce cuando expresa “La democracia política es un arma indispensable al proletariado, un medio potente para asegurar su influencia en el Estado y de reforzar su acción sobre las masas” (ídem, p.13).

³⁴ DÍAZ, E. 1978. pp.30-31.

³⁵ Respecto de este punto véase en este mismo capítulo: 3.b.3. *Alcances políticos y jurídicos de la crisis de legitimación. El Estado de Derecho*; b.1. *Consecuencias a nivel social y político: la desvirtuación de los postulados social y democrático de derecho.*

latinoamericanas, así por ejemplo, en el art. 5 de la Constitución Política de Chile, se estructura sobre el concepto de *Nación - Estado* (la sociedad organizada mediante su sistema judicial y el aparato estatal), como forma de integración política y se presentaba como contraria al primero. Se pretende por esta vía recoger los intereses de los individuos que conforman una sociedad nacional.

En la soberanía nacional podemos distinguir dos aspectos: uno externo, referente a la relación de independencia, y seguridad para con otros Estados (*soberanía externa*)³⁶ y otro interno, referente a la seguridad al interior del Estado (*soberanía interna*). Es esta última la que interesa a objeto de esta investigación, pues ha sido tierra fértil para la aparición de determinadas ideas que orientan el accionar de algunos movimientos considerados terroristas, y de los Movimientos de Liberación Nacional. A éstos nos referiremos al hablar de violencia política.³⁷

Cuando decimos que "la soberanía debe atribuirse al Estado como unidad de poder y acción jurídicamente organizada"³⁸, se concibe a la *Nación*, en la medida que sus condiciones históricas y sociales vayan cambiando, y utilizada para servir a intereses ajenos a los de mera integración en la colectividad. Se constituye en caldo de cultivo de ideologías *nacionalistas* que, llevadas a su extremo, se han caracterizado por la absoluta falta de respeto a los derechos fundamentales. Nos referimos a las amargas experiencias europeas del fascismo y el nacional socialismo. A la vez, la soberanía nacional ha sido el caballo de batalla de doctrinas autoritarias en Latinoamérica como la *Doctrina de Seguridad Nacional*.

1.b.1. Las ideologías nacionalistas.

El nacionalismo se origina históricamente a partir de la acuñación del concepto Nación-Estado. Al configurarse como expresión ideológica esa condición objetiva de poseer idéntica nacionalidad, el nacionalismo se convierte en ideología de la nación.³⁹ Mientras el concepto de nación fue entendido como un hecho natural, histórico y apolítico, el nacionalismo aparece como una ideología de contornos precisos en el sentido de que la nación es su fundamento. No obstante, cuando se comprendió a la Nación como un fenómeno presente en un determinado momento histórico pasó a ejercer la función de protección de intereses ajenos a la sociedad nacional, intereses políticos de diversa índole. Es así como el nacionalismo ha sido utilizado por el Estado, a veces como elemento centralista y uniformador ante las comunidades diferenciadas que habitan en él, otras veces como elemento de disgregación de las mismas que tienen un carácter marcadamente diferencial para con el Estado. Sin embargo, no debe olvidarse que es precisamente en nombre de la Nación, el cómo los pueblos han conquistado su autonomía. Es el caso de los Movimientos de Liberación Nacional.

La aparición de la Nación Estado como elemento integrador en la política coincidió con el pleno desarrollo de las ideologías burguesas durante los siglos XVII y XVIII opuestas al régimen absolutista, con una concepción del término *patriotismo* más bien nacional que adepto a la monarquía. De ahí que este nacionalismo incipiente no estuvo encaminado a formar un Estado, pues éste le precedía, sino encaminado a satisfacer los intereses de una determinada clase social, la burguesía. Esto le dota de su carácter burgués.⁴⁰ La destrucción del poder absoluto implicaba desligarse de las trabas económico sociales que imponía la sociedad estamental para liberarse políticamente del monarca. La burguesía logró transformar sus

³⁶ Véase en este mismo capítulo: 5. *El proceso de globalización de la economía y las crisis de legitimidad democrática.*

³⁷ Véase infra, Capítulo II: *El terrorismo como fenómeno histórico y social; II. La violencia política.*

³⁸ ZIPPELIUS. *Teoría General del Estado (Ciencia de la Política)*. Trad. Hector Fix Fierro. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 1985. p.66. *Ob. cit.* por GONZÁLEZ María Del. 1998. p.1600.

³⁹ DE VEGA GARCÍA, Pedro. "*El carácter burgués e la ideología nacionalista*" en *Sistema*, Núm. 16. Enero 1977. pp.51-63.

⁴⁰ DE VEGA GARCÍA, p. 1977. pp.51- 63.

intereses de clase particular en intereses (generales) de la humanidad, dotándose así de un carácter universal.

Podría decirse que el carácter de los movimientos de principios del s.XIX tendía a ser simplemente tradicionalista, en el entendido que pretendían evitar el desarrollo de la sociedad moderna, urbana, industrial y de masas, en lugar de transformarla, como ocurría con los movimientos de la derecha autoritaria posteriores (s.XX)⁴¹. Al mismo tiempo puede ser denominado como un “nacionalismo integrador” en el entendido que la Nación viene dada no tanto por una comunidad étnica, de lengua o religión, como por la voluntad común de ser un colectivo dispuesto a resolver las diferencias y rivalidades “en el crisol común de una empresa compartida”⁴². Casi paralelamente surge el “nacionalismo diferencial”, basado ya no en la búsqueda de la integración sino en marcar las diferencias existentes entre los pueblos, elevándola a una categoría política.

Para DE VEGA GARCÍA: "Junto al nacionalismo como ideología de la nación surgió en el orden histórico un nacionalismo como ideología de clase que, por lo que a la burguesía se refiere, justamente coincide con la consolidación económica, social y política de la misma. Se obtienen así unos criterios referenciales mínimos que permitirán comprender... el nacionalismo como ideología del ocultamiento y de los mitos... Antes y por encima del Estado liberal, como elemento aglutinador de un pueblo, está la Nación. Antes de los sentimientos de igualdad y libertad forjados en la especulación racionalista, están los sentimientos telúricos que vinculan al hombre con la tierra donde nace y donde muere”⁴³.

El nacionalismo así entendido, como ideología del ocultamiento, de los mitos, se transforma en un nacionalismo romántico. Basado en la exacerbación mística de la Nación culmina con el nazismo, que vincula al ya deformado sentimiento nacional un sentimiento xenófobo (Nación de los Arios). La espiritualización del concepto de Nación y su alejamiento de los supuestos sociales, que suelen ser sus elementos definitorios, acaban descomponiendo el concepto hasta hacerlo acuñable por parte de las más diversas ideologías, llegando incluso a presentar confusiones con otros movimientos de carácter netamente fascista. Esta confusión se produce toda vez que el apogeo del fascismo coincidió con una era general de autoritarismo político que, en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, había tomado el control de las instituciones políticas de la mayoría de los países europeos. “Sería torpemente inexacto- indica PAYNE - aducir que este proceso ocurrió independientemente del fascismo, pero tampoco era meramente sinónimo de fascismo”⁴⁴.

Durante la primera mitad del S. XX surge en Europa un grupo de nuevas fuerzas derechistas y conservadoras autoritarias que rechazó el conservadurismo de los grupos existentes durante el s. XIX, propugnando un sistema autoritario mas moderno, técnicamente eficaz, distinto tanto de la revolución izquierdista como del radicalismo fascista. Estos nuevos grupos combatían básicamente lo mismo que los fascistas (en especial el liberalismo y el marxismo) y perseguían sus mismos objetivos. De ahí la tendencia a identificar el nacionalismo autoritario con el fascismo, lo que sería correcto- y en esto coincidimos con PAYNE⁴⁵, si y solo si se pretende “etiquetar” como “fascismo” a todas las fuerzas autoritarias opuestas, tanto al liberalismo como al marxismo. Esto implicaría desconocer abiertamente las diferencias que existen entre las tres caras del nacionalismo autoritario: fascismo, derecha radical y derecha conservadora.

⁴¹ PAYNE, Stanley G. *El fascismo*. Ediciones Altaya, Barcelona, 1996. Título original *Fascism: Comparasion and Definition*, Trad. de Fernando Santos Fontela, Alianza Ed. 1982-1986-1993-1994-1995.

⁴² MUÑOZ ALONSO, Alejandro. *El fracaso del nacionalismo*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 2000, p. 26.

⁴³ DE VEGA GARCÍA, p. 1977. pp. 55, 57 y 58.

⁴⁴ PAYNE, S. 1996, p. 21

⁴⁵ PAYNE, S. 1996, p. 22

Brevemente puede decirse que en el terreno cultural y filosófico difieren esencialmente ya que, la derecha autoritaria conservadora y en muchos casos la derecha radical, se basan en la religión, supeditando el concepto de “hombre nuevo” a los valores impuestos por esa religión tradicional. Rechazan el sorelismo y nietzscheanismo de los fascistas puros. A su vez, la derecha radical, a diferencia de la derecha conservadora, persigue la destrucción del sistema político imperante y no meramente un rompimiento con el conservadurismo moderado y parlamentario, como sí hace la derecha conservadora⁴⁶. Coinciden, en cambio, en uno de sus principales objetivos: el desarrollo económico, siendo los “fascistas” el sector mas modernizador de los tres ya que eran los que daban mas prioridad al desarrollo moderno. No obstante se separan en relación a las directivas a seguir en política social: Aunque los tres sectores propugnan la unidad social y la armonía económica, los fascistas eran mas propensos a cambiar las relaciones de clase y de condición social y utilizar formas mas radicales de autoritarismo para alcanzar ese objetivo. Los sectores derechistas se interesaban por mantener la estructura existente en la sociedad.

Como puede observarse, es elemento común a estas tres caras de nacionalismo autoritario el componente burgués. A ello, en casos como el fascismo y el nacionalsocialismo se une el misticismo que transforma a la nación en una especie de deidad a la cual los hombres que nacen en una misma tierra deben tributo. Se trata, por tanto, de un nacionalismo basado en “el hecho diferencial”, y que no es privativo del nacionalismo autoritario, sino que se presenta también en nacionalismos que – quizá impropriadamente- podríamos denominar revolucionarios. No creemos, como estima MUÑOZ ALONSO, que tales nacionalismos sean “un invento descarado de naciones y nacioncillas sin ninguna ejecutoria histórica...” basados en “el ‘redescubrimiento’ de lenguas muertas”⁴⁷.

Sí creemos imprescindible poner atención en esos hechos diferenciales que motivan a tales o cuales pueblos a liberarse, recurriendo a la vía armada, y descubrir cuál es el sentido y alcance de la ideología que les asiste. Ante todo hay que recordar, una vez más, que la historia ha demostrado que el “nacionalismo” bajo la forma de “patriotismo” en Latinoamérica, permitió antaño la emancipación de la dominación española, conformándose las Repúblicas, y que durante el s. XX, el nacionalismo fue utilizado como verdadero “instrumento de movilización popular”⁴⁸. Específicamente en el cono sur, la “defensa de la patria” era el objetivo principal frente al imperialismo primero inglés, y más tarde norteamericano.

En nuestra opinión lo que merece reproche no es la idea nacionalista que se contrapone a un Estado único, ni siquiera a un Estado plurinacional, ni tampoco si el “hecho diferencial” es o no un invento en cada caso particular, como parece sugerir MUÑOZ ALONSO. Lo que nos merece reparos es el carácter burgués de la ideología nacionalista, ya que el protagonismo en el cambio estructural de la sociedad no corresponde a las *naciones*, sino a las *clases sociales*⁴⁹. Avalando esta idea Ernest GELLNER, sociólogo postmarxista y miembro del Centro para el Estudio del Nacionalismo (Praga), concluye tajantemente: “La historia es la historia de la lucha de clases. Y no es o sólo es superficialmente la historia de las luchas nacionales”⁵⁰.

⁴⁶ En un ejemplo práctico podemos establecer el siguiente paralelo:

País	Fascistas	Derecha Radical	Derecha conservadora
Alemania	NSDAP	Hugenburg, Papen	Hindenburg, Brüning
Italia	PNF	ANI	Sonnino, Salandra
España	Falange	Carlistas, Renovación Española	CEDA

Ampliamente sobre las diferencias entre las tres categorías mencionadas, y respecto de los movimientos en los países que se ponen como ejemplo: PAYNE, S. 1996, pp. 24 -26, 51 y ss., 76 y ss., 143 y ss.

⁴⁷ MUÑOZ ALONSO, A. 2000, p.27.

⁴⁸ Así lo reconoce, p.ej. DE VEGA GARCÍA, p. 1977. p.58.

⁴⁹ A este respecto téngase en cuenta la idea central del marxismo que resume el *Manifiesto Comunista*: toda la historia de todas las sociedades que han existido hasta hoy es la historia de la lucha de clases.

⁵⁰ GELLNER, Ernest. *Encuentros con el nacionalismo*. Trad. Carlos Rodríguez B. Edit. Alianza, Madrid, 1995, p. 24. Es pertinente, empero, destacar que el autor rechaza tanto la visión marxista de la historia como la nacionalista. Inspirado en Miroslav Hroch es (*Social Preconditions of National Revival in Europe*, Cambridge University Press, 1985), cuya postura intenta rescatar tanto el marxismo como su versión nacionalista, GELLNER sostiene que las

En principio, el nacionalismo es entendido como ideología de la nación, bajo el supuesto de que cada pueblo tiene sus propias costumbres (condiciones objetivo-históricas y por tanto apolíticas) que lo diferencian del resto. Pero la historia ha demostrado que los intereses comunes que se pretenden proteger son infravalorados por los de una determinada clase o grupo social. Según GELLNER, el nacionalista es aquel que tiene conciencia de que comparte una cultura, esto es “una (cultura) cuyos miembros han sido formados por un sistema educativo para formular y comprender mensajes descontextualizados en un idioma compartido”⁵¹. No se trata ya de un privilegio de un estrato legal o clerical limitado, sino condición previa para cualquier participación social. Así, los hombres toman conciencia de que debe propenderse a la congruencia entre su propia cultura y la de las burocracias políticas, económicas y educativas de que se rodean.

La protección constante de esta congruencia es la razón de ser de su nacionalismo: "Su primera inquietud política debe ser que son miembros de una unidad política que se identifica con *su* idioma, que garantiza su perpetuación, su empleo, su defensa. Esto es el nacionalismo"⁵². A esto se une una línea más o menos general en cuanto a sus percepciones de determinados valores sociales, morales y éticos que puede salvar cualquier conflicto que pudiere producirse al interior del movimiento nacionalista.

Interesa destacar que la exaltación del sentimiento nacionalista, intrínsecamente beligerante, ha llevado a los pueblos a situaciones límite. Tanto los nacionalismos de derecha (Fascismo, DSN desde el Estado; grupos armados de ideología nacional socialista), como los nacionalismos de izquierda (ETA, IRA e INLA, por ejemplo), se han manifestado a través de la violencia mediante conductas que en sí mismas son delictivas. En Europa, luego del autoritarismo nacionalista ejercido desde el Estado con las ideologías nazi y fascista, comenzó a recuperar terreno el nacionalismo en determinados grupos de ideologías contrapuestas. Son de todos conocidas las actuaciones de organizaciones armadas que desde la *derecha* pretenden eliminar a sus enemigos con un evidente sentimiento xenófobo, y organizaciones armadas de *izquierda* que pretenden recuperar su independencia. Sin embargo, en muchas ocasiones la calificación de estas conductas (actos de violencia política, actos de terrorismo) se torna difusa.

Así, los nacionalismos se han presentado en la historia como verdadera fuerza motriz de antagonismos, guerra y cambios. Algunos sostienen que los sentimientos nacionales sólo pueden encontrar eco en sociedades con cierto elevado de economía burguesa. Las sociedades menos desarrolladas, no estarían en condiciones de formar naciones ni generar sentimientos y tendencias nacionales. Sin embargo, y como habíamos adelantado, la historia de Latinoamérica ha demostrado que los sentimientos nacionales y el nacionalismo pueden ser abrigados por pueblos aún en condiciones de subdesarrollo económico. Ello lleva a la distinción entre dos tipos de nacionalismo: de un lado, el nacionalista de gran potencia, también llamado

naciones realmente existen, pero no es que se expresen a través de la lucha nacionalista (M.Hroch), sino que “son engendradas” por esa lucha. Son “una creación nacionalista”. Concluye GELLNER: “Ni las clases ni las naciones existen como mobiliario permanente de la historia. La sociedad agraria posee una estratificación compleja y una amplia diversidad cultural, pero ninguna de ellas genera agrupamientos importantes y decisivos” (ob. cit., pp. 195 y ss.) También en GELLNER, E. “*Il mito della nazione e quello delle classe*”, en P. Anderson, M. Aymard, et. al (eds.), *Stori d'Europe*, vol. I, “*L;Europa Oggi*”, G.Einaudi, Editori, Turín, 1993, pp.638 y ss.

⁵¹GELLNER, E. 1995, p. 10. El autor prefiere el término cultura puesto que la transición a la sociedad moderna, en su opinión, se produce desde el “status a la cultura”, y no desde el “status al contrato” como otros sostienen. Si bien es cierto la sociedad agraria es efectivamente un sistema de posiciones sociales adscritas (status), también es cierto que la cultura, con sus diferentes matices, es utilizada para descubrir, garantizar, y afianzar esas posiciones. El hombre moderno sufriría por la ausencia del status, entendido como posición social adscrita y rígida, y se construiría su propia posición no mediante un contrato único, sino mediante una multiplicidad de contratos menores con sus semejantes. Por tanto, el matis cultural deja de simbolizar el status, porque el status ya no está dado. Lo que sí está dado es una cultura compartida y estandarizada en la que las personas tienen elegibilidad y capacidad para ser miembros efectivos de la misma colectividad.

⁵² GELLNER, E. 1995, p.10.

“chovinismo” y por el otro, el de los pueblos oprimidos que tiene un carácter *revolucionario*; generalmente se expresa, en las luchas por la independencia y la libertad.⁵³

En España a comienzos de los años 60 nació en el País Vasco la organización ETA, momento en que la política de estabilización agudizaba los problemas económicos en dicha zona y el franquismo era admitido internacionalmente. Su objetivo principal era perturbar la concepción unitaria del régimen del general Franco, que no permitía la potenciación y desarrollo de los elementos que conformaban el universo simbólico vasco. Este nacionalismo revolucionario, en un comienzo se orientó hacia la consecución de su independencia frente a los Estados español y francés como primer paso para construir un Estado socialista. No obstante, su accionar ha degenerado en el ejercicio de una violencia política indiscriminada cuya estrategia parece alejarse del sentir real del pueblo vasco, y que en todo caso, sí se aleja del sentir en el resto de la península. Basta con observar las reacciones de la población frente a los numerosos atentados perpetrados hasta ahora.

Si bien el arraigado sentimiento nacional de constituirse como Estado independiente prima en el pueblo vasco, el ejercicio de la violencia indiscriminada en una guerra con el Estado español no encuentra eco suficiente como para sostener que obedece a una estrategia real de masas que pueda alejarle del concepto de terrorismo.⁵⁴ No se trata de realizar cuestionamientos éticos o morales acerca de la justicia o injusticia de su demanda de independencia, ni de sus intentos de construir la “Patria socialista” como profesan. Lo que cuestionamos es la estrategia de violencia que se ha venido desarrollando aún después del franquismo, sin que haya podido observarse un apoyo in crescendo por parte del pueblo vasco.

Siguiendo a Sagrario MORÁN, puede señalarse que el *nacionalismo chovinista* y el *nacionalismo revolucionario* son dos elementos presentes en ETA. Chovinista porque el País Vasco se erige, a fines de los años cincuenta, como una pequeña gran potencia dentro de una de las zonas más ricas de España a fines de los años cincuenta. Revolucionario porque el sentimiento de opresión que experimenta un sector de la población vasca se extrapola como conciencia revolucionaria a una gran parte de la población que le mira con simpatías y a sus *gudaris* (soldados vascos) como libertadores y combatientes por la libertad del pueblo vasco.⁵⁵

Euskadi Ta Askatasuna se caracteriza por la presencia en su seno de un fuerte componente nacionalista e independentista, que aglutinó tres ideas distintas: *Primero*, la *ideología marxista*. El nacimiento de ETA coincide con el triunfo de la revolución cubana en 1959; *Segundo* el *sentimiento patriótico* manifestado en la preocupación de la sociedad civil por la supervivencia de su lengua y la investigación de su historia propia. Y *tercero*, un catolicismo revolucionario. Debe recordarse que la estrategia de ETA en sus inicios no era la lucha armada, tenía referencias a la doctrina pontificia y un cierto misticismo de raigambre sabiniani. De hecho, ha habido sacerdotes y religiosos en sus filas.⁵⁶

⁵³ GARCÍA PONCE, G. *Terrorismo*. Editores Domingo Fuentes y Asociados, Caracas, 1984. p.52

⁵⁴ A nuestro entender, actos como la colocación de artefactos explosivos en un Centro Comercial (Hipercor) no constituye un acto de violencia revolucionaria sino terrorista, ya que supone una violación a los derechos humanos de personas que, en la lógica de la “guerra con el Estado español”, no tienen ni siquiera el carácter de objetivos políticos o militares, sino de “blancos inocentes”. Estas “consecuencias no deseadas pero inevitables” que hemos visto en la historia, tanto por parte de grupos de la derecha como de la izquierda política, parecen ser más propias de una situación de guerra civil reconocida o no por el Estado. En cualquier caso, nos manifestamos en contra de este tipo de prácticas, sea cual sea la situación de violencia política que se viva en un determinado país. Si se desea, en verdad, erigirse como representantes del pueblo o de un sector del mismo no deben permitirse “errores” que en el futuro priven del apoyo de aquellos por los que se lucha. Veamos el impacto que este hecho causó en España y el alto costo político que el mismo significó para ETA.

⁵⁵ MORÁN BLANCO, Sagrario. *La cooperación hispano-francesa en la lucha contra ETA*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias de la información, Universidad Complutense de Madrid, 1997. “ETA, entre España y Francia”. Edit. Complutense, 1997. p. 78.

⁵⁶ MORÁN BLANCO, S. 1997. pp.86-87.

El sentimiento de independencia se manifestó por el órgano oficial de ETA, *Zutik*; de la siguiente manera. “La mentalidad extranjera se nos ha metido hasta los tuétanos. Para ETA el origen de nuestros males es la ocupación que sufre Euskadi por parte de los Estados opresores de España y Francia”. Para comprender estas declaraciones debemos ubicarnos en el contexto político y social en el que surge tal organización⁵⁷: En primer lugar, cabe considerar que como producto de la represión física y simbólica de la post guerra se había producido una pérdida gradual de identidad nacional. En segundo lugar, y atendiendo al plano económico, nos encontramos con un desmantelamiento progresivo de las principales instituciones autóctonas del País Vasco como consecuencia del plan de Estabilización. Dicho plan, aplicado en las provincias Guipúzcoa y Vizcaya trajo una expansión industrial y económica cuyo resultado fue la inmigración desde otros lugares de España, lo que originó, una desvertebración social y una crisis de identidad en el País Vasco. Esta migración, fue aprovechada por ETA para acrecentar el sentimiento nacional.

En sus inicios ETA fue vista con buenos ojos ante el resto de España, por su lucha contra el régimen dictatorial del General Franco y ante la comunidad internacional que repudiaba al gobierno franquista. Esa fue la razón por la que se legitimó históricamente. No obstante, su legitimidad se ve trastocada durante los gobiernos post franquistas, a nuestro entender, porque no ha tenido la capacidad suficiente como para mantener un aglutinamiento del pueblo vasco a su alrededor dado el grado de violencia alcanzado en su estrategia, violencia que en lugar de constituirse como un elemento de liberación, se volvió en su contra desde la óptica popular. Desde el punto de vista sociológico esta afirmación resulta aún más entendible. Como ha expuesto TEJERINA analizando la violencia política desde el gobierno de la transición en adelante: “...a lo largo de los últimos quince años los apoyos sociales y políticos de la violencia se han visto progresivamente reducidos, con el consiguiente resultado de aislamiento, sectarización y guetización de la violencia en el interior de la sociedad vasca. Es muy posible que la agudización de ciertas manifestaciones de apoyo a la violencia (agresión a ciudadanos y representantes políticos, ataques a medios de transporte públicos, contramanifestaciones, etc.), respondan a una radicalización de los medios, que según los teóricos de los ciclos de protesta coincide con el declive del ciclo de protesta”.⁵⁸

En *América Latina* el nacionalismo revolucionario ha tenido un distinto carácter, pues se basa en el antiimperialismo y en la acción de clase. La resistencia a las evidentes crisis nacionales le arrastraron hacia un nacionalismo radical antiimperialista. Es el caso de movimientos de liberación nacional, como los Tupamaros en Uruguay, y los Montoneros en Argentina⁵⁹. Pero sin duda lo que mayor impacto ha causado en los países latinoamericanos ha sido la exacerbación de la ideología nacionalista propugnada por parte de los aparatos del Estado: la Doctrina de Seguridad Nacional, a cuyo amparo se albergaron organizaciones armadas que cometieron crímenes contra la humanidad.⁶⁰

1.b.2. La Doctrina de Seguridad Nacional.

La Doctrina de Seguridad Nacional (DSN)⁶¹ aplicada a América latina supuso un vuelco en los postulados del primitivo concepto de Seguridad Nacional nacido en el contexto europeo

⁵⁷ Seguimos la caracterización que de dicho contexto hace MORÁN BLANCO, S. 1997. pp. 80-82

⁵⁸ Según los teóricos del ciclo de protesta, la etapa de declive del ciclo coincide con una disminución del apoyo popular, esto es, al perder la violencia su eficacia ésta tiende a incrementarse a fin de recuperar dicho apoyo. TEJERINA, Benjamín. “Ciclo de protesta, violencia política y movimientos sociales en el país vasco” en *RIS*, N°16. 1997. p. 34.

⁵⁹ Para un análisis más detallado acerca de los movimientos nacional populares en América Latina, véase: TOURAINE, Alain. *América Latina. Política y sociedad*. Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1989. pp. 350-351. Acerca de las políticas nacional populares pp.161-204.

⁶⁰ Nos referimos en especial a la *Operación Cóndor* fraguada a manos de militares latinoamericanos a instancias del Ejército chileno y que arrasaron con la izquierda latinoamericana desde 1975 y hasta aproximadamente 1989.

⁶¹ En este punto nos hemos basado en la obra de GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social. Argentina - Uruguay - Chile*. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, Cap. IV, pp 93-116. Más ampliamente en

del siglo XIX. Originariamente este concepto encontró su fundamento en el concepto de soberanía nacional, entendida como una garantía de la soberanía popular. Más tarde el significado de la soberanía se relativiza. De un lado se produce una expansión del mismo para el caso del bloque occidental (Estados Unidos, potencia hegemónica) y de otro lado, se restringe para el caso de los países latinoamericanos, ya sea disminuyendo o delegándose por tratarse de países aliados pero subordinados. En su expansión, se merma la soberanía popular, la seguridad externa se vincula a la existencia de un enemigo interno al que debe neutralizarse o aniquilarse mediante la aplicación de una política de seguridad, enemigo interno que no se deja establecido claramente pero subrepticamente se le va asociando poco a poco con el comunismo internacional. A raíz de ello, las relaciones entre los ejércitos norteamericanos y los latinoamericanos se estrechan ya que los primeros se encargan de adoctrinar y entrenar militarmente a estos últimos.

Pero América Latina es un continente con una identidad propia y Estados Unidos no podía exportar sin adecuaciones una doctrina creada para los países del entonces bloque occidental. Así, la DSN en Latinoamérica conjugó elementos que no estaban presentes en el primitivo concepto de seguridad nacional. GARCÍA MÉNDEZ ha sintetizado estos elementos en tres bloques: El primero atiende a la idea de la necesidad de expansión y protección del territorio nacional. El segundo, a la división del mundo en bloques producto de la etapa de la guerra fría. Y el tercero, a la política de interdependencia y delegación de una parte de la soberanía nacional, como componente específicamente latinoamericano. ¿Qué es entonces la DSN en el contexto de los regímenes militares latinoamericanos? : un cuerpo sistemático de carácter normativo que regula la seguridad nacional entendiendo por ésta, el necesario mantenimiento de la soberanía, resolviendo las dificultades que se presenta a todo Estado nacional. Este cuerpo de carácter normativo a su vez es dotado de algún rasgo de oficialidad y es convertido en objeto de socialización.⁶²

La fusión Estado-Nación que opera en la DSN entiende al Estado como sujeto activo del antagonismo existente entre los dos ex grandes bloques occidental y oriental, infravalorando los intereses de ciertos sectores de la sociedad. De ahí que el Documento Puebla de los Obispos Latinoamericanos le dote del carácter de ideología (más que de doctrina), atravesada por el concepto de guerra permanente, lo que hace necesaria la aplicación de un sistema represivo que en algunos casos *expresa una clara intencionalidad de protagonismo geopolítico*.⁶³ J. COMBLIN señala: "el mundo es nada más y nada menos que la lucha de poderes... por definición las naciones son rivales y están en lucha por su subsistencia y su expansión. Toda Nación vive en Estado de Guerra. La categoría fundamental es la de amigo-enemigo: en el mundo sólo existimos los aliados y los enemigos, unos y otros en guerra permanente".⁶⁴

La estabilidad se convierte en el fundamento principal del funcionamiento del sistema, resultante de la idea de Nación pero privada de su carácter popular. Se transforma en una estabilidad por el orden y cualquier perturbación del mismo debe ser erradicada. Esta erradicación se intentó mediante una severa represión penal realizada a través de procesos penales carentes de garantías. "Las ideologías de la Seguridad Nacional han contribuido a fortalecer, en muchas ocasiones, el carácter totalitario o autoritario de los regímenes de fuerza, de adonde ha derivado el abuso del poder y la violación de derechos humanos... Asesinatos,

MARIA LOZADA, S.-VIAGGIO, J.- ZAMORÁNO, C.- BARCESAT, E. *Inseguridad y Desnacionalización. La Doctrina de la Seguridad Nacional*. LADH. Ediciones Derechos del Hombre, Buenos Aires, julio de 1985. p. 107.

⁶² GARRETÓN, M. "*De la seguridad nacional a la nueva institucionalizada. Notas sobre la trayectoria ideológica del nuevo Estado autoritario*" p. 1260. *Ob. cit.* por GARCÍA MÉNDEZ. 1987. p.100. GARRETÓN escribe: "si bien las Doctrinas de Seguridad Nacional no deben confundirse ni con cualquier pensamiento militar, ni con un asunto puramente castrense, el tipo de concepción de la seguridad nacional que es invocado por los regímenes militares, aparece confundido con estos dos aspectos y referido a una conceptualización particular que es mentada como "la Doctrina de Seguridad Nacional" o la "moderna concepción de la seguridad nacional".

⁶³ *Documento Puebla de los Obispos Latinoamericanos*. N°547. Ediciones. Paulinas, Santiago de Chile.

⁶⁴ METHOL FERRE. "*Sobre la actual ideología de la Seguridad Nacional*" en *Dos ensayos sobre Seguridad Nacional*. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Sept. 1979. pp. 210-212.

desapariciones, prisiones arbitrarias, actos de terrorismo, secuestros, torturas continentalmente extendidas demuestran un total irrespeto por la dignidad de la persona humana. Algunas pretenden justificarse incluso como exigencias de la Seguridad Nacional."⁶⁵

La *democracia* en la DSN es inexistente y se reserva para el momento en que se logre la neutralización tanto del enemigo interno como el externo, aunque formalmente existe un Estado de Derecho. El *poder nacional* se convierte en instrumento al servicio de *divinizados* objetivos nacionales, aunando en sí mismo, todos los recursos del Estado y de la Sociedad Civil. *El consenso* adopta un cariz autoritario y es un presupuesto, toda vez que el Estado no es el sitio en donde se resuelven los conflictos de la sociedad civil, sino un instrumento al servicio de la nación para alcanzar los objetivos de seguridad. El disenso es concebido como ataque del enemigo interno y/o externo a estos objetivos nacionales. De ahí que sean frecuentes los intentos de regímenes militares por lograr su legitimación mediante plebiscitos en los que más prima el temor de la población, como producto de verdaderas campañas del terror, que una real decisión política. La oposición política no existe sino al interior de las propias Fuerzas Armadas, el resto de los opositores son enemigos internos.

El Estado de Derecho que se proclama en los regímenes bajo la DSN pasa a ser un Estado de Excepción permanente al que se le trata de dar sustento jurídico.⁶⁶ La inserción de órganos al Estado que están fuera de la Constitución vinculados con la seguridad,⁶⁷ permite que se le llame "Estado de la Seguridad Nacional", cuyo desarrollo en América Latina ha sido creciente, como concepto ajeno a la república democrática. La Seguridad Nacional adquiere un carácter de objetivo nacional supremo al pretender identificarse con los intereses vitales de la nación. Lo más relevante es quizá el autoritarismo de que se revisten las actuaciones del aparato del Estado, en las que la preservación del orden y la seguridad internas se transforman en objetivo primordial. Así, todo aquel que intente disentir de alguna manera respecto del funcionamiento del sistema, es considerado subversivo ante el orden institucional. La excesiva penalización, la consagración de tipos penales abiertos, las restricciones en el derecho a la libertad y a la seguridad individuales, la extensión de la calificación de actos de terrorismo a los que no lo son, el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, son las armas con las que el Estado Nación combate al enemigo interno.

Por último, cabe destacar que la DSN ha sido premisa de los actos de terrorismo de Estado. Si bien esta específica forma de terrorismo no es objeto central en esta investigación, huelga decir que las referencias al mismo habrán de ser numerosas⁶⁸. Ello porque la historia ha demostrado que, al amparo del Estado, se han formado numerosas organizaciones paramilitares y bandas armadas que han operado en América Latina. A través de tales organizaciones se cometen actos de terrorismo en el marco de la represión del "enemigo interno", actividad que se realiza de manera clandestina y bajo la cobertura de un manto de impunidad⁶⁹. Es una actividad extraoficial, en la que el Estado no asume ninguna responsabilidad y por el contrario, cuenta con un poder fáctico suficiente como para arrasar con derechos fundamentales.⁷⁰

2. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD.

Todo poder se encuentra ante la necesidad de obtener su autojustificación, esto expresa

⁶⁵ *Documento Puebla de los Obispos Latinoamericanos*. N° 49, 11 y 1262. Ediciones Paulinas, Santiago Chile.

⁶⁶ GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. pp. 154-169. Véase también en este Capítulo: 4.b.1. *El Estado de Derecho en Chile bajo la dictadura militar*.

⁶⁷ Por ejemplo, la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) y la CNI (Central Nacional de Informaciones) en Chile, el SIDE en Argentina, y la DINCOTE en Perú.

⁶⁸ Infra Cap. II, punto IV, 2.b. *El terrorismo de Estado*, y Cap.VI, Apdo.1°, 5. *Digresión acerca del terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno*.

⁶⁹ VIAGGIO, J. "*La Doctrina de Seguridad Nacional*", en *Inseguridad y Desnacionalización*. Ediciones Derechos del Hombre, Buenos Aires, 1985. p.52. Véase infra Capítulo II: *El terrorismo como fenómeno histórico y social*.

⁷⁰ DEL BARRIO A- LEON R. J. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990. p.111.

lo que denominamos *legitimación*. MAX WEBER⁷¹ señalaba que para que un poder social fuera considerado legítimo debían cumplirse al menos *dos condiciones*: la *primera*, que el ordenamiento jurídico se estatuyera positivamente, y la *segunda*, que los sujetos de derecho creyeran en su legalidad, esto es, en la corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación en el derecho. Desde esta óptica, la creencia en la legitimidad se reduciría a creencia en la legalidad. Pero, no basta con argumentar que al ser el Estado quien crea las normas de acuerdo a un sistema de reglas racionales sancionadas, entonces *per se* se legitime. Un procedimiento, como tal, no puede producir legitimación. Mas bien, la sanción misma necesita ser legitimada. Por ello es que HABERMAS siguiendo a SIARA insiste en que debe cumplirse una *tercera condición*: deben alegarse razones para la virtud legitimante de ese procedimiento formal⁷². De manera similar WINCKELMANN,⁷³ sostiene que la creencia en la legalidad no se legitima por sí sola, pues es necesario un consenso racional respecto de los valores, en cuanto éstos son los principios fundadores de la sanción normativa. La legalidad es fundamento de la legitimidad sí y solo sí existen razones suficientes para alegar que los procedimientos formales, en ciertas condiciones institucionales dadas, satisfacen pretensiones de justicia materiales.

La creencia en la legalidad, se deriva pues de una previa creencia en la legitimidad. El poder estatal no puede apoyarse en la legalidad y su monopolio de producción normativa y sancionadora, sin antes estar legitimado. Como expresa HABERMAS: “El procedimiento inobjetable de sanción de una norma, el hecho de que un proceso se ajuste a la formalidad jurídica, únicamente garantiza que las instancias previstas dentro de un sistema político, competentes y acatadas como tales, son responsables por el Derecho vigente. Pero esas instancias son parte de un sistema de poder que tiene que estar legitimado en total si es que la legalidad pura ha de considerarse signo de legitimidad”⁷⁴. Si consideráramos la legalidad pura como criterio exclusivo de legitimación tendríamos que llegar forzosamente a considerar legítimos a regímenes fascistas, autoritarios y dictaduras militares, cuyo común denominador es precisamente cumplir cabalmente con su propia formalidad jurídica.

Un régimen amparado en el formalismo y la legalidad pura no puede sostenerse en el poder a largo plazo. Es un castillo de piedra construido sobre una base de arena. De ello deducimos que la legalidad cumple el papel de ser fuente indirecta de la legitimidad, pues solo indirectamente puede llegar a justificar una determinada forma de ejercicio del poder, y en la medida que se adecue a la concepción ideológica del mismo. Esto explica, a decir de HABERMAS, que las Constituciones burguesas contengan un catálogo de derechos fundamentales fuertemente protegido contra cualquier alteración, que posee virtud legitimante en la medida que sea entendida en conexión con una ideología del sistema de poder. Ello es aplicable a los órganos establecidos para la creación y la aplicación del derecho, los que no se legitiman *per se* por ajustarse a la legalidad de su procedimiento sino que por una interpretación general que sustenta al sistema de poder en su conjunto⁷⁵.

⁷¹ WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colonia, 1956, Vol. I. Trad. E. Imaz, J. Medina Echavarría, E. García Maynez, J. Roura Parella y J. Ferrater Mora. *Economía y sociedad*. 2ª ed. Edit. F.C.E., México, 1944. p.160 y ss.

⁷² HABERMAS, J. 1986. pp.119-124. En contra de esta postura, otros estiman que las reglas de procedimiento se constituyen como premisas legitimantes de la decisión, y a su vez no requieren de legitimación ulterior. Así LUHMANN, siguiendo la doctrina decisionista del derecho fundada por SCHMITT, desconoce esta tercera condición sosteniendo que “el derecho de una sociedad se vuelve positivo cuando se reconoce la legitimidad de la legalidad pura, y entonces el derecho es respetado porque ha sido sancionado, según reglas determinadas, por una decisión competente”. Carl SCHMITT, a su vez, señala que “la positividad del derecho significa que puede obtenerse validación jurídica para un contenido arbitrario, y por cierto, mediante una decisión que puede conferir validez a la norma y también quitársela luego. El derecho positivo se rige por virtud de la decisión”. Véase LUHMANN, N. “*Positives Recht und Ideologie*” en *Soziologische Aufklärung*. Opladen, 1970. p. 180. Ob. cit. por HABERMAS, J. 1986. p.120.

⁷³ WINCKELMANN, Johannes. *Legitimität und legalität in Max Weber Herrschaftssoziologie*. Tubinga, 1952. pp. 75 y ss. Ob. cit. por HABERMAS, J. 1986. p. 122.

⁷⁴ HABERMAS, J. 1986. p.122.

⁷⁵ Las teorías burguesas del parlamentarismo y de la soberanía del pueblo formaban parte de esa ideología. Véase HABERMAS, J. 1986. p. 123.

El orden concreto exigido por la infraestructura social de una sociedad global será en último término, la fundamentación legitimadora del *orden normativizado*, es decir, la **Constitución Política**. Esta debe reflejar (si quiere ser legítima, desde un punto de vista sociológico) la estructura global de una sociedad y la de sus elementos. Debe, en suma, adecuarse a la realidad, reflejar la idea del orden concreto exigida por la sociedad en cuestión y por ende, una determinada jerarquía política con sus respectivos status y roles. El Estado o poder institucionalizado jurídicamente implica una estructura de autoridad-obediencia normativizada también jurídicamente.

Pues bien, la condición de funcionamiento de un Estado depende de la *obligatoriedad de sus decisiones*, y aquí nos adentramos en el problema de la legitimidad del Estado desde un punto de vista filosófico. La obligatoriedad de las decisiones estatales (**validez del derecho**), no encuentra obstáculo cuando representa nuestros intereses y deseos, incluso, aún cuando estas decisiones afectan nuestros intereses, es perfectamente posible aceptar dicha decisión por razones de interés subjetivo o de reconocimiento objetivo como lo sería por ejemplo, el aceptar que perdemos un juicio. Sin embargo, cuando se llega a cuestionar la conveniencia o inconveniencia de una norma, o bien se combate la Constitución, “el sistema” que acepta tal injusticia, como lo hacen por ejemplo las organizaciones terroristas; o bien se desconoce únicamente aquella norma respetando el resto del ordenamiento jurídico; o bien se obedece la norma pero se la combate político jurídicamente en pro de su modificación.

Esta tercera posibilidad es la normal y habitual en las sociedades democráticas, pero la obediencia en términos generales a las leyes que políticamente son desaprobadas puede tener varias explicaciones: la primera que surge, desde la lógica, es que se teme ser coaccionado a cumplirla, en última instancia mediante la fuerza física, a saber, por medio de la policía, de la ejecución forzada o de las penas.

En términos de la teoría del Estado, porque el Estado es lo suficientemente soberano como para imponerse. Si la validez de la ley se basara solamente en el temor a la sanción, entonces, en situaciones en que no existe una sanción probable, nadie obedecería la ley que se considera injusta. Por tanto, lo que motiva la obediencia de esta norma es precisamente “la validez de la ley”. A esta idea debemos agregar la de la fuerza obligatoria, de la validez, de la obligatoriedad del derecho. Obligar es distinto de forzar.⁷⁶ El Estado fuerza, coacciona a los ciudadanos a cumplir con las leyes, mediante la ejecución forzosa o la amenaza de las penas, pero la obligatoriedad no se agota en la coacción, ésta solo acompaña a la obligación, y para ello, el coaccionador tiene que estar convencido de la obligatoriedad. Si no existiera la convicción de que hablamos, el sistema de coacción no tendría fundamento, a decir de ROUSSEAU: “Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de la voluntad, a lo sumo un acto de prudencia. ¿Cómo podría surgir de ahí un deber?”.⁷⁷

De la validez del derecho pasamos a su **eficacia**: el derecho vale en virtud de su obligatoriedad y es eficaz en la medida en que es posible comprobar empíricamente qué es obedecido e impuesto. Quien viola una ley no niega necesariamente su validez; en este caso la validez no se ha hecho efectiva.

La validez del derecho ¿no se basa también en la soberanía?. Hemos dicho que desde el punto de vista de la legitimidad sociológica, la organización de toda sociedad civil significada a través de una Constitución Política, debe representar los intereses generales y determinar la estructura de autoridad-obediencia sometida a normas jurídicas. Tanto la estructura de autoridad o poder como la de obediencia están en función de la legitimidad latente en la comunidad en cuestión. Cuando la autoridad basa su obediencia en la soberanía popular, en el consensus de los

⁷⁶ KRIELE, M. 1980. pp.17-18.

⁷⁷ ROUSSEAU. *El contrato social*. I, 3.

ciudadanos y no mediante la violencia, nos hallamos frente a un poder legítimo, ante la “auctoritas” y no ante la “potestas”.⁷⁸ La legitimación entonces, desde el punto de vista sociológico se refiere a la adecuación del poder a los principios, estructuras y fines postulados por las exigencias del pueblo en su totalidad, solo entonces el Poder legal se convierte en legítimo; en un Poder aceptado libremente por los gobernados.

Y si el Poder es aceptado libremente por los gobernados, si, a decir de DUVERGER, el Poder es legítimo en la medida que responda a las creencias dominantes en la sociedad,⁷⁹ entonces será obedecido sin necesidad de la presencia física de aquellas organizaciones que imponen el orden por la fuerza, y existirá el convencimiento de que el ordenamiento jurídico debe ser obedecido en la medida de que representa los intereses colectivos, es decir, el individuo será *motivado por la norma*. Nos encontramos ante una confrontación dialéctica entre dos proposiciones: *el poder proviene del derecho y el derecho proviene del Poder*. Esta última proposición ha sido negada por los teóricos anarquistas que no solo persiguen el ideal de la libertad frente a todo dominio, sino que postulan que únicamente la razón puede crear derecho y plantean el derecho de “resistencia autónoma” contra todo tipo de poder estatal.

Que el poder provenga del derecho es ciertamente una proposición que ha sido negada con mayor frecuencia, a modo de ejemplo recordemos que Carlos I Estuardo de Inglaterra haciendo empírica su doctrina absolutista de soberanía desconoció el hecho de que el derecho constitucional no solo limitaba el poder, sino también lo fundamentaba, y declaró que el derecho no era obligatorio y quiso sustituirlo por la doctrina de la soberanía. ¿No estaba acaso destruyendo el fundamento de su poder?. Desconoció que la segunda proposición: “el poder proviene del derecho” también es válida. De lo contrario y a manera de ejemplo, ¿Cómo explicar que las dictaduras intenten legitimar su dominio lo más pronto posible mediante un derecho estatal ajustado a sus necesidades de poder?. Claro que ello, en nuestra opinión, resulta contrario a la verdadera legitimidad del Estado a la que hemos hecho referencia.⁸⁰ Es lo que podríamos llamar una “falsa legitimidad”.

De la *legitimidad* de un régimen y de su *eficiencia*,⁸¹ depende también su *estabilidad*, por lo cual, todo progreso social estará condicionado a que el Poder político adecue tanto su organización como sus fines al sistema de valores, creencias, opiniones y hábitos de vida vigentes en la sociedad en la que el Poder se halla inserto. Solo de esta forma se puede lograr la aceptación social para legitimar el Poder, y por lo tanto, asegurar su estabilidad. Decimos, “lograr” esta aceptación social y no “imponer” su aceptación mediante la coacción, la violencia y el miedo. Recordemos que todos los gobernantes tienden a legitimarse, ya sea al adecuar la opinión pública difusa existente acerca de la naturaleza y forma en que debe revestir el Poder, o bien, al intentar crear su propio fundamento y justificación mediante la imposición del temor a las personas, si se trata de un gobierno que lo ha usurpado mediante la fuerza y se asienta bajo la forma de Dictadura Militar. Es lo que ocurrió en Chile con el golpe militar de 1973.

Pues bien, si un Gobierno es legítimo cuando el Poder es atribuido y ejercido según principios y reglas aceptadas sin discusión por aquellos a quienes tienen que obedecer, y si la estabilidad de un régimen depende de su legitimidad, puede afirmarse que un gobierno está

⁷⁸ FERRANDO BADÍA. 1971, p.17.

⁷⁹ DUVERGER. *Méthodes de la Science Politique*. París, 1959. Cita de FERRANDO B., 1971, p.17.

⁸⁰ Discrepamos en este punto con KRIELE quien sostiene que las dictaduras también se basan en un resto de legitimidad, por lo menos dentro del aparato estatal que fuerza a los demás ciudadanos a la obediencia. En su ejemplo, aún cuando el 98% de la población enfrente al dictador, lo importante es que al menos ese 2% que ocupa los cargos del Estado y dispone del monopolio del uso legal de las armas lo considere como gobernante competente para ellos. En otras palabras, tiene la *auctoritas*, la competencia para decidir con obligatoriedad. En nuestra opinión, el autor pasa por alto los criterios fundamentales de legitimación de un Estado que dicen relación con el derecho de autodeterminación de una comunidad para autogobernarse, en un sistema económico que garantice las condiciones sociales y económicas justas, y el pleno respeto a los derechos fundamentales.

⁸¹ Entendemos por eficiencia, junto con LIPSET, el rendimiento funcional de un régimen en el cumplimiento de sus tareas gubernamentales. LIPSET, S.M. *Political Man*. Nueva York, 1960, Cap.I, párrafo 3.

realmente legitimado, y manifiesta ésta legitimidad mediante una forma de ejercicio del Poder "socialmente aceptada", adecuándose al conjunto de valores y creencias, asegurando las condiciones económicas y sociales necesarias para toda una población; si respeta los derechos fundamentales de las personas y asegura un acceso igualitario a todas ellas,⁸² entonces nada tiene que temer acerca de su estabilidad. Por lo tanto, y a nuestro juicio, si los países europeos y latinoamericanos que son objeto de esta investigación, particularmente España y Chile, adoptan un modelo similar de democracia, tienen la creencia de ser sistemas o formas políticas de Estado, es decir, sistemas políticos legítimos, entonces ¿Porqué aluden al concepto de "peligro para la estabilidad" para enfrentar el terrorismo?. ¿Realmente los movimientos terroristas pueden afectar la estabilidad de un régimen democrático?.

Y si seguimos en esta idea nos planteamos la siguiente interrogante ¿No será que en el fondo dudan de su propia legitimidad como sistemas políticos? ¿No será que la formalización jurídica del Poder mediante una Constitución en los distintos países ya no se adecua a las necesidades sociales que se viven en la actualidad?. Ciertamente es que las Constituciones, como veremos más adelante, son declaraciones de principios, garantizadoras de derechos y libertades, pero es su puesta en práctica lo que falla. Es precisamente esta dicotomía lo que pone en tela de juicio la legitimidad y por ello hablamos de crisis, por su repercusión al interior de estos sistemas. Ello conduce a consecuencias políticas que se manifiestan en el campo del derecho, a un autoritarismo. Como dijera FERRERO: "Faltándole el consensus los gobernantes temen perder el Poder y para ello engendran miedo y terror en los propios súbditos". Y la violencia engendra violencia. Todos los gobernantes se basan en un principio de legitimidad o en la fuerza. Si es ésta última, o intentan legitimarse, o su propio miedo a perder el Poder les inducirá a engendrar miedo en los súbditos; y a mayor terror en éstos, más débil será el fundamento de su propio Poder, con lo cual se repetirá el círculo. Y la vida (que debería ser socialmente libre), se transformará en encadenada.⁸³

3. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD EN LAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES: CRISIS DE LEGITIMACIÓN, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS.

3.a. Preliminares.

Las relaciones del hombre con la sociedad, en situación de confrontación o integración con la superestructura jurídica, han sido objeto de protección y control por parte del Derecho como expresión formal del Estado. Esto nos obliga a reconocer la interrelación inequívoca entre el Estado de Derecho y los derechos humanos, interrelación que hace necesario abordarla desde una perspectiva histórica y a la vez económico política para que pueda ser esclarecida.

El Estado de Derecho es un concepto ideológico y social que se sitúa en un determinado contexto histórico, el Estado liberal burgués. No puede soslayarse que desde su consagración y hasta nuestros días, se ha presentado una conversión ideológica y estratégica, no sólo en Europa, sino a nivel mundial. Hemos asistido a la crisis del sistema capitalista, a la crisis del Estado de Bienestar y actualmente nos enfrentamos a un problema de globalización económica. ¿Verdaderamente existe una democracia capaz de representar los intereses del pueblo, si quienes deciden los destinos de un país, ya no son precisamente quienes lo conforman, sino el orden económico mundial?. Entonces, ¿Quién decide los destinos de América Latina?. ¿Quién decidió y fraguó el golpe militar en Chile?, ¿Fueron los sectores de la *derecha criolla* o fue realmente el imperialismo económico de Estados Unidos?.

⁸² Véase infra en este capítulo, párrafos 3.- *Legitimidad y legalidad en las democracias occidentales: Crisis de legitimación, Estado de derecho y derechos humanos*, y 4.- *Legalidad y legitimidad en América Latina...* en los que se expone la crisis de legitimación en el sistema neocapitalista, la crisis del Estado de Bienestar, y los derechos humanos como criterio legitimador del poder político.

⁸³ FERRERO, G. *Pouvoir. Les génies invisibles e la cité*. París, 1945. pp.119-131.

Y en consideración a ello ¿Hasta que punto podemos hablar hoy de Estado de Derecho en el Estado contemporáneo?. En otras palabras, la forma política “modernizada” del Estado neocapitalista, que TRONTI señala como interés común y objetivo de la clase obrera, y que tiene realidad práctica en muchas de las democracias occidentales y que se encuentra en una avanzada fase de realización, ¿se puede calificar como democrática?⁸⁴. ¿Qué papel juegan los derechos fundamentales en este tipo de sociedades?. Intentaremos ser lo más claros posibles en nuestro examen, no obstante las imbricaciones mutuas entre economía, historia, sistema político y jurídico, nos obligan a un análisis realista del desarrollo de los pueblos. Quizá comenzar con una perspectiva histórica y económica contribuya a esclarecer de alguna manera el problema, y a sostener que las llamadas crisis de legitimación encuentran en la actualidad pleno vigor.

3.b. *El Estado y las crisis de legitimación.*

En términos generales puede decirse que el Estado capitalista, desde sus orígenes, ha dado lugar a una tensión y conflictos sociales constantes como producto de la relación contradictoria *trabajo asalariado - capital* que ostenta. En él las relaciones de producción se caracterizan por la apropiación privada de la plusvalía elaborada socialmente, lo que ha dado lugar a una lucha entre la clase de los poseedores de la fuerza de trabajo y la de los dueños de los medios de producción (capital acumulado). La fuerza de trabajo es el medio para lograr la acumulación capitalista, o lo que es lo mismo, transforma al hombre en mercancía. Destacable es esto último: el capitalismo se funda en una escala de valores en la que las cosas materiales constituyen el pilar primordial, desconociendo el carácter de hombre al asalariado y utilizándole como mercancía mediante la compra de su trabajo. Esto es lo que constituye la *alienación* del hombre, tema explotado vastamente por diversos autores.⁸⁵

La acumulación de la plusvalía (entendida como la incorporación de una parte de la plusvalía o excedente del producto de la fuerza de trabajo al capital) y la legitimación social del sistema, se han enfrentado al interior del capitalismo como requerimientos básicos para permanecer en el tiempo. Los distintos tipos de regímenes a los cuales hemos asistido desde el Estado absoluto hasta el Estado social, han intentado dar solución a esta aguda contradicción sin éxito, o porque no se cumplía con las exigencias propias del proceso de acumulación, o porque las demandas sociales fueron en incremento. Ello explica el por qué de las constantes crisis sufridas por el capitalismo en sus diversas modalidades de Estado, con el consiguiente desequilibrio al interior de la sociedad. Compartiendo las opiniones de FERRAROTI y GARCÍA MÉNDEZ, la historia ha demostrado que "las crisis cíclicas de la economía capitalista a las cuales todavía no se ha puesto remedio, dan un rudo golpe a las teorizaciones sobre el equilibrio social"⁸⁶..."se podría decir que el capitalismo siempre ha estado en crisis".⁸⁷

En el *Estado Absoluto*,⁸⁸ la acumulación del capital exigía una centralización personalizada del poder que se representaba en la figura del soberano, encontrando ésta el

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. “*Existe una democracia representativa*” en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro. El Viejo Topo*, Nº 7. Barcelona, 1983.

⁸⁵ En relación a esto advierte KOSTAS AXELOS en el prefacio a la traducción francesa de la obra de LÚKACS *Historia y conciencia de clase*. Les Editions de Minuit, París, 1960. p.7.: "La mayor preocupación de Lukács es la reificación en el mundo burgués y capitalista: es decir lo que transforma los seres y las cosas en "res", ontológica, humana y prácticamente vacías de toda esencia, de todo sentido vivificante. La reificación produce la metamorfosis de todo lo que es y se produce, en mercancía; hace ensombrecer todo en una pseudo-objetividad racionalista o en una pseudo-objetividad idealista. El mundo, producto de la actividad humana, totalidad engendrada por la producción humana y todos los fenómenos con los que tenemos relación, se hacen hostiles, extraños a nosotros"; Véase en torno a la alienación, vr.gr. MARX, Karl. *Contribución a la crítica de la economía política* (1859) Trad. J. Merino, Alberto. Corazón Editor, Comunicación B., Madrid, 1970: *El capital* T.I, 1867. Trad. Wenceslao Roces. Edit. F.C.E., México-Buenos Aires, 1946. 3ª ed. 1964. AA.VV. *Alienación e ideología*. Comunicación, Colectivo I, Madrid, 1973. FROMM, Erick. *El miedo a la libertad*. Edit. Paidós, Buenos Aires, 1979.

⁸⁶ FERRAROTI, Franco. *El pensamiento sociológico de Augusto Comte a Max Horkheimer*. Edit. Península, Barcelona, 1975. p.24.

⁸⁷ GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. p.57.

⁸⁸ Seguimos en este punto la metodología expuesta por SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, en su obra

fundamento de su legitimidad en la voluntad divina que le otorgaba potestad. Esta personalización del poder se encontraba aparejada con un control absoluto, limitador de las garantías individuales en función de la seguridad del Estado. La soberanía se justificaba entonces en el control del poder. A la postre y con el advenimiento de nuevas demandas económicas y sociales, y el desarrollo de las ideas liberales⁸⁹ que vinieron a cuestionar las instituciones absolutistas, y el descuido por parte del Estado de las condiciones necesarias para garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo,⁹⁰ el absolutismo entró en crisis abriéndose paso al *Estado Liberal*.

El protagonismo de la burguesía se desarrolló a partir de las ideas liberales sustentadas desde finales del siglo XV con la pretensión de redefinir las relaciones sociales frente a la nueva visión *científica* del mundo, opuesta a una aceptación basada en la creencia religiosa, encontró su punto cúlmine con la Revolución Francesa. A partir de este momento, el liberalismo se apodera de la filosofía y de la economía, consagrándose el sistema capitalista. Se rompen los esquemas del Antiguo Régimen en todos los ámbitos: la burguesía se pone a la cabeza del Estado, da forma a una nueva superestructura jurídica y aplica en todo su esplendor las ideas del iusnaturalismo, consagrando los *derechos humanos* como criterio legitimador del poder político. El sistema capitalista comienza a desarrollarse y no solo es necesaria la reproducción de la fuerza de trabajo para la acumulación de capital, sino que además se requiere del *libre mercado*, en el que concurren en condiciones de igualdad y libertad, tanto los dueños de medios de producción, como los no dueños. Este sistema encuentra su legitimación en el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, expresión *del Contrato Social entre la burguesía y los asalariados*, asumiendo el Estado un papel de verdadero guardián en el cumplimiento de este contrato.

Hay que considerar además, que la exportación de la revolución trajo como consecuencia un sistema de Estados independientes que habían llegado a un grado igual de desarrollo burgués y mantenían, entre sí, un trato igualitario, por lo que, como acierta ENGELS “era natural que aquellas tendencias asumiesen un carácter general, traspasando las fronteras de los Estados, era natural que la libertad y la igualdad se proclamasen como derechos humanos”⁹¹.

Merece la pena, en nuestra opinión, detenernos en la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*, instrumento jurídico que vino a consagrar estos derechos inalienables.

Fue la burguesía quien originó y desarrolló el proceso revolucionario de 1789 en pro de sus intereses, y por supuesto, predominaron por encima de los intereses de las masas populares. El triunfo de los derechos del hombre no significó, en modo alguno- como advierte ADLER- el triunfo de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad, “nada de aquel hermoso sueño se había realizado... La tan elogiada libertad, la que había sido aclamada en las barricadas de la Revolución, no significaba, para la gran masa de indigentes, más que la libertad de morir de

Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Edit. PPU, Barcelona, 1988 pp. 35 y ss. Véase también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público.* Edit. PPU, Barcelona, 1993. pp. 55-61, 92-112. DÍAZ E. “Estado de derecho y sociedad democrática” en *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1975; “El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas” en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático.* Edit. Civitas, Madrid, 1978. pp. 150 y ss.

⁸⁹ A este respecto escribe LASKI: “Las nuevas ideas se van apoderando de los hombres, sobre todo aquellos que iban aprovechando los recursos que el progreso ofrecía. Se trata del ascenso de la burguesía como clase social. Con el ánimo de propiciar un aumento constante de la producción y el deseo de una ilimitada acumulación de riqueza (como verdadera satisfacción de la naturaleza humana), el espíritu capitalista (basado en la propiedad) se adueña de ellos. Pero, a pesar de que en un comienzo vieron en una autoridad central fuerte una garantía para su prosperidad, pronto observaron que las instituciones del Antiguo Régimen eran una traba para su desarrollo”. LASKI, Harold. *El liberalismo europeo.* Edit. FCE, México, 1984. p.14.

⁹⁰ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p.36.

⁹¹ ENGELS, Federico; “*Moral y Derecho*” en *Filosofía (Esquemática del mundo. Filosofía de la Naturaleza, Moral y Derecho, Dialéctica).* Ediciones R. Torres, Barcelona, 1976, p.109.

hambre; que la igualdad no era otra cosa que la igualdad de la explotación; mientras que la fraternidad se transformó, tanto entre los indigentes como entre los poseedores, en una competencia demencial y despiadada por la conquista del beneficio en unos, por el sostén de su existencia en los otros”⁹². Razón tuvo ENGELS para sostener que “desde el instante mismo en que se proclama el postulado burgués de la abolición de los privilegios de clase (en relación al Antiguo Régimen), se alza a su lado el postulado proletario de abolición de las mismas clases”⁹³.

Si bien es cierto que los "derechos de hombre o derechos naturales que enunció la declaración de 1789 no eran otra cosa que "derechos de la burguesía"⁹⁴, no por ello debe dejar de reconocerse su carácter progresista; ello significó un enfrentamiento con el poder absoluto y la sociedad estamental. El mismo Marx lo reconoce en el manifiesto comunista al indicar que: "la burguesía ha desempeñado en la historia un papel eminentemente revolucionario". El problema radica en que ésta coincidencia ideológica entre "derecho natural" y “derechos de la burguesía” (especialmente el de la propiedad privada de los medios de producción), con el transcurso del tiempo y cada vez más a lo largo de los siglos se ha venido interpretando desde una perspectiva liberal y conservadora.

Con la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* se comenzó a desarrollar la perspectiva del Derecho como un concepto normativo, sujeto a crítica abierta y flexible. Su primera especificación fue el *principio de legalidad* como postulado de la prevalencia de normas generales e impersonales en contraposición con el antiguo poder arbitrario y personal, la comprensión de la ley como expresión de la voluntad general, la idea del Estado de Derecho, libertad, separación de poderes, etc.

La proclamación, la defensa y la protección de estos derechos "inalienables"; en especial la libertad, la propiedad y la igualdad se enraízan de tal manera en la sociedad post revolucionaria, que pasan a constituir el fundamento de legitimación de toda convivencia entre los seres humanos. El marco que fija sus límites y sentido último, es el Pacto Social, que se ve asimismo delimitado por el respeto a estos derechos "naturales e imprescriptibles". Baste ver el art. 2 de la Declaración, cuando hace referencia al fin de toda asociación política. Siguiendo a DEL VECCHIO y a BOUTMY,⁹⁵ parece evidente la conexión con ROUSSEAU en éste último punto, exceptuando lo relativo al derecho de propiedad. El Contrato Social tal y como fue concebido, ejerció una fuerte influencia ideológica sobre la Declaración de 1789, incluso mayor que la de los *Bills of Rights* anglosajones como expone JELLINEK.⁹⁶ En el Contrato Social radica la legitimidad del Estado con base en el respeto a los Derechos naturales, y el concepto de Estado que acuña, lleva implícita la garantía de la imposibilidad de suprimir los derechos del individuo. La estrecha relación queda de manifiesto cuando la declaración se refiere a la ley como expresión de la “voluntad general”, dicho concepto es el vértice en la concepción jurídica y política de Rousseau. También puede advertirse en la Declaración, una fuerte influencia de Montesquieu en las ideas de libertad y separación de poderes.

⁹² ADLER, M. 1975, p.48.

⁹³ ENGELS, F. 1976, p.110.

⁹⁴ “Para comprender – dice ENGELS – el carácter específicamente burgués de estos derechos humanos, nada más elocuente que la Constitución norteamericana, la primera en que se definen los derechos del Hombre, a la par que, en la misma se sanciona la esclavitud de los negros, vigente por entonces en los Estados Unidos, se respetan los privilegios de clase, y los privilegios de raza son santificados”. ENGELS, F. 1976, p.109.

⁹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *La Dicharazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*. Génova, 1903; *Su la teoria del contratto sociales*, Bologna, 1906, en *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*. Edit. Giuffré, Milán, 1963. SCHNUR, Roman. *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstad, 1964. Citado por KRIELE, Martin. 1980. p. 205 y ss.

⁹⁶ JELLINEK afirma que los Bills anglosajones y especialmente la Declaración de Virginia de 1776, fueron los que verdaderamente ejercieron influencia sobre la Declaración, y tilda a Rousseau de anti iusnaturalista y antiliberal. JELLINEK, Georg. *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. 4ª ed. 1927. Trad. Adolfo Posada. *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*. Edit. Victoriano Suárez. Madrid, 1908. Sobre esta polémica véanse las obras citadas de SCHNUR, y la obra de KRIELE, M. 1980. p. 205 y ss.

Sobre los derechos inalienables e imprescriptibles que consagra la Declaración de 1789, podemos considerar como esenciales la igualdad, la libertad y la propiedad,⁹⁷ a través ellos se pueden advertir los tres aspectos ideológicos que inspiran su texto. La libertad otorga el cariz liberal a la declaración; la igualdad le asigna un carácter, un tanto revolucionario de corte socialista; y la propiedad pone de manifiesto el sesgo conservador. Pero sin duda, lo central de la Declaración no es sólo la consagración de estos derechos, sino la forma en que los protege; esto es, mediante la creación de una organización estatal determinada que aparece como la más coherente para su defensa. Esta organización estatal se ve cruzada, como señalamos, por dos postulados fundamentales, los principios de separación de poderes (influencia de Montesquieu), y el de soberanía nacional, como principios rectores del Estado Constitucional.

La libertad concebida en la Declaración, posee una marcada ideología liberal que sirvió de base para la instauración de su sistema político y en todo caso se verá limitada por el sentido del pacto social; es decir, por la exigencia de dotar a la definición de libertad, el total respeto a la legalidad. En cuanto expresión de la voluntad general, entendida (por supuesto) como una voluntad del Estado llano o burguesía. Aspecto que no resta mérito al carácter progresista de la declaración. En virtud de que, como se había indicado anteriormente, lo era en relación al antiguo régimen.⁹⁸

La igualdad aparece, en opinión de DÍAZ como un principio auténticamente revolucionario y con un carácter socialista que significó "la posibilidad de completar el sentido de la revolución liberal haciéndola plenamente democrática", aún cuando más tarde se viera frustrado con la imposición de un verdadero sistema liberal.⁹⁹ La igualdad de la declaración no se refería a una igualdad en el plano socioeconómico, sino más bien, a la defensa y aseguramiento de la libertad, en la medida en que también aparece como el medio apto para proteger y conservar los intereses de la burguesía. El carácter "revolucionario" al que alude DÍAZ, se pierde. En nuestra opinión, no obstante la idea de igualdad de 1789 que constituyó uno de los aportes centrales al socialismo, en modo alguno le otorga a la revolución y el sistema francés post-1789, un carácter democrático. Podemos decir que es progresista en relación al antiguo régimen, pero en caso alguno puede catalogarse de una *revolución democrática*, puesto que ella se produjo en medio de una crisis económica en la que las masas populares eran precisamente las más afectadas. Por supuesto, también la burguesía, quienes optaron por la solución más rápida: una revolución para proteger "sus intereses". El orden social burgués se presentó como expresión de una sociedad de clases, no en el sentido socialista del término, sino en relación a la anterior sociedad estamental. Por tanto, la igualdad a la que alude la declaración, es fundamentalmente una igualdad jurídica que en caso alguno pretende materializarse ni postularse como igualdad socioeconómica. Esta igualdad jurídica se expresa a lo largo de todo el texto de la Declaración subsumiéndose en igualdades concretas que están en estrecha relación con el concepto conservador de derecho de propiedad¹⁰⁰.

⁹⁷ En opinión de Elías DÍAZ, los derechos fundamentales cuya garantía debe estar asegurada para que quepa un Estado constitucional son los enumerados por el art. 2.: libertad, propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, a los cuales necesariamente debe agregarse el derecho de igualdad contenido en el art. 1, en cuanto principio rector. De ellos derivarían todos los demás derechos que el texto consagra. No obstante en su obra analiza los tres derechos indicados: libertad, propiedad, e igualdad, como contenidos centrales y a partir de los mismos realiza el estudio de los anteriormente mencionados y otros de los cuales se derivan todos los demás. DÍAZ, E. 1978. p. 83

⁹⁸ A lado de esta declaración general de libertad en el marco del imperio de la ley la Declaración afirma otra serie de libertades concretas: a) Libertad personal o seguridad jurídica de alcance penal y procesal frente a la arbitrariedad del antiguo régimen (art.7, 8 y 9, especialmente referido el 8 al principio del nullum crimen nulla poena sine lege); b) libertad de pensamiento y libertad religiosa (art. 10); c) libertad de expresión y de libre comunicación de las ideas (art. 11); d) libertad en la aceptación de los tributos públicos y en su determinación (art.14).

⁹⁹ DÍAZ E. 1978. p. 84.

¹⁰⁰ La primera manifestación que puede encontrarse es la *igualdad de derechos* consagrada en el art. 1 y tiene como límite la utilidad común sobre cuya base pueden hacerse distinciones sociales. Esta utilidad común es la *consecuencia* de la aplicación de una economía de mercado (competencia y mercado), propia del orden económico liberal, y que se confunde con la utilidad privada (utilidad pública es igual a la utilidad privada, de la clase burguesa hegemónica); es decir, una consecuencia lógica de la divinización de la propiedad. La igualdad de derechos, en

La propiedad individual otorga a la declaración un carácter conservador desde que es concebida como inviolable y sagrada en el art. 17 como fundamento del orden social burgués. Estamos ante una concepción burguesa de la sociedad y del sistema económico del capitalismo. No podía ser de otro modo dado que el poder hegemónico pertenecía a la burguesía¹⁰¹. La consagración de la propiedad (como interés de la burguesía) y la supuesta igualdad y libertad en que *todos* podían concurrir en el *mercado libre* degeneró el Contrato Social. Todas las personas eran consideradas iguales en derechos, pero los no poseedores eran desiguales ante los poseedores para competir en el mercado, eran desiguales a la hora de optar a cargos públicos y al momento de participar en las decisiones políticas.

La consecuencia de ello determinó que el Estado interviniera precisamente en la regulación del mercado. Se da paso entonces al *Estado interventor*.

El desarrollo de las luchas de los trabajadores que se generaron a partir del siglo XIX inspiradas por las ideas socialistas de Marx y Engels contrarias a la doctrina de los derechos individuales, y consagradas posteriormente en el Manifiesto Comunista de 1848 fueron el escenario político y social de esta nueva forma de Estado. Los asalariados unieron sus esfuerzos para la consolidación de sus derechos y el Estado tuvo que intervenir en todo ámbito, comenzando por el mercado. El Estado intervencionista, a diferencia del Estado liberal, se incorpora al proceso de la reproducción; y va más allá del aseguramiento de las condiciones generales de la producción. Se convierte, él mismo, a decir de HABERMAS en una "especie de órgano ejecutor de la ley el valor".¹⁰² Según advierte SERRANO PIEDECASAS: "Se produce un deslinde claro entre lo económico y lo político. O en otros términos, un mayor distanciamiento entre el proceso de acumulación y reproducción de las fuerzas de trabajo y el problema de la legitimación. Asimismo, la mediación entre los antagonismos socioeconómicos desembocó en la aplicación masiva y organizada del poderío social en la esfera del poder público".¹⁰³ El Estado asume esta vez un papel de defensa de la sociedad para regular la disfuncionalidad que producía el libre mercado, y la ideología de *la defensa de lo social* se yergue como la inspiradora de esta intervención.¹⁰⁴

La legitimación del Estado se aparta, como ciencia, de lo político y de lo jurídico encontrando apoyo en el positivismo y en la sociología. Tal como expone BUSTOS, lo importante era legitimar, que el Estado interviniera en la libertad y en la igualdad de los individuos para adecuarse al bien social, lo que le permitía teorizar sobre las formas de

definitiva, no corresponde con una igualdad material, ya que la concepción absolutista de la propiedad en un sistema capitalista no puede conducir sino a la génesis de mayores desigualdades en el plano económico. Por tanto, la igualdad de derechos no es para todos los individuos como proclama la declaración sino sólo para unos pocos. Otra manifestación de la igualdad es la *igualdad teórica en la decisión política*. Esta igualdad nunca fue tal ya que las decisiones políticas estaban en manos de la clase de los contribuyentes y propietarios. Fue posteriormente (en gran parte debido a las luchas de la clase obrera), cuando esa capacidad electoral se amplió progresivamente hasta llegar al sufragio universal. La *igualdad ante la ley* (art.6) implicó la supresión de todos los privilegios del antiguo régimen y el imperio de la ley; también fue una igualdad teórica, recordemos que la ley era la "expresión de la voluntad general" en el "Estado llano", excluyendo la participación de otras clases sociales. Del mismo modo, la *igualdad para ocupar cargos públicos* que estaba en manos de la burguesía. La libertad concebida en la Declaración posee un marcado carácter liberal y sirvió de base para la instauración de su sistema político liberal; en todo caso se ve limitada por el sentido del pacto social que exige para la definición de libertad se respete la ley, como expresión de la voluntad general, entendida (por supuesto), como voluntad del Estado llano o burguesía. Lo cual, no resta mérito al carácter progresista de la declaración. Como decíamos anteriormente, lo era en relación al antiguo régimen.

¹⁰¹ Con ello confirmamos que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en realidad no tuvo el carácter revolucionario (en el sentido socialista) que en principio pareciera atribuírsele, ya que el carácter sacro del derecho de propiedad individual es el que impregna su espíritu y prima sobre los contenidos revolucionarios derivados de una concepción totalizadora de la igualdad.

¹⁰² HABERMAS, J. 1986. p.70.

¹⁰³ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p.37

¹⁰⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 1993. p.103

peligrosidad que pudieran revestir quienes de uno u otro modo no se adecuaren a este bien social, y a la vez intensificar el control por parte del Estado.¹⁰⁵

En el ámbito jurídico se positivizan los derechos fundamentales para consolidar el nuevo Estado burgués, lo que implicó su incorporación en el ordenamiento jurídico, primero en el ámbito constitucional y luego en las legislaciones ordinarias. Kelsen y la escuela de Viena siguieron esta tradición y representan el punto cúlmine de este proceso en el siglo XX. Además, éste nuevo orden se caracteriza por la depuración del iusnaturalismo, sustrayéndole del empirismo y de cualquier elemento histórico. La razón práctica de Kant pasa a ser el criterio fundamentador de los derechos humanos como principios construidos a priori.

En esta línea de pensamiento se consolida el *Estado de Derecho* como construcción jurídica política de la burguesía y su institucionalidad. Se yerguen construcciones teóricas para justificar y fundamentar el Estado. Estos constructos teóricos se basan en el derecho como garantizador de la coexistencia de las libertades individuales (libertades meramente formales al existir una desigualdad económica entre los poseedores y no poseedores), como exigencias de la razón práctica. Así, la *razón*, deja de ser razón y pasa a ser *razón burguesa* (libertad como derecho absoluto de carácter formal- racional). Con ello, el Estado de Derecho pasa a ser Estado de Justicia, la legalidad se identifica con legitimidad, el Estado de los propietarios quedaba fuera de todo cuestionamiento.¹⁰⁶

La intervención del Estado en la esfera de las libertades individuales no logró legitimarse ni aún con los constructos teóricos de la burguesía. La intervención hubo de hacerse entonces ya de una manera más directa e incluso coactiva, y las ideologías comienzan a radicalizarse llegando finalmente a la crisis que fácilmente podía preverse, la intervención estatal se extrema hasta llegar a su manifestación más cruel: el corporativismo, ideología de la Alemania Nazi y la Italia Fascista.

Ya en el plano netamente económico, las nuevas formas de acumulación del capital (entre otros factores) llevaron a la crisis del año 1929 y el capitalismo competitivo (propio del Estado liberal) se transformó en un capitalismo monopólico. Esta nueva fase del sistema capitalista trajo un aumento de la productividad con el paralelo aumento de la explotación de los asalariados, ya que se descuida al igual que en anteriores oportunidades, la reproducción de las fuerzas de trabajo. Las soluciones planteadas se tradujeron en el plano político por una parte en el New Deal y por la otra en el corporativismo como doctrina económica del fascismo¹⁰⁷ que determinó una exacerbación en la intervención estatal dándole el carácter de totalitario al Estado.

La explotación del asalariado que trajo consigo el aumento de la productividad, y el estancamiento en el proceso de desarrollo de las fuerzas productivas unido a las luchas obreras por la conquista de sus derechos sociales, determinó después de la Segunda Guerra Mundial, el nacimiento de una nueva forma estatal: el Estado de Bienestar o Estado Social, Welfare State, y

¹⁰⁵ "La intervención y el control del Estado sobre el mercado- dice BUSTOS- requiere, sin embargo, una cuota de legitimación mayor que la que podía proporcionar la propia ciencia". BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *"Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología"* en *El Pensamiento Criminológico*. Tomo II. Edit. Península, Barcelona, 1983. p.17 y ss.

¹⁰⁶ ZÚÑIGA, L. 1993. p.105; CASCAJO CASTRO, José Luis. *"La lucha por el Estado de derecho"*. Sistema N°17-18, abril de 1977. PÉREZ LUÑO, Antonio E. *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*. Edit. Tecnos, Barcelona, 1984. pp. 214-219.

¹⁰⁷ Utilizamos el término fascismo como concepto globalizador de las doctrinas totalitarias fascismo y nazismo. La ideología fascista de hecho es anterior a la nacionalsocialista. Recordemos que el fascismo llegó al poder en Italia a partir de 1922, y diez años mas tarde le siguió el nazismo alemán. Es probable que el término fascismo sea uno de los términos políticos contemporáneos más vagos. Por ello es que quizás se aprecie un cierto consenso entre los historiadores al llamar fascismo a toda ideología que sustente en todo o parte sus principios. Destacamos el corporativismo como el componente económico de la ideología fascista y que se basa en una intervención estatal exagerada limitativa absolutamente de las libertades individuales. Sobre el fascismo se recomienda la obra de S. Payne citada antes (PAYNE, 1996).

su correlato jurídico, el Estado Social de Derecho, y en el caso español, el Estado Social y Democrático de Derecho.

3.b.1. *El Estado Social o Estado de Bienestar:*¹⁰⁸ *el modelo de las democracias occidentales*

Si miramos un poco la historia y nos detenemos a pensar cuáles fueron las causas que determinaron la aparición del Estado Social puede decirse que vino a ser el hijo único y huérfano del Estado Totalitario representado por la ideología fascista y su exacerbación del intervencionismo estatal.¹⁰⁹ La derrota de la Alemania Nazi y de la Italia Fascista determinó que dos grandes corrientes de pensamiento se impusieran durante el siglo XX: liberalismo y socialismo convinieron para dar respuesta a las nuevas exigencias económicas y sociales derivadas del intervencionismo mal entendido. Surge así el *Estado Social* como estructura interventora en el ámbito económico y social; atiende a la idea de "convivencia social". Se perfecciona a través de la actuación del Estado tanto en el ámbito económico como en el ámbito político y en contraposición al *laissez faire*, como idea de armonía espontánea de la sociedad del modelo liberal. Se trata de una mediación entre el Estado y la sociedad que se manifiesta, a decir de KAMMLER, como aquella "estructura del poder público en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y poseedoras de una Constitución democrática".¹¹⁰ Pero lo cierto es que en la realidad no ha dejado de ser, un simple retoque del Estado liberal con la tesis keynesiana del intervencionismo en los poderes públicos.¹¹¹

La legitimación de la intervención estatal en la sociedad busca esta vez su soporte en la *teoría del consenso* en contraposición a la idea de Contrato Social. La intervención excluye precisamente toda posibilidad de contrato y autonomía de la libertad. Con la teoría del consenso se abre paso a un control encubierto por parte del Estado hacia la disidencia política y cobran importancia los controles informales.

El Estado se organiza en una democracia en la que aparentemente el poder social se apodera del poder público, pero son los sectores capitalistas los que determinan las condiciones para el desarrollo de la democracia. En efecto, el aparato burocrático es dirigido por las influencias de la clase dueña de los medios de producción, que a la vez manipula la opinión pública ejerciendo el control de los mass media, logrando transformar en intereses generales sus

¹⁰⁸ Creemos que el tema del Estado Social de Derecho y su crisis ha sido superado en la actualidad, con el nuevo modelo mundial de desarrollo capitalista al que nos referiremos mas adelante. La doctrina ha sido generosa en su análisis y es por ello que en esta investigación se le considera una "forma histórica" del Estado, que no merece un análisis exhaustivo dada la amplia literatura existente al respecto. Véase vgr. *Para un enfoque general*: SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. DE CABO Martín. "*Crisis del Estado Social*". Edit. PPU, Barcelona, 1986. PICO. 1987. GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. GARCÍA Pelayo, M. "*Estado Social y sistema económico*". Edit. Alianza, Madrid, 1977. NEGRI, T. "*Su alcune tendenza della più recente teoria comunista dello Stato: Rassegna critica*" en "*La forma stato*" Feltrini, Milano, 1980. KAMMLER, J. "*El Estado Social*" en: *Abendroth/Lenk* Introducción a la ciencia política. Edit. Anagrama, Barcelona, 1973. AGNOLI. *Überlegungen zum bürgerlichen Staat*. Klasse und Staat der Staat des kapitals, Parlamentarismus als Strategir, Wagenbach, Berlín, 1975. *Para un enfoque funcional estructuralista*: LUHMAN, N. "*Macht*" Ferdinand Enke, Stuttgart, 1975. ALBER. "*Le origine del Welfare State: teorie, ipotesi e analisi empirico*". *Rivista italiana di Scienza Politica*. Diciembre de 1982. VILENSKY y LEBEBAUX. "*Industrial Society and social welfare*" Free Press, Nueva York, 1965. *Desde el punto de vista instrumentalista*: SWEEZY, P.M. y BARAN, P.A.. "*Monopoly Capital*". Monthly Review, Nueva York, 1966. MILIBAND, R. "*The State in capitalist society*" Basics Books, Nueva York, 1969. *Para un enfoque marxista -estructuralista*: POULANTZAS. "*Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*" Edit. Siglo XXI, Madrid, 1978. Poulantzas recoge en su teoría el neogramscianismo. *Desde la visión hegeliano-marxista*: HABERMAS, J. 1986. OFFE, C. "*Lo Stato nel capitalismo maturo*" Etas Libri, Milano, 1977. O'CONNOR, J. "*La crisis fiscal del Estado*" homo sociologicus 24. Edit. Península, Barcelona, 1973. WOLFE, A. "*The limits of legitimacy, Political contradictions of contemporary capitalism*" The Free Press, Nueva York, Londres, 1979.

¹⁰⁹ Esto no quiere decir que el Estado Social contenga en sí mismo resabios de la ideología fascista, sino que nació como repuesta necesaria a la crisis del Estado interventor, cuyo punto mas álgido fue precisamente el fascismo.

¹¹⁰ KAMMLER. 1973. p. 91.

¹¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. L. 1993. p. 105

intereses individuales.¹¹² Estos objetivos de los sectores capitalistas se alcanzan con base en la similitud de intereses e ideologías dirigidas hacia el capitalismo y la burocracia estatal y no sustentados en la representación política directa.¹¹³ Característica de esta nueva forma de intervención en la economía es el paso del capitalismo liberal a un capitalismo más organizado, en el que subsiste el problema de la explotación del hombre por el hombre. Pero debe diferenciarse entre la explotación a través de la plusvalía absoluta, situación real hasta mediados del siglo XIX, advertida por Marx; y la explotación a través de la plusvalía relativa, hecho característico del capitalismo contemporáneo. Escribe LUKACS: "Cuando Marx escribe los Manuscritos económico - filosóficos, la alienación de la clase trabajadora significaba de manera inmediata un trabajo degradante hasta un nivel poco menos que animal; así pues, la alienación era hasta cierto punto, idéntica a la deshumanización... Actualmente el problema se ha desplazado en cierto sentido; de todos modos, diría yo, que solo en cierto sentido"¹¹⁴.

Se trata de un capitalismo monopolístico donde la centralización y concentración del capital (ahora organizado socialmente) se presentan de forma connatural a la intervención estatal. En éste proceso de concentración y centralización, se produce, la supresión del capital como propiedad privada, pero mantiene el modo de producción capitalista¹¹⁵. Al darse ésta mantención, se agudiza la contradicción entre socialización del capital y el régimen privado de apropiación. Precisamente la reapropiación del proceso productivo por parte de la clase trabajadora se ve obstaculizada por las relaciones sociales en las cuales se desarrolla la producción. Por otra parte y como advierte SERRANO PIEDECASAS,¹¹⁶ éste capital monopolístico, sirve al poder económico representado por las clases dominantes para forzar la transformación de su "poder social" en poder político. No puede ser de otra manera, cuando la estructura de clases en la sociedad, asigna el lugar que a cada hombre le corresponde dentro del proceso productivo y la sociedad misma, queda determinada por la forma de propiedad de los medios de producción. Como ocurre en el Estado Social donde la intervención estatal intenta adecuarse a las necesidades capitalistas.

¿Cómo se manifiesta esta intervención del Estado Asistencial? En términos generales mediante la intervención en el gasto social.¹¹⁷ En el campo económico: mediante la intervención en el capital social,¹¹⁸ se persigue la acumulación del capital y la reproducción de la fuerza de trabajo; se protegen los intereses de la clase dueña de los medios de producción. En el campo político-social: mediante la intervención a través del gasto social cuya función es legitimar al Estado en cuanto éste aparece como capacitado para dar solución a los conflictos sociales al interior del mismo sistema. Esta legitimación se consigue; por una parte, al otorgar prestaciones sociales (Estado benefactor) por medio de una redistribución social, y por la otra, al realizar un pacto social entre el capital y el trabajo. Se pierde con ello, el carácter revolucionario de las reivindicaciones obreras, al mismo tiempo que se imposibilita su satisfacción al utilizar los mecanismos del sistema. Estas funciones de planificación y regulación interna de la valorización del capital, provoca que los aparatos estatales, a decir de neomarxistas como OFFE, O'CONNORS, PREUSS y HIRSCH; sean dominados por las exigencias generales de

¹¹² A decir de KAMMLER mediante una "ideologización de sus intereses particulares en intereses generales. KAMMLER. 1993. p. 9

¹¹³ FERRAJOLI, L. 1983. pp. 40 y ss.

¹¹⁴ HEINZ HOLZ, Hans; KOFLER, Leo; ABENDROTH Wolfgang. "*Conversaciones con Lùkacs*" Edit. Alianza, Madrid, 1969. p.72. Trad. Jorge Deike y Javier Abásolo. Original alemán publicado en 1967.

¹¹⁵ MARX, Karl. 1972. pp. 648.

¹¹⁶ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p.50.

¹¹⁷ El gasto social posee un doble carácter: capital social y gasto social, que se corresponde con las dos funciones básicas del Estado social: acumulación rentable del capital y legitimación social. SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. O'CONNOR, J. 1973. p.6

¹¹⁸ El capital social aumenta indirectamente la plusvalía. Podemos diferenciar dos tipos de capital social: a) capital social constante: se corresponde con la inversión social y es el capital que se invierte en proyectos que incrementen la productividad de una determinada cantidad de fuerza de trabajo, por ejemplo, planes de reestructuración sectorial. b) capital social variable: se corresponde con el consumo social, y consiste en proyectos que disminuyen el costo de reproducción del trabajo y el coste del trabajo mismo. Para un análisis más exhaustivo véase: SERRANO PIEDECASAS; J.R. 1988. pp.48 y ss.

mantenimiento y desarrollo del capital global. Tanto los aparatos estatales de valorización del capital como los de estabilización social se adecúan paulatinamente al capitalismo.

Estas consideraciones permiten asegurar que el Estado social constituye la base de la superestructura jurídica del neocapitalismo con base en la economía de mercado, o en la economía social de mercado, concepto que acuñaron los alemanes para designar al sistema económico, sustento de su *Welfare State*. Dicho de otro modo: "el neocapitalismo de los países desarrollados constituye la infraestructura económica sobre la que se ha construido el Estado social".¹¹⁹ Merece la pena recordar que este sistema económico requiere no solo de un constante crecimiento del Producto Nacional Bruto sino que además de un aumento progresivo del consumo y del bienestar social, mediante aplicación de las teorías keynesianas de que el gasto social sostiene y genera la fuerza de trabajo para el mercado y el gasto estatal posibilita su apropiación privada en beneficio de la acumulación del capital.

Existe una relación dependiente funcional entre el Estado y el proceso de acumulación que hace posible su transformación de garante externo (Estado liberal - Economía libre de mercado - protección del capital individual), a elemento interno de dirección y promoción del desarrollo capitalista. El Estado se autonomiza del capital individual y ahora protege el capital productivo, todo ello acompañado de una transformación estructural hacia una burocracia creciente, que cumple la función de regular y mediar entre los particulares capitalistas para hacer prevalecer el capitalismo colectivo (interés de clase). Y sabido es que las contradicciones que resultan de la apropiación privilegiada de la riqueza producida socialmente son intrínsecas a la estructura de clases. Por ello, como acierta FERRAJOLI, la estrategia política de éste Estado no es sino una estrategia de defensa y refuerzo del sistema capitalista, que denota su naturaleza de clase,¹²⁰ y que contradictoriamente pretende una legitimación general y una integración social. De ahí la constante tendencia a las crisis,¹²¹ como expone HABERMAS, no durante el curso del Estado sino desde su origen mismo.

Coherente con los lineamientos generales de la investigación, entendemos que se trata de una *crisis sistémica*, concepto que fuera elaborado por Marx en las ciencias sociales. Luego, en propiedad debe hablarse de *crisis sociales y económicas*. HABERMAS, siguiendo a Marx, manifiesta que las crisis surgen cuando la estructura de un sistema de sociedad, esto es, un "sistema de sistemas sociales", admite menos posibilidades de resolver que las requeridas para su conservación. Las crisis serían entonces perturbaciones que atacan la *integración sistémica*. La crisis no supone contradicciones coyunturales, que HABERMAS denomina *alteraciones contingentes del medio ambiente*, sino *contradicciones estructurales*. Sin embargo, no todos los cambios de estructura en un sistema social son, como tales, crisis. Solo cuando los miembros de una sociedad experimentan los cambios de estructura como críticos para el patrimonio sistémico y sienten amenazada su identidad social, podemos hablar de crisis. Las perturbaciones de la integración sistémica amenazan el patrimonio sistémico solo en la medida en que esté en juego la integración social, cuando la base de consenso de las estructuras normativas resulte tan dañada que la sociedad se vuelva anómica.¹²² Luego, los estados de crisis se presentan como una desintegración de las instituciones sociales donde el concepto de anomia social de Durkheim y Merton es plenamente aplicable.

Las crisis comienza a manifestarse como crisis económica para luego devenir en una crisis social. Obsérvese que el proceso de acumulación, siguiendo a Marx, se conecta

¹¹⁹ GARCÍA PELAYO. 1977. p.74

¹²⁰ FERRAJOLI, L. 1983. p.59

¹²¹ Adoptamos esta línea de análisis correspondiente a las corrientes críticas marxistas que sitúan el análisis de la crisis en el Estado. Las corrientes críticas burguesas, desde la sociología funcionalista hasta la teoría sistémica de Niklas Luhmann, perciben la crisis como un trastorno extraordinario y disfuncional que impide o dificulta la marcha de un proceso armonioso, en el que predominan los elementos de autorregulación y de conservación por sobre los elementos de disrupción y disolución.

¹²² HABERMAS. 1986. pp. 61 y ss

íntimamente con la apropiación privada de la plusvalía, de lo que se sigue un sinnúmero de contradicciones. La acumulación del capital total se cumple a través de desvalorizaciones periódicas de elementos del capital (ciclo de la crisis),¹²³ produciéndose el paso desde una ruptura en el proceso de acumulación del capital hacia una destrucción del mismo. Por ejemplo, desfavorece tanto a los dueños del capital, al producirse una quiebra, como a la masa trabajadora al provocar el desempleo. De esta forma, *la crisis económica* deviene en una *crisis social* en la que se confrontan los intereses de clases y la integración a la sociedad comienza a ser cuestionada.

La crisis no tiene un carácter tan solo financiero, ni fiscal, tampoco se debe al fracaso del modelo keynesiano. Se trata de una crisis global, estructural, sistémica, “que tiene componentes que afectan a la globalidad del sistema... al entramado cultural, político e ideológico y los valores del propio sistema capitalista”.¹²⁴

Las constantes crisis económicas atraen la deslegitimación del Estado al ser denunciadas por los actores de la lucha de clases, lo que mal sostiene a un Estado que tiene como misión fundamental el mediar en un conflicto y a la vez ser gestor de la economía. Es por ello, que el Estado escoge su función real de acumulación del capital con preferencia a su función simbólica de legitimación para mantener el equilibrio. Esta crisis se traspola a todos los niveles y con carácter estructural; cuando es desplazada al sistema político definitivamente puede hablarse de una crisis de legitimación¹²⁵. Como acierta OCHANDO¹²⁶: “Asistimos a una politización del mercado y a una privatización o corporatización del Estado, que supone el nacimiento de un Estado fuerte y activo en materia industrial, pero que avanza en el descompromiso social profundizando la ruptura del consenso social”.

3.b.2. La Crisis del Estado Social: ausencia de legitimidad

Tomando como punto de partida el Estado, elemento fundamental al interior del cual ha de analizarse la crisis, coincidimos con quienes estiman¹²⁷ que ella se presenta como una crisis estructural y no general del sistema capitalista. Es una crisis de una determinada forma asumida por el Estado, que es, en primer lugar, multifacética en razón de la modalidad asumida por el proceso de acumulación que repercute directamente sobre el Estado. Esto da fuerza a la afirmación que realiza CASTELLS¹²⁸ acerca de que la crisis de acumulación del capital y la crisis del Estado capitalista están cada vez más ligadas. Y en segundo lugar, una crisis económica que deviene en crisis política incidiendo en las relaciones sociales en las que se basa el Estado Asistencial. La contradicción fundamental de la producción no se amortigua, por el contrario, se agudiza dentro de las nuevas formas de organización, pero la crisis económica

¹²³ Merece la pena detenernos un instante en la explicación de éste ciclo. Siguiendo a Habermas. 1986. pp. 46 y ss. Se distinguen dos facetas de la acumulación del capital: la acumulación del capital propiamente tal y la realización del mismo (capacidad de consumo de las masas). En cuanto a la acumulación del capital propiamente tal, los valores de cambio y uso (el capital y la riqueza social), sirven a la función de acumulación por medio del aumento de la plusvalía relativa. Esto es, a través de una disminución de los costos y un aumento del uso del capital mediante el progreso técnico. Pero a su vez en cada fase de la acumulación del capital, éste se modifica en detrimento del capital variable (parte del capital que asume la forma de valor de los medios de producción). Ello produce, siguiendo a Marx, una tendencia descendente en la cuota de ganancia y la disminución del proceso de acumulación. Esta contradicción se observa también en la realización del capital a medida que se desarrolla la acumulación y aumenta la plusvalía. Si bien se puede observar un aumento de la riqueza social potencial, el consumo potencial de las masas no aumenta en la medida en que los propietarios del capital no renuncian, en la misma proporción, a la plusvalía de la que se apropian. Por tanto, el proceso de acumulación se paraliza porque faltan las posibilidades de realización del capital o porque no se ha estimulado lo suficiente la inversión.

¹²⁴ OCHANDO CLARAMUNT, Carlos. “*La doble interpretación del Estado de Bienestar: ¿crisis financiera o política?*” en *Rev. Sistema*, N° 143. Madrid, 1998. pp.53-70.

¹²⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 1993. p.108.

¹²⁶ OCHANDO CLARAMUNT, C. 1998. p. 60. En igual opinión RODRÍGUEZ CABRERO, G. “*Crisis fiscal y Estado benefactor*” en *Papeles de Economía Española*, N°1. 1980.

¹²⁷ Por todos, POULANTZAS, HABERMAS y GARCÍA MÉNDEZ, obras citadas anteriormente.

¹²⁸ CASTELLS, M. *La teoría marxista de las crisis económicas y las transformaciones del capitalismo* Edit. Siglo XXI, México, 1971. p. 105.

cobra ahora una forma directamente política. Esta coyuntura particular, como escribe HABERMAS,¹²⁹ permite que la crisis actual se proyecte como crisis de legitimación. En virtud de que la crisis política se manifiesta como una crisis ideológica y que es al mismo tiempo un elemento constitutivo de la crisis política¹³⁰.

Esta crisis económica y política del Estado Social comenzó a manifestarse a partir de los años setenta y se caracteriza¹³¹: *Primero*, por el estancamiento del crecimiento económico, donde el Estado, al intervenir en la economía obstaculiza la recuperación económica, además, porque el gasto social disminuye. *Segundo*, por un aumento exacerbado en las tasas de desempleo de los países occidentales, especialmente España. *Tercero*, por una crisis fiscal pues los ingresos disminuyen mientras los gastos destinados a prestaciones sociales aumentan. *Cuarto*, por el recorte de partidas destinadas a financiar los servicios públicos; y *Quinto*, por la pérdida de credibilidad en el sistema social del Estado benefactor. Por lo tanto, se trata de una *crisis de acumulación*; es decir, por un lado, de reproducción de la fuerza de trabajo y por el otro, de una crisis de legitimación.

Hemos indicado que la crisis no afecta al sistema capitalista en su conjunto, sino que deriva del carácter asistencial del Estado. Por lo cual, puede afirmarse que el sistema capitalista tiene los recursos suficientes como para manejar la crisis administrativamente a largo plazo, aunque yerre en la utilización de estos recursos y contribuya a profundizarla. HABERMAS advertía esta situación a principios de la década de los setenta, indicando que "la tendencia hoy actuante, a la perturbación del crecimiento capitalista puede manejarse administrativamente y ser desplazada poco a poco al sistema socio cultural pasando por el sistema político". Y añade que "la contradicción propia de una producción que persigue fines particulares recupera inmediatamente una forma política, si bien no la de la lucha de clases política. Puesto que en el capitalismo tardío la política se desarrolla sobre la base de la crisis sistémica reelaborada y reprimida, se reafirman ciertos antagonismos con una conciencia de clase fragmentada y en coaliciones variables, que pueden modificar los términos del compromiso de clases. En relación con ello, las constelaciones de poder que se presentan de hecho serán las que decidan si la estructura de clases habrá de diluirse y si resultará afectada la contradicción intrínseca al principio de organización capitalista como tal, así como el grado en que ambos procesos podrán cumplirse".¹³²

Lo anterior, ya entrados al segundo milenio, continúa siendo válido. Los países cuyo sistema capitalista no devino en capitalismo tardío y se mantuvieron en el Estado asistencial, han manejado la crisis de manera inestable manteniendo el Estado Social aunque en desmedro de los sectores más empobrecidos de la estructura de clases sociales. En el caso de España parece discutible que se haya llegado a un Estado Asistencial, dada la carencia de una alta industrialización, en comparación con otros países occidentales, por ejemplo Alemania y el Welfare State. Posee una Constitución democrática que le ha permitido estructurar el poder público para servir con primacía a la función de acumulación del capital, interviniendo en el Estado mediante el gasto social, lo que la asemeja a los modelos clásicos de Estado de Bienestar. Pero ni siquiera se ha logrado una supresión total del capital como propiedad privada. Como advierte FERNÁNDEZ DURÁN¹³³: "El Estado español es verdaderamente modélico en lo que concierne a la aceptación de los dogmas básicos del capitalismo avanzado. Ha abrazado ordenadamente el modelo de democracia formal. Se ha alineado sin condiciones en las estructuras militares, económicas y políticas que garantizan la permanencia y expansión de este modelo".

¹²⁹ HABERMAS, J. 1976.

¹³⁰ POULANTZAS. 1978. p. 12

¹³¹ Seguimos en este punto la caracterización del Estado Asistencial que realiza MISHRA, R. *The Welfare State in crisis*. Harvester Press, Norfolk, 1984, pp. 1 a 26; y SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p.55.

¹³² HABERMAS, J. 1976. p. 58.

¹³³ FERNÁNDEZ DURÁN, Ramón. *La explosión del desorden. La metrópoli como espacio de la crisis global*. Edit. Fundamentos, Madrid, 1993, p.247.

La crisis del aparato productivo que advino con la transición democrática encontró su “salida” en los años 86-90, con la inserción definitiva de España en la economía mundial¹³⁴. Acorde con las tendencias a la descentralización y desconcentración del capital, se han desarrollado programas de privatizaciones de sectores claves de la Economía, tales como Transportes, Telecomunicaciones (p.ej. Telefónica) y medios de energía, (p.ej. Endesa), flexibilizándose así el mercado. “El Estado ha abierto sus puertas de par en par a la inversión multinacional, cuyas fuerzas constituyen hoy por hoy la máxima expresión de la economía de mercado realmente existente”¹³⁵. De ahí la tendencia a una creciente fusión de capitales pertenecientes a grandes empresas privadas (p.ej. Bco. Santander- Central Hispano), que conforma una política de monopolios, atingente a la globalización¹³⁶, pero que no alcanza todavía el nivel de los países del capitalismo industrializado. La industria española en su mayor parte continúa en manos de pequeños y medianos propietarios.

Hasta qué punto existe un estado de Bienestar, hasta que punto existe una contradicción real entre la socialización del capital y el régimen privado de apropiación, si existen circunstancias tendientes a favorecer cada vez más a éste último; lo que conlleva al desconocimiento de las tesis keynesianas que pretendieron teñir de social el carácter marcadamente liberal del Estado benefactor. Lo que sí se puede afirmar, es: *Primero*, el capital sirve a las clases dominantes que han logrado transformar su poder social en poder político y a su vez el poder político se transforma en poder económico. El capital no se ve afectado por las políticas que sigan los gobiernos de turno puesto que actúa como una fuerza independiente vetando las políticas contrarias a sus intereses. Ello se debe a que “las decisiones de los grandes grupos bancarios y monopolios, al incidir sobre la economía entera las convierte en actos políticos”.¹³⁷ Y al mismo tiempo ejercen presión sobre los líderes políticos para aceptar los designios de las élites estatales más próximas al poder económico. Como expone GARCÍA SANTESMASES: “las élites de administración por parentesco, por origen de clase o por convicción siempre secundan los intereses de la clase dominante”.¹³⁸

MILIBAND al afirmar la existencia de ésta clase dominante se pregunta, si constituye a la vez una clase imperante o gobernante: “ No se trata de saber si esta clase (dominante) está dotada de una medida considerable de poder y de influencia política. Nadie puede negar que la tiene; al menos no podemos tomar en serio a nadie que quiera negarlo: La cuestión es totalmente distinta, a saber, la de si esta clase dominante ejerce también un grado mucho mayor de poder y de influencia política que cualesquiera otra clase ; y si ejerce un grado decisivo de poder político; si su propiedad y control de campos fundamentales de la vida económica asegura también su control de los medios de la toma de decisiones políticas en el particular ambiente político de un capitalismo avanzado”.¹³⁹

Segundo, el pacto social entre el capital y el trabajo hizo que se perdiera el carácter revolucionario de las demandas obreras al proponer soluciones al interior del sistema. Basta con ver la estrategia política que siguen los Partidos Comunistas en Europa (especialmente tras caída del muro de Berlín, situación que se vislumbraba desde 1960), sobre la revisión de sus postulados doctrinarios con la intención de actualizarlos; motivo por el cual, muchos de ellos han renunciado a principios que hasta ahora aparecían como fundamentales en la teoría marxista. En parte tiene razón TAMAMES cuando escribe que: "la pauta real de los PC de Europa Occidental desde los años 60 es aceptar el juego democrático con todas sus consecuencias. El ejemplo de Europa Oriental, con su monopartidismo y su grave penuria de

¹³⁴ Ampliamente FERNÁNDEZ DURÁN, R. 1993, pp.183 y ss.

¹³⁵ FERNÁNDEZ DURÁN, R. 1993, p.247.

¹³⁶ Véase en este mismo capítulo, 5. *El proceso de globalización de la economía y las crisis de legitimidad democrática.*

¹³⁷ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. pp.78-79.

¹³⁸ GARCÍA – SANTESMASES. “*R. Miliband y el futuro del socialismo*” en *Rev. Sistema*, N°148. 1999. p. 97.

¹³⁹ MILIBAND, Ralph. *El Estado en la sociedad Capitalista* Edit. Siglo XXI, 1976. p. 49.

libertades políticas, a nadie le interesa seguirlo hoy en Occidente... Los PC de Europa occidental son también conscientes de la complejidad cada vez mayor de las sociedades en que están inmersos.¹⁴⁰

El caso de Chile y la experiencia fallida de la Unidad Popular ejerció también una fuerte influencia en la izquierda europea. Se trataba de buscar un camino alternativo al socialismo real y a la socialdemocracia. Como afirma GARCÍA SANTESMASES: “El eurocomunismo y el socialismo del Sur de Europa estaban pendientes de aquella experiencia e intentaban buscar un camino que permitiese garantizar el pluralismo político, las libertades cívicas, las instituciones de la democracia representativa pero que estuviese preparado para la batalla decisiva en contra de las fuerzas del capital”.¹⁴¹

Las transformaciones del modelo de producción y acumulación se traducen en la falta de unidad de los trabajadores en perjuicio de su poder de negociación como clase social, ya que no resulta del todo clara la identificación entre los intereses de los sindicatos y los intereses generales. El Estado de Bienestar contemporáneo es el resultado de un compromiso particular de clase. “La crisis económica y su impacto desigual por sectores -señala OCHANDO-, erosionan los mecanismos corporativos de negociación centralizada y hace difícil mantener el anterior compromiso basado en la clase”.¹⁴²

En suma, la valorización del capital y la estabilización social llevadas a cabo por el Estado se han ido adecuando al capitalismo, aspecto que se ha concretado en una creciente burocracia para hacer prevalecer el interés de clase (sectores capitalistas), sobre la función legitimadora que debe cumplir, lo que le ha costado una pérdida de credibilidad por su manera de llevar adelante formas mixtas de economía.

Conectando con el análisis realizado, cabe afirmar que el Estado Social en cuanto proceso histórico, se ha caracterizado por una dualidad contradictoria: la socialización del Estado y la estatalización de la sociedad¹⁴³. La sociedad y el Estado se encuentran en una estrecha interconexión, no siendo posible definir claramente los límites entre lo público y lo privado. La reorganización del Poder público fue impulsada por el proceso de concentración y centralización del capital (capitalismo monopolístico) y el consenso, en cuanto requisito de legitimación, vino a sustituir la idea de contrato social rousseauniano. De esta forma se advierte como requisito genérico de legitimación del Estado social, la participación en los valores del sistema. Siguiendo a OFFE,¹⁴⁴ la legitimación pasa primero por la participación universal en la formación de la voluntad política, y segundo, por la posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clases, las prestaciones y servicios, así como sus intervenciones reguladoras.

La legitimación entonces pone al Estado ante la necesidad de democratizar la sociedad y de actuar con criterios de eficacia propios de la empresa privada.¹⁴⁵ Y ello porque el Estado como defensor del sistema capitalista, económicamente beneficia sólo a una minoría que a su vez ejerce el poder político y en pro de la defensa de sus intereses como clase económicamente dominante. A través de la teoría del consenso el Estado ha pretendido legitimar su intervención y planificación, pero solo demuestra su incapacidad política para solucionar una crisis, donde la conflictividad social es cada vez mayor debido a la estructuración de clases de la sociedad. El Estado Social no cuenta con el excedente económico necesario para seguir garantizando el goce de sus prestaciones por parte de los ciudadanos. SERRANO PIEDECASAS advirtió que "la

¹⁴⁰TAMAMES, Ramón. *"Algunas cuestiones claves para el futuro político de España"* Edit. Cuadernos para el Diálogo. Colecc. Los Suplementos. Madrid, 1974. p.99.

¹⁴¹ GARCÍA SANTESMASES. 1999. p.99.

¹⁴² OCHANDO CLARAMUNT. 1998, p. 61. En el mismo sentido SCHMITTER, Ph.C. *"Five reflections on the future of the Welfare State"* en *Politics and Society*, N° 16 (4). 1988. p.508.

¹⁴³ HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Edit. Gustavo Gili, Barcelona, 1981, p. 173. SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.61.

¹⁴⁴ OFFE. 1977 p. 130 y ss.

¹⁴⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p. 62

transformación y la desaparición del Estado Social como requisito ineludible para la superación de la crisis en el ámbito económico y social, conlleva a la transformación del Estado democrático, entendiendo por tal el Estado que sale como garante en el usufructo ciudadano de derecho y libertades fundamentales. Comienza a abrirse paso la tesis de si la compatibilidad entre democracia y capitalismo es solo coyuntural. Si la voluntad democrática del Estado Social depende del incremento de sus indicadores económicos".¹⁴⁶

En toda sociedad que mantiene la estructura de clases, la democracia está supeditada al capital, y si teóricamente es posible la aplicación de un sistema democrático, éste sirve a los intereses de la clase dominante. Como expone GALBRAITH en su idea de riqueza privada en contraposición a pobreza pública; los modelos de prioridades resultan de una estructura de clases que de algún modo se mantiene latente, ella es en última instancia la causa del déficit de legitimación.¹⁴⁷ El mantenimiento de la democracia formal deviene hacia el autoritarismo en el Estado de bienestar, en el que se reduce la participación política y aumentan los mecanismos de control social. Por lo tanto, creemos que la crisis no puede resolverse acudiendo a una adecuación o acomodamiento del principio organizativo que se rige en la sociedad, sino que tiende a traspolarse y volverse endémica. La lealtad de las masas (si seguimos el concepto de crisis política in put a que se refiere HABERMAS¹⁴⁸), se torna inferior a la necesaria para legitimar el sistema conforme a los imperativos de autogobierno tomados del sistema económico.

La crisis de legitimidad, es por otra parte, una crisis de identidad, que no amenaza la integración sistémica. Se origina en un cuestionamiento de la estructura de lo público y por tanto, de la democracia formal como forma de aseguramiento del modo de disposición privada de los medios de producción, cuestionamiento que surge del propio cumplimiento de las tareas de planificación del Estado. Por último, en la base de la crisis de legitimación se encuentra una crisis de motivación, una discrepancia entre la carencia de motivos experimentada por el Estado y los sistemas de formación y de profesiones y la oferta de motivación generada por el sistema sociocultural.¹⁴⁹

3.b.3. Alcances políticos y jurídicos de la crisis de legitimación. El Estado de Derecho.

a. Concepto.

La evolución del Estado de Derecho se ha caracterizado por la convergencia en su concepto de diversas corrientes ideológicas opuestas que van desde el modelo liberal clásico hasta el modelo neocapitalista del Estado de Bienestar (Estado Social de Derecho) cuya última meta es la del Estado Democrático de Derecho. A grosso modo, un Estado Socialista que proporcione las garantías legales y sustanciales de libertad, sin olvidar el paso en algunas ocasiones por las tendencias autoritarias. Pese a las objeciones de Kelsen de construir un modelo de Estado depurado de cualquier consideración social y política, y a la idea de Cammarata,¹⁵⁰ de considerar el Estado de Derecho con un carácter netamente político, depurado de cualquier consideración filosófica, lo cierto es que en el Estado de Derecho hay una confluencia de elementos políticos, sociales, axiológicos y jurídicos difícilmente separables entre sí. De allí que sea una construcción que vino a articular las relaciones antagónicas entre la libertad y la ley, y a regular el conflicto entre el Estado y la sociedad. Estas relaciones antagónicas sólo han podido ser superadas concibiendo la ley como voluntad general, encaminada a garantizar los derechos fundamentales de los individuos¹⁵¹, en cuanto principio

¹⁴⁶ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p. 63

¹⁴⁷ Véase H.P. WIDMAIER. "*Machtstrukturen im Wohlfahrtsstaat*" 1973. Cit. por Habermas. 1986. p. 94, nota 65.

¹⁴⁸ HABERMAS, J. 1986. pp. 64 y ss.

¹⁴⁹ Sobre esto, véase HABERMAS, J. 1986. pp. 96-116.

¹⁵⁰ CAMMARATTA, Angelo. "*Contributo a una crítica gnoseologica della giurisprudenza*" en *Formalismo e sapere giuridico*. Milán, 1963. Cit. por BARATA, A. 1977. p.14, nota 17.

¹⁵¹ PÉREZ LUÑO. 1995. p. 212

rector de los modernos Estados. No obstante, en la realidad esta prescripción teórica ha contravenido *este mito*. Incluso en las ideologías autoritarias, fascismo y nacionalsocialismo ha llegado a negar sus propios principios fundamentales.¹⁵²

A pesar de las divergencias a la hora de concebir el estado de Derecho, fruto de las condiciones políticas y sociales en las que éste se inserte, permanece como núcleo común la idea de autolimitación del Estado por medio del Derecho: la ley, como garantía de los derechos fundamentales, y la división de poderes, como autocontrol del poder. Es el reencuentro entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado. Las diferencias surgen a raíz de la disparidad existente en torno al fundamento de la autoridad del Derecho, cristalizado en el concepto de soberanía presente en el liberalismo clásico y su relación con la ley¹⁵³.

De todas formas la divergencia en cuanto al fundamento de autoridad del Derecho no han sido óbice para un proceso de continua *desmitificación* de la ley como garantía básica del Estado de Derecho, y ello por la propia crisis de la ley y del principio de legalidad. MAIORANA,¹⁵⁴ sostiene que “la principal exigencia del Estado jurídico, que reúne y comprende todas las restantes, es la de reconocer, tutelar y garantizar los derechos individuales”. Lo cierto es que la crisis en la que se ha visto envuelto el positivismo legal (crisis de la ley y del principio de legalidad), desde hace más de dos décadas ha contribuido a la inestabilidad del Estado de Derecho. Razón tuvo BARATTA cuando en 1977 advertía sobre esta situación.

Desde aquella época, se asistía a un proceso por obra del cual, los derechos fundamentales se iban vinculando (al ir perdiendo la ley y las fuentes jerárquicamente inferiores del derecho positivo la capacidad de garantizar su certeza y estabilidad), a las fuentes superiores del ordenamiento del Estado: a las normas constitucionales, a los principios constitucionales, a los principios generales del Derecho (no solo en la medida en que estos eran acogidos por la Constitución, sino también en cuanto presupuestos de ella), y por último, al Derecho natural y a la justicia material. Por tanto, la conciencia adquirida de la insuficiencia del Derecho positivo del Estado para garantizar los derechos de libertad, torna más evidente la independencia de los valores de certeza y justicia.¹⁵⁵

El proceso de desmitificación de la ley, presente en las democracias occidentales ha llevado a la asunción de formas autoritarias en la acción del Estado. Consecuencia paradigmática es la desfiguración del sistema procesal y judicial: la excepcionalidad jurídica

¹⁵² La diversidad en la concepción del Estado de Derecho se encuentra en el origen mismo de este modelo. En su evolución corren paralelas una *historia interna*, propia del desarrollo jurídico político en Alemania, y una *historia externa* genéricamente europea. La historia interna del mismo se corresponde con el fundamento ideológico germánico de la restauración, idea que nace como consecuencia del pacto entre las tendencias liberales y conservadoras que, posteriormente a la fracasada revolución de 1848, forma el sustrato ideológico de Bismarck. Esta idea germana se exporta hacia el resto de Europa (historia externa), desconociendo las diferentes realidades políticas al interior del continente. Se aplica así como dogma axiológico desprovisto de cualquier consideración social y política local, tal como en su tiempo se “exportaran” en bloque las ideas del modelo socialista soviético a una realidad tan divergente como es la latinoamericana. De allí que se diga que el Estado de Derecho es una especie de mito, o más bien, “la variante jurídica y principal del mito del Estado Moderno”. BARATTA, Alessandro. “*El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*” en *Rev. Sistema*, N° 17-18. 1977. p.15.

¹⁵³ Mientras la ideología alemana se fundamenta en el liberalismo germánico que hace prevalecer el elemento jurídico por sobre el político (De ahí la concepción del *Rechtsstaat* en cuanto Estado civil o jurídico) y hace por tanto radicar la soberanía en el Estado; las ideologías iluministas francesas del Estado acuñan la idea de soberanía popular por medio de la ley (la separación de poderes constituiría así una técnica de organización del Estado que permite asegurar la primacía del poder legislativo, en cuanto expresión de la voluntad popular) En la ideología alemana del Estado de Derecho el principio de la división de poderes se transforma de un instrumento político para asegurar la supremacía de la ley en un artificio jurídico para limitarla, lo que no ocurre en las ideologías iluministas francesas. (BARATTA. 1977. p. 18) Por otra parte la idea del *Rule of Law* inglesa hace radicar la soberanía en la Cámara y la Corona conjuntamente debe regular su actuación conforme al Derecho Consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial.

¹⁵⁴ MAIORANA, A. *Il Sistema dello Stato Giuridico*. Roma, 1889, p.103. Cfr. BARATTA. 1977. p. 20.

¹⁵⁵ BARATTA, A. 1977. p. 20

para el tratamiento de determinadas formas de criminalidad, la suspensión de derechos fundamentales, entre otros ejemplos. De ahí que sostengamos que el terrorismo es consecuencia y no causa de los conflictos sociales, y más aún, es uno de los resultados *predecibles* de la crisis que presentan los sistemas capitalistas (capitalismo maduro y neoliberales de Estado de Bienestar). Ello porque justifican el autoritarismo al que han llegado violentando el Estado de Derecho (amplitud y falta de claridad en la tipificación penal, suspensión, limitación o eliminación de libertades fundamentales, mayores facultades a la Policía), con base en la llamada *lucha contra el terrorismo*, objetivo que sirve más a la represión de la disidencia política y al apaciguamiento de los movimientos sociales. Se trata de un círculo que en nada beneficia al sujeto social: *el terrorismo nutre al autoritarismo y el autoritarismo da fundamento al terrorismo*.

b. El Estado Social y Democrático de Derecho: Un modelo en crisis.

Hemos visto que las formas de organización jurídica presentes en la historia del Estado moderno progresivamente se han ido matizando con un carácter marcadamente ideológico al Estado de Derecho. Es por tanto, un principio que está condicionado por la variabilidad de la política y su relación con el Derecho, donde el principio democrático ha sido el rector en el contenido político de la ley como fuente primaria del derecho. Asimismo se ha requerido el establecimiento de un principio de justicia administrativa y constitucional que permita un control de la actividad jurídica de los poderes públicos. El concepto de Estado de Derecho lleva implícito un contenido político y valorativo que se plasma en su articulación jurídica.

Recordemos la distinción que hace la ciencia jurídica actual entre Estado formal y Estado material de Derecho.¹⁵⁶ El *Estado formal de Derecho* se refiere a la “forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la Constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos”. Estos mecanismos se originan en la estructuración de los postulados liberales por la técnica jurídica (como por ejemplo, el principio de la legalidad, de la reserva legal, etc.). En cambio, el *Estado material de Derecho*, se refiere “al contenido de la relación Estado - ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia, no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico - políticos vigentes en una época”. Estas dos dimensiones o momentos del Estado de Derecho son compatibles entre sí, puesto que “los componentes formales son los mecanismos para actualizar los valores jurídico políticos que inspiran al Estado y que racionalizan la acción de éste, a la vez que los valores jurídicos necesitan ser actualizados a través de los mencionados mecanismos” En otros términos, el mecanismo formal de control de la acción del Estado debe sustentarse a la vez en un criterio material de justicia e igualdad, lo que descarta la posibilidad que pueda servir para justificar cualquier tipo de acción por parte del Estado.

Una primera característica de esta construcción jurídica radica en su naturaleza abierta a los cambios político jurídicos que se presentan en el devenir histórico de cada forma que asume el Estado. Su esencia radica en la vinculación por una parte con “el principio elemental de la noción de derecho, que debe estar vinculado a una concepción práctica y liberal de la Constitución”,¹⁵⁷ de lo contrario entraría en crisis; y por otra parte, con el *principio democrático* como elemento político necesario. Asimismo se caracteriza por la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, consagración del principio de separación de poderes, y la sujeción de toda acción del Estado a la Constitución, concebida ésta como norma superior a la cual debe ajustarse el resto del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁶ En este punto nos basamos en la plasmación que de ésta diferencia hace GARCÍA PELAYO. Véase CASCAJO CASTRO, José Luis. “*La voz Estado social y democrático de derecho: materiales para un léxico constitucional español*” en *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales(CEC)*, N°12. Madrid, 1992, pp.9-10.

¹⁵⁷ CASCAJO CASTRO, J.L. 1992. p.10

Pero, ¿cuál es el peligro intrínseco del Estado de Derecho?. Volvemos a la distinción de GARCÍA PELAYO. Si la referencia al Estado de Derecho se hace solo en relación a las formas que éste asume, es decir, si lo transformamos en un puro principio organizativo, al cual tienen que subordinarse quienes están sometidos al ordenamiento jurídico impuesto por quienes detentan el poder, entonces, se produce una antítesis con su contenido material. En otras palabras, el principio democrático que lo inspira, nada tiene que ver con su carácter social y responde más bien a las características propias del Estado liberal burgués. Es el sentido que CASCAJO CASTRO¹⁵⁸ deduce del art. 1 de la Constitución Española, esto es, la compatibilidad de los principios del Estado Social de Derecho con las garantías jurídico formales propias del Estado liberal. El principio del Estado Social y Democrático de Derecho sería un principio constitutivo de la democracia constitucional española. Esto a diferencia del caso chileno en que este principio de Estado Social no se contempla, dada la forma de Estado de *república democrática*. El Estado de Derecho en Chile, es concebido como una sujeción a las normas constitucionales (arts. 6 y 7 de la CPCH), cuyo control y supervigilancia está a cargo de un órgano estatal señalado por la misma Constitución (Tribunal Constitucional)¹⁵⁹; en este sentido el principio de supremacía constitucional se aplica al igual que en el caso español.

El Estado de Derecho como concepto diferenciador, surge en España con la llamada transición política a la democracia¹⁶⁰ y se concreta bajo la fórmula de *Estado social y democrático de Derecho* en el art. 1.1. de la CE. Se ofrece así una visión sintética del Estado, resultado del enlace entre los principios del Estado Liberal con los del Estado Social, cuya pretensión es la superación de ambos para lograr otro estadio, la democracia. A decir de MIR PUIG: "es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado Social".¹⁶¹ Del modelo liberal recoge la idea de Estado de Derecho, y del modelo de Estado Social recoge precisamente ésta última.

La doctrina ha insistido en interpretar el Estado Democrático de Derecho como una síntesis de democracia y socialismo¹⁶² que adquiere los caracteres de un Estado Socialista de Derecho en cuanto "fase superior superadora del Estado Social (neocapitalista) de Derecho, y es ésta la interpretación que ha pretendido dársele como principio rector consagrado en la Constitución. Como acierta CASCAJO CASTRO, ésto no pasa de ser una respetable postura académica, máxime cuando por regla general la discusión se extrapola hacia críticas para con la

¹⁵⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. 1992. p.11

¹⁵⁹ Consagrados en el Capítulo I, intitulado *Bases de la Institucionalidad*, los arts. 6 y 7 de la **CPRCH** señalan: **Art. 6.** "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas (inc.1). Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo (inc. 2).La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley (inc.3)". **Art. 7.** "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (inc.1). Ninguna magistratura, persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (inc.2).Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale (inc.3)". La supervigilancia y control de la constitucionalidad de las leyes y actos de la administración está a cargo del Tribunal Constitucional, cuya composición, objetivos y funcionamiento se regulan en el Capítulo VII de la CPCH, arts. 81 a 83, y en la Ley N°17.997 de 19 mayo de 1981, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Sobre el control de constitucionalidad en Chile, véase: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "*El sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno*" en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (en conmemoración de los 506 años del pensador florentino Donato Gianotti) Vol. II, Santa Fé de Bogotá, 15-17 abril de 1998, Universidad externado de Colombia. Septiembre de 1998. La *Constitución española* por su parte indica en el **Art. 1º.** "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

¹⁶⁰ Durante el franquismo el Estado de Derecho no pasó de ser más que una elaboración teórica desde donde se trató de conseguir un control al poder inmune del General Franco, a través de la "adecuación" (y no "transformación") de la Administración Pública. Es evidente que no podía pretenderse concebir un Estado de derecho faltando el principio político más elemental cual es la democracia.

¹⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*" Edit. Ariel, Barcelona, 1994. p. 31.

¹⁶² CASCAJO CASTRO, J.L. 1992, p. 13

derecha reaccionaria y con el izquierdismo ácrata. Lo que no puede sostenerse es que éste sea el único criterio para interpretar la norma constitucional que la contiene. ¿Realmente existe una voluntad de la Constitución de transitar de un modo de producción capitalista a un sistema socioeconómico socialista? Más bien creemos que sirve para ilustrar el carácter contradictorio de la fórmula que a través de la historia se ha configurado acentuando las características propias de un Estado burgués, o de un autoritarismo sin que se hubiese podido llegar realmente a una verdadera convergencia entre los conceptos contradictorios que intenta acuñar.¹⁶³ Creemos no obstante, y más allá de las divagaciones doctrinarias, que la citada fórmula ha de analizarse mediante un desglose de sus componentes sin dejar de reconocer su carácter unitario y en relación con la Constitución.

Los preceptos constitucionales son los rectores del ordenamiento jurídico, a ellos deben adecuarse el resto de las normas, especialmente cuando se trata de restringir derechos y libertades públicas como ocurre en el caso de las legislaciones antiterroristas. El Estado Social y Democrático de Derecho forma parte de esa normativa constitucional (art.1.1 CE), revistiendo entre estas normas constitucionales, un carácter de preeminencia¹⁶⁴. Por lo tanto, "Estado Social y Democrático de Derecho" es la fórmula rectora y el principio ordenador del resto del ordenamiento jurídico. A decir de GARCÍA PELAYO¹⁶⁵, es una totalidad que se compone de tres elementos que se encuentran en una interrelación estrecha: a) el objetivo social, b) la concepción ascendente o democrática del poder y c) la sumisión de ambos a la disciplina del derecho.

En la idea de Estado de Derecho, herencia del modelo liberal subyace la concepción de Estado gobernado por el Derecho. El ordenamiento jurídico dimana de la voluntad general del pueblo en el que radica la soberanía nacional (art. 1.2 de la CE española, art. 5 CE chilena) y esta voluntad es manifestada a través de sus representantes¹⁶⁶. Así se establece la sujeción por parte de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) y que garantizan los principios que configuran el Estado de Derecho; a saber: el principio de legalidad, jerarquía normativa, etc. El Estado de Derecho como concepción responde a la idea de defensa de la sociedad frente al Estado, lo que consigue a través de la *división de poderes y el principio de legalidad*. Se caracteriza por el establecimiento de un sistema de derechos fundamentales y garantías formales que los poderes públicos han de respetar. Esa idea es sin duda la fundamental, la sumisión de los órganos constitucionales y en general de los poderes públicos a una jurisdicción constitucional con lo cual el Estado español no es solamente un Estado legal de derecho, sino también y esencialmente un *Estado constitucional de derecho*, "no es solamente el Estado de la Administración bien ordenada, sino el Estado de la acción política constitucionalmente ordenada".¹⁶⁷ Esta tendencia es la que se ha venido configurando durante el presente siglo en la historia constitucional de los principales Estados europeos y extraeuropeos, tendencia que PALAZZO ha simbolizado en la fórmula "Del

¹⁶³ Santiago MIR, siguiendo la doctrina mayoritaria, opina que si bien el Estado liberal y social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis, no debe dejar de reconocerse que el tránsito del Estado liberal al intervencionista supuso un distanciamiento de las garantías liberales, que "acaban viéndose como prejuicios burgueses" puramente formales, frente a los cuales no tiene porqué retroceder la acción del Estado. Con ello se llegó a los totalitarismos que tiñeron el escenario político entre guerras mundiales. Esto no significa, a su juicio, que Estado Social y liberal no puedan converger en una síntesis. MIR PUIG, S. 1994. p. 33.

¹⁶⁴ Como expone GARCÍA PELAYO, tal precepto "forma parte de un conjunto de normas (en total 34 artículos) cuya plusvalía sobre los demás preceptos constitucionales se muestra en que su reforma es equiparable a una revisión total de la Constitución", y añade " forma parte de lo que la doctrina ha denominado normas fundamentales del Estado, definidas por MAUNZ como declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la Constitución y, por tanto, sobre sus principios estructurales y funcionales". GARCÍA PELAYO, Manuel. "*El Estado Social y democrático de derecho*" inédito. p.1

¹⁶⁵ GARCÍA PELAYO, inédito, p.2.

¹⁶⁶ Esta idea es la contraposición a la que subyace en el Estado absoluto en el cual el derecho dimana de uno o varios hombres. Véase por ejemplo MIR Puig, S. 1994. p.32. DÍAZ, E. "*Estado de derecho y sociedad democrática*" Madrid, 1975, p.13.

¹⁶⁷ GARCÍA PELAYO, M. inédito. p.3.

Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho",¹⁶⁸ como expresión del tránsito de una garantía fundamental pero "formal" (constituciones liberales-democráticas) a una garantía "material" o de "contenido", significado éste primordial del principio de legalidad constitucional.

La idea de limitación de la acción del Estado, propia del modelo de Estado liberal queda contrarrestada por el postulado de Estado Social. En éste la acción del Estado se transforma en motor activo de la vida social¹⁶⁹, transformando las efectivas relaciones sociales en lugar de limitarse a asegurar las garantías jurídico formales del modelo liberal. Se convierte entonces en un Estado intervencionista¹⁷⁰, cuya esencia radica en que el Estado asume una función que incide en la transformación de las relaciones sociales. Aspecto que es discutible es si en la realidad esta función se pone al servicio de todos y cada uno de los ciudadanos o de una minoría. Al menos teóricamente la función se dirige hacia todos. El Estado de Derecho en este aspecto cumple también a función de limitar a su vez que el Estado Social devenga en un intervencionismo de corte autoritario.

El tercer componente de la fórmula que se analiza es el *postulado democrático*. La convergencia¹⁷¹ del Estado Social y Liberal implica no solo un intento de someter la acción del Estado Interventor a los límites formales del Estado de Derecho, sino que también debe tender hacia una democracia "real"¹⁷². Este postulado democrático integra un conjunto de normas constitucionales de las cuales las más relevantes son el pluralismo democrático y la soberanía nacional, el acceso igualitario a cargos públicos, el reconocimiento constitucional de los partidos políticos, sindicatos, etc.¹⁷³. En suma, la participación real de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas¹⁷⁴.

Solo mediante el postulado democrático se consigue, de acuerdo al planteamiento doctrinal mayoritario, conseguir el equilibrio necesario entre el Estado Social y el Estado de Derecho. Un Estado Social y Democrático deber crear condiciones sociales reales que satisfagan las necesidades de toda la población¹⁷⁵, las que a su vez deben ser garantizadas mediante un control realizado desde los postulados del Estado de Derecho. En otras palabras y como expone Santiago MIR¹⁷⁶, "El carácter democrático del Estado aparece vinculado a la síntesis del Estado Social y del Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad real - oponiéndose a que el Estado social dirija solo su intervención en beneficio de ciertos grupos-

¹⁶⁸ PALAZZO, Francesco. "*Estado constitucional de derecho y derecho penal. (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994)*" en *Rev. Penal*, N°2. Julio de 1998. Edit. Praxis, en colaboración con las universidades de Huelva, Salamanca, Castilla- La Mancha, Barcelona. pp. 49-60

¹⁶⁹ DÍAZ, E. "*Estado de derecho y sociedad democrática*" Madrid, 1975. p. 97.

¹⁷⁰ Ahora los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones para el ejercicio real y efectivo de los derechos de los ciudadanos y de los grupos con independencia de su situación social (art. 1.1. en relación con art. 5 de la CE); la producción y riqueza se subordinan al interés general (art. 1.1. en relación con el art. 33 CE); se desarrolla un sistema de prestaciones sociales a las que el Estado se obliga constitucionalmente (Cap.III Título II de la CE). GARCÍA PELAYO, M. inédito. p.4-6

¹⁷¹ Utilizamos el término *convergencia* y no *síntesis*, ya que creemos que ésta última existe solo en la voluntad doctrinaria, dejando de manifiesto la contradicción existente entre lo que se ha concebido teóricamente como Estado Social de derecho y lo que ha sido en la realidad.

¹⁷² DÍAZ, E. "*El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas*" en *Legalidad-legitimidad en el Socialismo democrático*. Edit. Civitas, Madrid, 1978. pp.149-217. El autor destaca la idea de Estado Democrático en cuanto una fase superior en la evolución del Estado, que va mas allá de las concepciones de Estado liberal y Estado social.

¹⁷³ GARCÍA PELAYO, M. inédita, p.3, 6 y 7.

¹⁷⁴ GARCÍA PELAYO señala en este último sentido que la democracia del Estado español es de *naturaleza representativa*, pero reconoce algunas formas de *democracia directa* como la *iniciativa legislativa popular*, el referéndum para decisiones políticas de especial trascendencia, así como para la elaboración y aprobación de los estatutos de Autonomía y para la reforma constitucional. Asimismo la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales en cuanto a intereses sectoriales o particularizados. GARCÍA PELAYO, inédito, p. 3.

¹⁷⁵ En la Constitución española esta idea se encuentra consagrada en el art. 9º y 2º.

¹⁷⁶ MIR PUIG, S. 1994. p.33-34.

como formal. cerrando el paso a la posibilidad de un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo- para los ciudadanos". En el mismo sentido GARCÍA PELAYO indica que ninguno de los tres elementos de la fórmula Estado Social y democrático de derecho puede sobrevivir sin una interacción mutua. El Estado de derecho se dota de un amplio contenido democrático y social y no solo sirve para garantizar libertades formales. "La vinculación del principio democrático con el social y el de derecho implica: *a)* la cancelación de la oposición entre democracia formal y democracia social, *b)* la cancelación del viejo antagonismo entre el liberalismo y la democracia, *c)* que las decisiones de la mayoría no están sobre el Derecho sino bajo el derecho, *d)* que las decisiones tomadas por la mayoría parlamentaria no son *eo ipso* justas ni constitucionales"¹⁷⁷.

Pese a las buenas intenciones de los teóricos del Estado Social y Democrático de Derecho, se observan ciertas tendencias al interior del mismo que desfiguran su carácter social y democrático. Ya nos hemos referido extensamente a la crisis de legitimación del Estado de bienestar, de manera tal que nos referiremos solo a los principales aspectos que desvirtúan la intención de aunar en un modelo tres conceptos totalmente distintos, y su repercusión en el ámbito político, jurídico y en los derechos fundamentales.

b.1. Consecuencias a nivel social y político: La desvirtuación de los postulados social y democrático del Estado de Derecho.

La forma político representativa de carácter burgués que ha asumido el Estado ha llevado a que la fase social "se convierta en instrumento de tutela, de organización y de control de la fuerza de trabajo y al mismo tiempo en elemento de regulación interna del proceso de acumulación capitalista"¹⁷⁸ y el Estado político adquiere una faz anexa, Estado capitalista y Estado Social, asistencial y corporativo. Se subordina al proceso de acumulación capitalista desde que se le desplaza hacia la contradicción capital-trabajo, y ello trae como consecuencia su autonomía respecto de su base social general"¹⁷⁹. Al subordinarse a este proceso de acumulación capitalista, el Estado ha debido sacrificar su función simbólica de legitimación, y por tanto se ha visto constantemente enfrentado a procesos de crisis político social de legitimación. Ya no puede, como antes, dar a los intereses monopolísticos el carácter de generalidad y necesidad¹⁸⁰.

A nivel político la crisis se manifiesta en el *fortalecimiento del poder ejecutivo en detrimento del legislativo*. El ejecutivo se convierte en el actor principal de la elaboración y ejecución de las decisiones políticas¹⁸¹, precisando de una mayor discrecionalidad para realizar sus actuaciones. La formación de la voluntad política es manejada entonces por el Ejecutivo, y ello es particularmente notorio si consideramos que en sus manos se encuentra la mayor parte de las iniciativas de ley. Sin perjuicio de ello se le da por ejemplo, en España una cuota de participación mínima a los Estados autonómicos en este ámbito. Pero las decisiones fundamentales, insistimos, las toma el Ejecutivo sin la participación directa del Legislativo. Entonces, el parlamento deja de ser el órgano decisorio principal, pierde su carácter representativo, y la voluntad general se ve prácticamente reemplazada por la voluntad de los sectores privilegiados quienes determinan las políticas a seguir: la administración del Estado, las cúpulas dirigentes de los grandes partidos de masas y las direcciones de las asociaciones patronales o sindicales¹⁸².

SCHUMPETER acierta: "...La democracia no significa ni puede significar que el pueblo gobierna efectivamente en ninguno de los sentidos evidentes de las expresiones pueblo y

¹⁷⁷ GARCÍA PELAYO, M. inédito, pp.7-8; CASCAJO CASTRO, J.L. 1992. p.14-15.

¹⁷⁸ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. pp.71-73.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, L. 1983, p.25

¹⁸⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 1993. 108-109

¹⁸¹ FERRAJOLI, L. 1980. 27-30

¹⁸² SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988 p.80

governar. La democracia significa tan sólo que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar los hombres que han de gobernarle. Pero como el pueblo puede decidir esto también por medios no democráticos en absoluto, hemos tenido que estrechar nuestra definición añadiendo otro criterio diferenciador del método democrático, a saber: la libre competencia entre los pretendientes al caudillaje por el voto electorado. Ahora puede expresarse un aspecto de este criterio diciendo que la democracia es el gobierno del político".¹⁸³

El crecimiento de la Administración pública del Estado Social va poco a poco condicionando a la burocracia el acceso de los ciudadanos a los centros de la administración, y entonces "la Administración se constituye en un factor antidemocrático"¹⁸⁴. Ello sumado al hecho de que la administración tiene facultades para dar autorizaciones al gobierno por vía dispositiva lo que convierte a la administración estatal en simple administración sin autorización legal alguna, pese a las restricciones impuestas por las normas generales parlamentarias a las disposiciones ejecutivas que las desarrollan.

Luego, toda la producción legislativa que pasa por las manos del Parlamento ante los ciudadanos es válida, pero *su validez es "formal"* porque nace del complejo proceso burocrático que está a cargo de la administración. Se ha producido una disociación entre las instituciones democrático parlamentarias y los aparatos burocrático administrativos. El parlamento ejerce una función simbólica y la burocracia prevaleciendo de sus funciones reales de tipo económico y social, protege los procesos de acumulación capitalista y de gestión de la reproducción social. Para ello se ayuda de la pérdida de poderes decisionales y de la función de control que históricamente ha asumido el parlamento. Para la administración es mucho más fácil eludir el control. Como señala FERRAJOLI en una acertada apreciación: "El poder burocrático es por su naturaleza el más incontrolado y el más políticamente incontrolable"¹⁸⁵. Está cubierto, como expone CASSESE por una especie de "inmunidad política"¹⁸⁶ que le da pie para escapar al control y al debate político. El ciudadano común ya no comprende este proceso, y se conforma con esta validez formal que presenta.

Y esa profusa burocratización "sirve al tipo de prestaciones que exige el desarrollo del capital".¹⁸⁷ EL Estado de derecho se transforma entonces en un Estado cuyo carácter es de naturaleza burocrática y autónoma. Esto lo expresa FERRAJOLI al indicar que por una parte el principio de separación de poderes y la primacía del poder legislativo, como se ha dicho, son desplazados por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y su Administración autónoma, lo que trae como consecuencia una desvirtuación del principio de legalidad. Por otra parte, el secreto en las actividades del Estado rompe con la publicidad de sus actos, y la complejidad de los órganos de la administración impide que sean controlados por los mecanismos democráticos.

Se habla entonces de una tendencia al autoritarismo, ya que cada vez más se desajustan las instancias jurídicas y políticas como consecuencia del "proceso creciente de autonomía del Estado en relación con la sociedad civil",¹⁸⁸ pero los mecanismos formales de la democracia representativa se mantienen intactos, así como el consenso que los legitima. *El postulado democrático que integra el modelo analizado tambalea pues ya no se trata de canales de participación reales sino formales.* Puede hablarse con propiedad de una *crisis de legitimación*, se rompe con la idea de una sociedad participativa y justa.

¹⁸³ SCHUMPETER, J.A.. *Capitalismo, socialismo y democracia* Edit. Folio, Barcelona, 1982. p.362.

¹⁸⁴ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. pp. 80-81

¹⁸⁵ FERRAJOLI, L. 1983. p.42.

¹⁸⁶ CASSESE, S. "*L'immunità della burocrazia*" en *Politica dil diritto*, N°2. 1971. p. 186. *Cit por* FERRAJOLI, L. 1983. p.42.

¹⁸⁷ FERRAJOLI tiene razón cuando dice: "Estas prestaciones (las que exige el desarrollo del capital) pueden ser identificadas, mas que en las tradicionales de orden público general y más propiamente políticas, en las prestaciones económicas de valorización global del capital y en las sociales de estabilización y de integración de la fuerza de trabajo". FERRAJOLI, L. 1983. 43.

¹⁸⁸ SERRANO PIEDECASAS, J. R. 1988. p.73.

Para paliar los efectos de esta crisis creemos que se hace necesario rescatar el principio de *soberanía popular* como fundamentador del derecho, la idea rousseauiana de *pueblo soberano*, única forma de dar respuesta al problema de la legitimación política en el plano material y formal. De esta manera se logra concebir la participación política de los ciudadanos como principio fundamentador de la legitimación constitucional y a la vez limitar el poder del Estado. Como expresa acertadamente PÉREZ LUÑO: "La actuación normativa del principio de soberanía popular es una condición para la democratización efectiva de los distintos procesos e instituciones del orden estatal".¹⁸⁹ La soberanía popular es la única forma de garantizar que las actuaciones de los órganos del Estado en el ejercicio del poder se realicen previa legitimación popular y en beneficio de los intereses del pueblo.

b.1.a. La soberanía popular como criterio legitimador del principio democrático.

Recurrir a la soberanía popular como criterio de legitimación política del poder democrático tanto en su aspecto material como formal¹⁹⁰, implica que se convierta en una respuesta que desde el ordenamiento jurídico nazca, tanto para garantizar el derecho a la participación política de los ciudadanos y los derechos fundamentales, como para racionalizar el proceso político y limitar el poder del Estado. La soberanía popular ha de actuar desde el plano jurídico para que se realice una democratización de las distintas instituciones estatales. Como acertadamente expresa PÉREZ LUÑO: la soberanía popular "se dirige a garantizar que cualquier ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado se hará en virtud de su previa legitimación popular y en interés del pueblo"¹⁹¹. En el ejercicio de su poder soberano *corresponde al pueblo la titularidad jurídica del poder constituyente*. Lo cual significa que el pueblo en su conjunto, es a quien le corresponde determinar la forma, es decir, cómo la soberanía popular se plasma en el ordenamiento jurídico, a través de la Constitución.

Las teorías constitucionalistas han señalado a este respecto que conforme a los fundamentos básicos del Estado Constitucional,¹⁹² una vez que el pueblo como poder constituyente ha intervenido en la creación del ordenamiento constitucional, aprobando la Constitución, debe desaparecer. Con ello el poder soberano del pueblo al promulgarse la Constitución se transforma en un poder *aletargado y oculto*. Esto trae como consecuencia que *el principio político de soberanía popular se transforma en principio jurídico de supremacía constitucional*. Esta sustitución ha llevado a sostener a la doctrina (Kelsen, Paine, Krabbel) que en el Estado Constitucional no es el pueblo el soberano sino el Derecho (Constitución). Incluso se ha llegado a sostener *la inexistencia* del poder soberano en el mismo, ya que el pueblo tiene determinadas competencias que le han sido otorgadas por la Constitución (elecciones, plebiscitos) y en la medida que se trata de competencias limitadas no podría hablarse de soberanía (Kriele). El pueblo sólo es soberano cuando actúa como *poder constituyente*, derogando o modificando la Constitución, pero no actúa como *poder constituido* ya que si bien puede crear o derogar el Estado Constitucional *no está dentro* de él.¹⁹³

Es evidente que conforme al *principio de legalidad*, las normas jurídicas, de las que las legislaciones de emergencia no se excluyen, deben ajustarse a la *Constitución y a su programa penal*, en cuanto ella es manifestación de la voluntad soberana. Ello no implica que asumamos

¹⁸⁹ PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* Edit. Tecnos, Madrid, 1995. p.205.

¹⁹⁰ PÉREZ LUÑO, A.E. 1995. p. 203-205

¹⁹¹ PÉREZ LUÑO, A.E. 1995. p. 205

¹⁹² El Estado Constitucional moderno se funda, por una parte, en el *principio democrático*, mediante el cual la titularidad y ejercicio del poder corresponde al pueblo soberano, y por la otra, *el principio liberal*, por el cual se limita el poder del Estado en pro de la defensa de la libertad del individuo. Ello condicionó la aparición de un concepto de Constitución que ideológicamente aparece ligado a la defensa de la libertad y la limitación del poder, como se explicitó en el art. 16 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en el que se exige la garantía de los derechos ciudadanos y la división de poderes. Se transforma así en un principio básico la limitación del poder soberano.

¹⁹³ KRIELE, M. 1980. pp.151-153.

la defensa del Estado Constitucional Parlamentario como paradigma de un sistema social y participativamente justo.

La concreción constitucional del principio de soberanía popular en cuanto manifestación del principio democrático ha encontrado eco en las Cartas Fundamentales de las democracias modernas.¹⁹⁴ Sin embargo, para que la soberanía popular sea criterio legitimador del poder político, las declaraciones vertidas en una Constitución han de tener una realidad no solo teórica sino también fáctica. El ordenamiento constitucional español reconoce este principio en el art.2.1 de la CE: "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". La concreción fáctica del principio democrático se encuentra en varias normas reguladoras de la fundamentación democrática del poder, la democratización de su ejercicio y la estructura democrática del ordenamiento jurídico español¹⁹⁵. A diferencia de lo anterior, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en su mayoría contemplan el principio de soberanía *nacional*. Así por ejemplo el art. 5 de la Constitución Política de Chile: "la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que ésta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo puede atribuirse su ejercicio...".¹⁹⁶

b.2. Consecuencias a nivel jurídico: los mecanismos de control social y los derechos fundamentales.

Se ha afirmado que el Estado intenta legitimarse a través de la *teoría del consenso*,¹⁹⁷ a la que ya nos referimos, empleando mecanismos de control social cuya misión es intervenir en las garantías fundamentales. Así intenta legitimarse estableciendo diferencias tajantes en una sociedad "dual" como denomina Bustos, en la que dos tercios de la población viven mejor que nunca y un tercio vive en la marginación y pobreza.¹⁹⁸ Los que pertenecen a los dos primeros tercios son los que se someten al consenso, para ellos están los mecanismos de control social informales o primarios, y los de control social de masas, como los *mass media* que manipulan la información, hacen proliferar las bondades del consumo y envuelven a este sector en la idea de que el "status social" se alcanza en base al mayor consumo, idea que por cierto es directamente legitimada desde el poder.

Así consigue el Estado mantener la "tranquilidad en estos sectores", tranquilidad que se manifiesta precisamente en una apatía y apoliticismo exacerbantes. Se vive en una sociedad de consumo donde lo importante es alcanzar el nivel de vida de quienes ostentan las mejores condiciones económicas. Este sector de la población no necesita represión, utiliza los mecanismos "formales" de la democracia para conseguir un mejoramiento individual. Pero, los que pertenecen al último tercio, que dicho sea de paso, en América Latina no constituye un

¹⁹⁴ Así por ejemplo, en Italia la Constitución de 1948 declara en el artículo 1º "La sovranía appartiene al popolo", la Carta Fundamental de Bonn de 1949 indica en el art. 2º que el poder público emana del pueblo. PÉREZ LUÑO. 1995. p.204.

¹⁹⁵ Así, siguiendo el esquema propuesto por PÉREZ LUÑO, la fundamentación democrática se encontraría en la consideración de la ley como expresión de la voluntad popular, las Cortes en cuanto representantes de la voluntad popular ejercen el poder legislativo (Preámbulo y art.66.2). En el establecimiento de mecanismos de control adecuados al gobierno desde las Cortes, en el reconocimiento de que la justicia emana del pueblo y se administra por los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (art.117.1). La garantía del ejercicio democrático del poder se manifiesta en la alusión constante que se hace en el texto constitucional de la participación (arts. 9.2; 6; 7; 23.1; 27.5; 36; 48; 51; 125; 129.1 y 2; 131.2. PÉREZ LUÑO. 1995. pp.206 y 207.

¹⁹⁶ Estableciendo un simple paralelo entre los ordenamientos constitucionales de España y Chile, puede anotarse que: En cuanto a la forma del Estado: Chile establece una República Democrática (art. 4 CPCH), mientras que España reconoce una Monarquía Parlamentaria (art. 1.3 CE); En cuanto al Estado de Derecho: Chile reconoce un Estado de Derecho formal (arts. 6 y 7 CPCH); España sostiene un Estado de Derecho formal y material desde que se constituye como Estado Social y Democrático (art. 1.ICE). Ambos reconocen el principio de supremacía constitucional (art. 9.1 CE y art. 6 inc.1 CPCH). Chile adopta el principio de soberanía nacional (art. 5 CPCH), y España el de soberanía popular (art. 1.2 CE).

¹⁹⁷ El consenso alude al pacto entre capital y trabajo para conseguir la paz social y el bienestar.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J.1983. pp. 18-20

tercio sino las tres cuartas partes de la población, los que están fuera del consenso, los marginados, los explotados, los considerados socialmente peligrosos, desviados, a ellos se les aplica la mayor dureza. El autoritarismo se manifiesta en todo su esplendor mediante mecanismos de control asistenciales y represivos: se les vigila, se les estigmatiza, se les discrimina.

Luego, los mecanismos de control se van perfeccionando y adquiriendo un alto nivel técnico, porque el sistema neocapitalista así lo exige al dividir a la sociedad entre los que ingresan al mercado productivo y los que queda fuera de él. Los que ingresan al mercado son los normales, los otros los anormales, desviados, peligrosos. Los primeros no son precisamente los que "reclaman" al Estado, los que disienten. Ellos son los que, influidos en gran parte por los medios de comunicación, consideran casi natural la aplicación de una ideología del orden. Asumen en su interior la idea de progreso, participación, defensa de la "democracia" y dan pie al Estado para "mantener la cohesión y consistencia de aquellos sujetos al consenso en un ambiente sometidos a cambios y conflictos".¹⁹⁹ Este sector de la población legitima asimismo la estigmatización que el Estado hace de aquellos que sí "reclaman", los que no se someten al consenso, y le "autorizan" para discriminarlos y marginarlos socialmente, para, en algunos casos, exterminarlos porque son enemigos de la democracia.

Los mecanismos de control social informales aplicados a los que ingresan al mercado productivo se disfrazan sutilmente bajo la forma de "preventivos", prevención que por cierto tiende a imponer los valores de la ideología dominante, mediante un control tecnocrático cuya esencia es lograr disciplinar las mentes de los individuos. Pero esta prevención falla tratándose de aquellos que no se encuentran dentro del mercado, los marginados socialmente, y sus conductas políticas se consideran desviadas dentro del contexto de la ideología de los sectores dominantes. Entonces la represión se acentúa, y se llega a violentar el Estado de Derecho mediante el recorte de sus garantías fundamentales. Tratándose de ellos, la policía tiene mayores atribuciones, las rondas policiales, los cacheos, las detenciones por sospecha son el pan de cada día. Se trata de la aplicación de una política criminal que, sustentada sobre la base de la "excepcionalidad", pretende salvaguardar el orden público.

PAVARINI,²⁰⁰ caracterizó esta política criminal como la política "de orden en las calles", orden que se consigue con base en las limitaciones a la libertad y seguridad personales, la posibilidad de manifestarse en contra de las políticas gubernamentales, etc. Siendo así, no es de extrañar el surgimiento de grupos que *utilizando la violencia manifiesten su disenso, cayendo en su exacerbación: las prácticas terroristas.*

Para los terroristas están las cárceles de alta seguridad, por que *son enemigos*, ya no de la población o del respeto a los derechos fundamentales, sino enemigos "de la seguridad interior del Estado". Esta afirmación cae por su propio peso. Si el Estado se encuentra en una franca crisis de legitimación, ¿porqué aludir a la *seguridad interior*, a la *estabilidad política*, para combatir el terrorismo?. ¿Porqué no aludir *al respeto a los derechos fundamentales* de las personas como primer elemento a considerar?.

Los derechos humanos son aquellas construcciones jurídicas que constituyen el contenido histórico de determinados valores políticos que son entendidos e interpretados de manera diversa conforme a las distintas ideologías²⁰¹ y épocas. Para el esclavo los derechos

¹⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 1993. p. 110.

²⁰⁰ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. I. Muñagorri a la 1ª edición italiana (1980). Edit. Siglo XXI, México, 1983. PP.76-89. Cit. por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.1993. p. 111, nota 127.

²⁰¹ Entendemos por ideologías, el resultado de las contradicciones inmanentes de la realidad, y que nacen, cuando ésta (la realidad) entra en contradicción consigo misma; a decir de Marx "son un modo de depurar la realidad en la conciencia, y no cambia la ideología sino cuando se transforman las causas que la originan, cuando se revolucionan las circunstancias que produjeron la contradicción". MARX, Karl. "Notas a Feuerbach". 1844.

humanos significaban la supresión de su condición social y jurídica. Para la burguesía durante la época de la revolución francesa, romper con el colonialismo. Para el obrero los derechos humanos implican el reconocimiento de la igualdad para todos los seres humanos, igualdad que aún no ha sido posible dada la subsistencia de un sistema que se basa en la explotación del hombre por el hombre.

Pese a esta diversidad y las discrepancias que se suscitan entre liberalismo, marxismo, socialismo, etc.; lo cierto es que actualmente es altamente difícil encontrar a alguien que de manera abierta vaya en contra de los derechos humanos. Todos los sistemas políticos dicen aceptar y respetar los derechos del hombre. Incluso las más crueles dictaduras militares y gobiernos autoritarios invocan su respeto para intentar legitimar su poder político y acusan a sus opositores de querer violentarlos para así justificar la imposición de su autoritarismo. Esto implica que ***el respeto a los derechos humanos se convierta en criterio legitimador del poder político***. Ningún Estado acepta que se le acuse de violar los derechos humanos. Tómese el ejemplo de la Dictadura militar en Chile y el juzgamiento por parte de los países europeos al General Pinochet, ¿no ha negado reiteradamente estas violaciones?. Incluso más, las dictaduras, especialmente las latinoamericanas por parte de algunos de sus gobiernos que formalmente son democráticos (como fue el gobierno de Fujimori en Perú), con un desparpajo insólito propugnan la libertad, la igualdad, en fin, los derechos del hombre, como sus inspiradores y guías en el ejercicio del poder y atribuyen a sus oponentes la violación a los mismos.²⁰²

Tal es el reconocimiento a los Derechos del Hombre que ningún país en la ONU se atrevió a votar en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ni en contra de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, por una parte, y de Derechos Civiles y Políticos, por otra en 1966, sin perjuicio de que algunos de ellos posteriormente no ratificaran. Al menos, teóricamente reconocen su supremacía.

No obstante este reconocimiento, y conectando con una idea a la que hiciéramos referencia con anterioridad, es preciso destacar que por regla general no existe una coherencia entre la legitimidad del poder político y la verdadera situación de los derechos humanos que se dicen respetar. Los derechos humanos que se reconocen en las Constituciones Políticas no siempre son recogidos en las legislaciones ordinarias y por tanto no son efectivamente amparados ni garantizados por el ordenamiento jurídico. ¿Cuántas legislaciones de excepción se promulgan, en las que el derecho a un juicio imparcial y justo no se respeta?. Baste enunciar por ahora los procedimientos sumarísimos que se aplican en las legislaciones peruana e irlandesa para los llamados casos de terrorismo, las altísimas penas privativas de libertad que se imponen en la legislación española, la amplitud de los tipos penales en la legislación chilena, entre otros.

Es precisamente esta dicotomía entre los textos constitucionales que propugnan el respeto a la libertad e igualdad, y los textos de legislación ordinaria que como dijéramos limita estos derechos y los garantiza para una determinada clase social, la burguesía, lo que nos lleva a concluir que el respeto a los derechos humanos, actualmente, es una mera proclamación ideológica por parte de algunos Estados en sus Constituciones, que encubre el verdadero propósito de proteger los intereses de la clase social dominante y ostentadora del poder, utilizando para ello las legislaciones ordinarias.²⁰³

²⁰² Sobre este punto véase supra Cap. II, II, 4. *Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina*, 4.8. Perú. ¿Cuántas muertes y masacres no se han atribuido al MRTA y a Sendero Luminoso que luego han sido desmentidas incluso por las NU atribuyéndolas al propio Ejército peruano?.

²⁰³ A este respecto véase la propuesta de Elías DÍAZ, en la obra citada, Cap. II, nota 21, acerca del "Uso alternativo del Derecho" frente al uso tradicional del mismo en beneficio casi exclusivo de la clase dominante. Se propone un uso diferente recuperador de los objetivos proclamados en la Constitución que orientarían la interpretación y aplicación del Derecho en un sentido efectivamente liberador, democrático, a objeto de que la proclamada igualdad jurídica o Derecho igual, se corresponda con una necesaria igualdad real. Véase también el trabajo colectivo "*L'Uso alternativo del diritto*" Dir. por Pietro Barcellona. Edit. Laterza, Bari, 1973. Especialmente el de Luigi FERRAJOLI; "*Magistratura democratica e l'esercizio alternativo de la funzione giudiziaria*".

b.2.a. La merma del principio de legalidad

La crisis del Estado Democrático que, con el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, merma el derecho de los ciudadanos a una participación real en la toma de decisiones políticas, encuentra su punto cúlmine en el *principio de legalidad*. Este se rompe desde que el Ejecutivo se toma en serio las facultades discrecionales y arbitrarias en el terreno de la producción de leyes. Así, sin contar, en los hechos, con la voluntad popular (que teóricamente debería manifestarse mediante los mecanismos de la democracia representativa), expulsa una verdadera secuencia de estados de excepcionalidad jurídica, en los que no tienen cabida los principios garantistas, que se dirigen fundamentalmente a combatir el terrorismo. La excepcionalidad jurídica se manifiesta no solo mediante la creación de legislaciones especiales (como ocurre por ejemplo en América Latina, y fundamentalmente en Chile con la Ley 18.314 de conductas terroristas, o como ocurriera en España, con la Ley 3/1988 sobre bandas armadas y elementos terroristas), sino también mediante la introducción de este tipo de excepcionalidad en la legislación común u ordinaria.²⁰⁴ Para los terroristas casi no hay principios de garantismo penal, principios que tantos años de esfuerzo han costado a la ciencia jurídico penal.

Siguiendo a FERRAJOLI,²⁰⁵ en las "democracias autoritarias" el garantismo cambia de sentido, ahora es "la seguridad del Estado" la garantía a alcanzar, en contraposición a la seguridad de las personas, presupuesto para la vigencia de los derechos fundamentales, y en base a esta "seguridad del Estado" es que se descalifica a los que disienten y a la oposición política. Con esta inversión en la escala de valores y pasando las garantías y libertades personales a un segundo plano por ser consideradas un peligro para el mantenimiento de la democracia, adquiere el Estado el carácter de valor supremo para asegurar el consenso y el bienestar de los sectores que no se oponen al sistema. Es válido afirmar que el Estado de Derecho no tiene cabida, o si la tiene es para esos sectores que no disienten precisamente porque su atención es sutilmente desviada hacia otros problemas, todo lo cual es aprovechado por el Estado para legitimarse al menos formalmente.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a concluir que cuando hablamos de "*crisis del Estado de Derecho*" en un Estado Social y Democrático hablamos de una *crisis de legitimación jurídica o formal del poder*, que se sustenta en una *crisis generalizada de legitimación del mismo*.

4. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN AMÉRICA LATINA: CRISIS, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS (ESPECIAL REFERENCIA AL CASO CHILENO).

4.a. Consideraciones preliminares.

Nadie discute que América Latina ha sido y sigue siendo uno de los continentes más empobrecidos del planeta. La historia del subdesarrollo es parte de la historia del desarrollo del capitalismo mundial. Sucesivamente su modo de producción, su estructura de clases y la forma de sus regímenes políticos ha sido determinada por el capital foráneo, primero europeo, más tarde norteamericano. Desde los inicios de su historia las necesidades de acumulación capitalista por parte de los países desarrollados han asignado una función a cada uno de sus regímenes, siempre en beneficio del desarrollo de la metrópoli extranjera de turno; y la dependencia jamás acaba. Y es que el sistema capitalista se fundamenta en la necesaria desigualdad entre las partes, desigualdad en la que América Latina resulta ser la desfavorecida.²⁰⁶ Como expone DE LOS RÍOS: "Toda la política del imperialismo económico ha consistido precisamente en apoderarse de los pueblos económicamente para poder justificar

²⁰⁴ Como veremos más adelante, esta excepcionalidad jurídica en el campo penal y procesal se observa en el tratamiento que del terrorismo hace el Código Penal español de 1995 y la LECrim.

²⁰⁵ FERRAJOLI, L. 1980. pp.62-64.

²⁰⁶ GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. Edit. Siglo XXI, enero de 1985, p.2-4

después el intervenir en su vida política." "Tras los capitales están, pues, los gobiernos, tras los gobiernos, los ejércitos...".. "Lo que afirmamos es que el capitalismo en sí mismo es una organización no de lucha, sino de guerra, y como tal, enemigo de la paz entre los pueblos".²⁰⁷

Es tal vez por esta desigualdad e inferioridad económica que ha sido el caldo de cultivo para la penetración de ideologías cual más, cual menos tanto de occidente como otrora de los países del Este. Los ideólogos de la modernización occidental han pretendido arribar a ella mostrando la superioridad de sus economías y de sus regímenes, como también lo hicieran los países del Este, desconociendo la identidad propia que posee este continente. América Latina ha desarrollado durante su historia modos de acción política y social que no pueden encasillarse en un principio único: confluyen en ella demasiadas ideas, la modernidad de occidente con su crecimiento económico, la idea de una revolución que traerá una nueva forma de sociedad, el nacionalismo, la búsqueda de identidad cultural, la lucha contra la dominación extranjera, y su tendencia constante al populismo, en cuanto deseo de cambio en la continuidad, tan patente en las transiciones a la democracia que se dan con posterioridad a las dictaduras militares como la chilena y argentina.

Rescatamos en este contexto las válidas interrogantes que se plantea TOURAINE antes de exponer su hipótesis de que existe un modo latinoamericano de desarrollo, en cuanto combinación propia de este continente de racionalismo económico y de movilización político social. Se pregunta el autor lo que también nosotros nos preguntamos: "¿Cómo defender un liberalismo económico absoluto y remitirse a las leyes del mercado cuando la dependencia respecto del exterior entraña distorsiones tan evidentes en el desarrollo económico?".²⁰⁸ Y agregamos ¿Cómo creer entonces los ofrecimientos de un sistema que habla en términos surrealistas?, ¿Cómo creer cuando se dice que faltan capitales en estos países si allí lo que sobra es materia prima y mano de obra? ¿Cómo creer cuando niega en este continente la existencia de una lucha de clases - atribuyéndosela a los países del Este, argumento que ahora ya no les sirve?. GALEANO afirmó hace casi treinta años lo que aún resulta válido: "pero en cambio existen las clases sociales, y a la opresión de unas por otras se la denomina el estilo occidental de vida. Las expediciones criminales de los marines tienen por objeto restablecer el orden y la paz social, y las dictaduras adictas a Washington fundan en las cárceles el Estado de Derecho y prohíben las huelgas y aniquilan a los sindicatos para proteger la libertad de trabajo. ¿Tenemos todo prohibido, salvo cruzarnos de brazos?".²⁰⁹

No es nuestro objetivo en esta investigación el realizar un análisis político o sociológico de la realidad latinoamericana, sino desentrañar el cómo y el porqué presentamos una hipótesis de crisis de legitimación de sus gobiernos, ya no tanto en dictaduras militares sino de sus actuales democracias al estilo occidental, y la manera en que estas crisis han influido en el ámbito jurídico a través del autoritarismo. No nos referiremos por tanto al modo latinoamericano de desarrollo, a la forma específica en que han intervenido actores sociales y factores económicos, tampoco podemos realizar aquí un tratamiento acerca de los movimientos sociales en Latinoamérica, sus movilizaciones obreras y campesinas, ni hablar exhaustivamente del historial de sus regímenes políticos.²¹⁰ No obstante, tendremos que hacer referencia a ellos en reiteradas ocasiones. Centraremos nuestra atención en el cono sur, y especialmente en Chile, país cuya legislación antiterrorista es uno de los objetivos principales de esta investigación.

Cabe preguntarse si la crisis de los modelos económico sociales latinoamericanos han fracasado por la instalación de dictaduras militares o debido a la exacerbada crisis económica y financiera que desde la década de los 80 es la causa real, y cuya última manifestación ha sido la

²⁰⁷ DE LOS RÍOS, F. 1976. pp. 164-167. Cit. por DÍAZ, E. 1978. pp.89 y ss. Véase también la republicación de su artículo "El socialismo de Fernando de los Ríos", en *Fernando de los Ríos*, Monográfico, *Rev. Sistema*, nº152-153, Nov. 1999, pp.291 y ss.

²⁰⁸ TOURAINE, Alain. *América Latina. Política y Sociedad*. ob.cit. 1989. p.22.

²⁰⁹ GALEANO, Eduardo.1985. p. 10

²¹⁰ Para un análisis exhaustivo acerca de este tema, véase la obra de TOURAINE, Alain. 1989. pp. 35-292.

de los denominados “Tigres Asiáticos”. Es esta una de las crisis capitalistas más profundas de este siglo y su alcance ha sido global. Tras la caída de los principales mercados mundiales, y destruido el mito de “los jaguares asiáticos” cuando estallaron las contradicciones en Tailandia (1997), la crisis se expandió quedando al descubierto las falencias estructurales de las economías latinoamericanas, y el carácter dependiente y subdesarrollado de las mismas. América Latina vive un proceso de debilitamiento en su identidad. Cada vez más, sus regímenes, determinados siempre por el capital extranjero, se van dividiendo acercándose hacia modelos de países industrializados del tipo europeo o norteamericano, o sumiéndose en la marginalidad y la pobreza.

Desde 1964 la instauración de regímenes militares en el Cono Sur, determinó una profunda transformación de su historia política. Se puso fin al periodo de movilizaciones sociales que le antecedieron y significaron un crecimiento inusitado de la Izquierda, crecimiento que derivó en algunos países como Uruguay y Argentina en movimientos de guerrilla urbana cuyo objetivo era impulsar una revolución social por esa vía.²¹¹ El caudillismo propio del resto de las dictaduras latinoamericanas no tuvo una similitud exacta con los regímenes militares del cono sur, salvo el caso de Chile con el personalismo del General Pinochet. Más bien puede decirse que se trató de regímenes políticos apoyados en las Fuerzas armadas como instituciones, con un grado relativo de profesionalismo y autonomía.²¹²

Su afán desmovilizador y su represión exacerbada en contra de la disidencia política fueron sus objetivos primordiales. En Argentina, Chile y Uruguay esta represión comenzó inmediatamente a la usurpación violenta del poder y el derrocamiento de los gobiernos constitucionales. Brasil tuvo su represión más cruda al finalizar la década de los años sesenta cuyo objetivo era aplastar los focos guerrilleros que se habían logrado levantar durante los cuatro años anteriores, que correspondían a cuatro años de dictadura. Argentina y Chile fueron los países en los que se vivió la represión clandestina de manera más violenta. En Uruguay la represión se caracterizó por ser más selectiva y dirigirse principalmente a un control de la sociedad civil impidiendo la apertura de canales de participación. Recordemos la famosa cárcel para la libertad en donde fueron encerrados cientos de tupamaros. Pero fue la dictadura del General Stroessner en Paraguay (1954-1989), el modelo articulador para el resto de las dictaduras latinoamericanas. El modelo paraguayo fue elogiado por sus análogos y por el gobierno norteamericano por su capacidad para mantener la “paz social a cualquier costo”, en otras palabras, por su eficacia en el control de la subversión.²¹³ Esta fue la razón por la que con posterioridad, numerosos agentes de los servicios de la policía secreta de las dictaduras latinoamericanas llegaron a este país con el fin de adquirir experiencia en materias de represión y a la vez para coordinar estrategias para la misma. Estas diferencias en el *grado* de represión obedecieron principalmente a la presión de los movimientos sociales; por una parte y

²¹¹ Para un examen de las causas de la instauración de regímenes autoritarios en el Cono Sur, y sus consecuencias, véase: GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. COLLIER, David. *The new authoritarianism in Latin America*. Princeton University Press, Estados Unidos, 1979. LECHNER, Norbert. *Estado y Política en América Latina*. Edit. Siglo XXI, México, 1981. GARRETÓN, Manuel Antonio. “En torno a la Discusión sobre los Nuevos Regímenes autoritarios en América Latina” en PORTALES, Carlos. *La América Latina en el Nuevo Orden Económico internacional*. Edit. FCE, México, 1983. pp.334-360.

²¹² En torno al análisis del rol de las Fuerzas Armadas en Chile, véase GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Ob. Cit.* Tesis Doctoral pp. 291-357. VARAS, AUGUSTO, AGÜERO FELIPE- BUSTAMANTE FERNANDO. “Chile, Democracia, Fuerzas Armadas”. FLACSO, Chile, 1980. ARRIAGADA Genaro. “La Política Militar de Pinochet”. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (ICHECH), Chile, 1986. Para el caso argentino, véase: GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. pp. 139-174.

²¹³ La dictadura de Stroessner amparada por las Fuerzas Armadas y por sectores de derecha fue el nido que cobijó a criminales como el médico nazi Josef Mengele, el jefe de la Logia Masónica P-2 Licio Gelli, el franquista español Juan León Cerdón, el chileno responsable de numerosas desapariciones forzadas, torturas y asesinatos, Miguel Estay Reyno, “El Fanta” que residió clandestinamente en éste hasta 1992. Recordemos asimismo que Paraguay sirvió para el adoctrinamiento xenófobo desde fines del siglo pasado. Fue Bernard Forster, médico quien fundó allí la colonia Nueva Germania, con el objetivo de aplicar su programa de pureza racial. CAMUS, María Eugenia. *Rev. APSI. N° 441* Santiago, 1993. Por otra parte Richard Nixon designó a Paraguay como “un eje estratégico clave para la lucha contra el comunismo”.

fundamentalmente en organizaciones de derechos humanos; y por la otra, a la adecuación respecto de las necesidades de represión que hicieron las Fuerzas Armadas, unido al temor de los sectores políticos derechistas que les apoyaban para aparecer ante la comunidad internacional como violadores de los derechos humanos y de la Constitución.

Pese a estas diferencias, estos regímenes redundaban en ciertas características comunes *Primero*, la aplicación de políticas sociales y económicas que reforzaron la estructura clasista de la sociedad, y provocaron una heterogeneidad socio cultural abismante. *Segundo*, su incapacidad política para dotarse de bases de legitimidad que les permitiera crear una forma de Estado diferente de la democracia política²¹⁴. Es por ésta razón, que desde siempre intentaron procurarse una base institucional que les permitiera arrogarse las características de estabilidad y democracia. Punto cúlmine de este artificio fue la creación de legislaciones de excepción²¹⁵ que derivaron en permanentes, muchas de ellas vigentes aún en los países de transición democrática. *Tercero*, sus violaciones reiteradas y persistentes a los derechos humanos producto de la implementación de una metodología represiva sistemática clandestina y a gran escala, fundamentada en la Doctrina de Seguridad Nacional. Estas violaciones a los derechos fundamentales teñidas del carácter ideológico que imponía la eliminación de toda disidencia política, asumieron la forma de crímenes contra la humanidad, y se materializaron a través de diferentes figuras delictivas tales como detenciones ilegales y secuestros, seguidas en la mayoría de las ocasiones de homicidios, asesinatos y desapariciones forzadas, previa tortura de las víctimas, todas ellas propias de las prácticas del terrorismo de Estado.²¹⁶ *Cuarto*, una marcada cooperación a nivel internacional en el control y en la eliminación de la disidencia

²¹⁴ FRÜHLING EHRILCH, Hugo. "La defensa de los derechos humanos en el cono sur. Dilemas y perspectivas hacia el futuro" en *Represión Política y defensa de los derechos humanos* Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC. Ediciones Chile y América, 1986. pp.15-37.

²¹⁵ Sobre legislaciones de excepción en Chile, véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Estado de derecho y Justicia criminal en Chile (1973-1979)" en *Control Social y Sistema Penal* Edit. PPU, Barcelona, 1987. pp.583-601. MERA FIGUEROA, Jorge. *Los regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973*. AHC, Stgo. Chile, 1987; el mismo, *Función Judicial, Seguridad interior del Estado y orden público: el caso de la ley de defensa de la democracia*. AHC, 1987; "La ley 18.314. los delitos terroristas" Julio de 1984. Doc. inédito. MONTEALEGRE, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Edit. AHC, Santiago de Chile, 1979.

²¹⁶ Respecto a las violaciones de derechos humanos y mecanismos de represión en Chile, véase: RETTIG GUISSÉ, Raúl y otros. *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*. Texto oficial completo. Publicado por el Diario *La Nación*. 287 págs. Santiago de Chile, 5 de marzo de 1991. Existe publicación en volúmenes: COMISION NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACION. *Informe Rettig- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Vol. I y II. Edit. La Nación, Chile. GONZÁLEZ P., Alejandro. "El Departamento Jurídico de la Vicaría de la Solidaridad. Una experiencia de defensa legal de los derechos humanos fundamentales" Informe presentado a la Primera Conferencia sobre organización y prestación de servicios legales en Latinoamérica y el Caribe, San José de Costa Rica, octubre 13-17, 1981; FRÜHLING, Hugo. "Limitando la acción coercitiva del Estado. La estrategia legal de defensa de los derechos humanos en Chile" en *Rev. Contribuciones*, N°12. FLACSO, Chile, 1983. EQUIPO NIZKOR. *Documento distribuido a la solidaridad internacional para lograr la detención y el procesamiento de Augusto Pinochet Ugarte*. <http://www.derechos.org/nizkor/>; HARRINGTON, Edwin - GONZÁLEZ, Mónica. *Bomba en una calle de Palermo*. Edit. Emisión, Buenos Aires, 1987. VERDUGO; Patricia. *Los Zarpazos del Puma*. CESOC, Santiago de Chile, 1989; "Las Huellas del General Contreras" en *Revista APSI*, N° 289. Santiago de Chile 30 de enero al 5 de febrero 1989. pp. 8-10. Sobre situación de derechos humanos en general y perspectivas, véase: FRÜHLING, Hugo. "La defensa de los derechos humanos en el cono sur. Dilemas y perspectivas hacia el futuro"; MERA, Jorge. "Posibilidades de expansión de los derechos humanos en una futura sociedad democrática en Chile"; LIRA, Elizabeth. "Psicología y derechos humanos en una situación represiva: la experiencia de la Fasic"; todos en *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC Ediciones Chile y América, 1986, pp.15-37. CODEPU "Delito de Abuso de Funciones - Fuerzas Armadas y de Orden - Chile" en *Persona, Estado, Poder. Estudios sobre salud mental en Chile 1973 - 1989*. Stgo. Chile. Noviembre 1989; el mismo, *Tortura: aspectos médicos, psicológicos y sociales. Deber objetivo de cuidado*. Stgo. Chile 1990. Para el caso de las dictaduras militares en Argentina, véase: NUNCA MÁS, *Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*. Edit. Eudeba, Argentina, 1984; MIGNONE, Emilio. "Desapariciones forzadas: elemento básico de una política" artículo publicado en *Rev. Punto Final*, suplemento, edición N°194, Santiago, Chile, junio 1981; FRÜHLING, Hugo. "Violación de derechos humanos y democratización en Argentina". en *Rev. Chilena de Derechos Humanos*, 4° trimestre, 1985. pp.14-27; BARCESAT, Eduardo S. "Defensa legal de los derechos a la vida y la libertad personal en el régimen militar argentino". en *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC Ediciones Chile y América, 1986. pp.141-162.

política, cuyo blanco principal era la izquierda política, en especial los Partidos Comunistas y Socialistas, amén de los focos guerrilleros.

Habida consideración del impacto que causó a nivel mundial los intentos por juzgar al General Pinochet desde su detención en Londres en octubre de 1998²¹⁷, merece la pena detenernos brevemente en el modus operandi de las dictaduras militares del cono sur.

Al finalizar la década de los sesenta, las relaciones internacionales entre los oficiales de las Fuerzas Armadas sudamericanas se consolidan como consecuencia de una especialización contrainsurgente conjunta en las academias militares norteamericanas sustentada en la Doctrina de Seguridad Nacional, cuya esencia, es la ordenación de la sociedad civil y la eliminación física de los disidentes. Los años de las dictaduras posteriores, traerían la cosecha de la conexión internacional entre militares (argentinos, uruguayos, paraguayos, brasileños, chilenos, bolivianos y peruanos). En este marco de cooperación, los dictadores sudamericanos a instancias de la dictadura militar chilena formaron una organización criminal de alcance hemisférico, "*Operación Cóndor*", que tuvo por principal afán la conspiración para aprovechar sus dividendos políticos y económicos, neutralizando o eliminando a la oposición política y a múltiples personas por razones ideológicas.²¹⁸

Profitando por una parte de la usurpación violenta del poder en Chile cuyo logrado objetivo fue el subvertir del orden constitucional, garantía de la impunidad, y por otra parte, de la estructura militar. Esta organización ("*Operación Cóndor*"), concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales seguidas de secuestros prolongados, la mayoría de los cuales dieron lugar a desapariciones forzadas de personas y/o asesinatos, precedidas de torturas en la mayoría de los casos, sin establecer diferencia entre la disidencia violenta y la no violenta. Resultaron afectados ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, Estados Unidos, Chile, Suiza y Francia, entre otros. El mando de esta organización paramilitar perteneció a los servicios de seguridad del régimen militar chileno; la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional- Chile), contó además, en su creación, con la participación de los servicios de inteligencia militar de Argentina (SIDE), Brasil, Uruguay y por supuesto Paraguay (con el coronel Guanes Serrano y Francisco Brites, jefe de la policía paraguaya).

²¹⁷ Sobre la actuación de la justicia española en pro del juzgamiento del General Pinochet por los crímenes de *lesa humanidad* cometidos bajo su dictadura y para una información completa véase: EQUIPO NIZKOR; <http://www.derechos.org/nizkor>. GARCÉS, Joan E.; "*Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional*". en *JpD*, N° 28, marzo 1997. pp.93-94. NIETO, Luis C. "*Sobre la competencia de la Justicia española para la instrucción de los procesos contra los miembros de las juntas militares argentina y chilena*". Ponencia ante el *Seminario sobre los efectos de la corrupción y la impunidad en los procesos democráticos*, organizado por la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires, los días 11 y 12 de diciembre de 1997. GUTIÉRREZ, Juan Carlos - VILLEGAS, Myrna; "*Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares*" en *Derecho Penal: implicaciones internacionales*. XI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Edit. Colex, España, 1999, también en *Rev. América Latina Hoy*, N°20, diciembre de 1998, VILLEGAS, Myrna; "*Pinochet ante la Justicia*". *Resumen Jurídico Informativo*. Doc. distribuido por la autora, Universidad de Salamanca, Noviembre de 1998, la misma, "*Derechos Humanos y Extradición: El caso del general Augusto Pinochet*". *Síntesis jurídico informativa*. Doc. distribuido por la autora, Universidad de Salamanca, Nov. de 1999, AA.VV. *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, coord. por GARCÍA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000.

²¹⁸ Acerca de las organizaciones criminales de carácter internacional que operaron clandestinamente en el cono sur, véase: CUYAS, Esteban. *La "Operación Cóndor": El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional* KO'AGA RONE'ETA se.vii (1996) <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>. Especialmente sobre la intervención de la CIA en la formación de militares latinoamericanos CALLONI, Stella; Ko'aga Rone'eta - *Los Archivos del Horror del Operativo Cóndor*. KO'AGA RONE'ETA; <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>. HARRINGTON-GONZÁLEZ, ob. cit. 1987. VERDUGO, P. ob. cit. 1989. Para un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos y consideraciones dogmáticas respecto de los delitos cometidos por estas organizaciones, véase GUTIÉRREZ, Juan Carlos- VILLEGAS, Myrna. "*Desaparecidos en dictaduras militares*" en *Derecho penal: Implicaciones internacionales*. XI Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Edit. Colex, Madrid, 1999. pp.35-81. más específicamente referido a la Operación Cóndor. pp. 38-43, también en *Rev. América Latina Hoy*, N°20, diciembre de 1998.

Los blancos de la “Operación Cóndor” fueron en primer lugar, altos dirigentes y líderes opositores a las dictaduras latinoamericanas, entre ellos, los ex Ministros de la Unidad Popular chilenos Carlos Prats y Orlando Letelier, asesinados en Buenos Aires (1974) y Washington (1976), respectivamente. También fue blanco, Bernardo Leighton, dirigente del PDC, que logró sobrevivir luego de un atentado contra su vida en Roma. Poco a poco los “objetivos” de la organización fueron extendiéndose hacia otros militantes y simpatizantes de izquierda. Chilenos, uruguayos, paraguayos, brasileños, y bolivianos, fueron detenidos ilegalmente y secuestrados en Argentina y Paraguay por agentes policiales de sus respectivos países. Los militantes del *Movimiento de Izquierda Revolucionaria de Chile* (MIR), fueron sin duda, el objetivo más codiciado, siendo constantemente perseguidos especialmente en Argentina. Asimismo se desarrolló una represión coordinada y sistemática contra ciudadanos alemanes, españoles, judíos y peruanos, entre otros, que figuran entre los miles de desaparecidos. La cobertura de impunidad de estos tipo de crímenes estaba dada por los respectivos gobiernos de facto proporcionándoles la infraestructura adecuada. Lógicamente no era posible reconocer oficialmente su existencia, luego, la creación de empresas ficticias y cofradías fue la mejor manera de encubrirle.

En resumen, la Doctrina de Seguridad Nacional con su histórica dialéctica de amigo-enemigo, a la que ya nos hemos referido, vino a intentar legitimar una nueva forma de dominación: el autoritarismo. Autoritarismo cuyas repercusiones en el ámbito jurídico fueron precisamente el recorte de garantías fundamentales. La ideología del control se aplicó en América Latina poniendo en tela de juicio los conceptos de estabilidad, democracia, poder, oposición política y Estado de Derecho, o mejor dicho Estado de Excepción. Los regímenes militares aplicaron sus políticas de represión con ausencia total de legitimidad de su poder político. Sus legislaciones de facto, Decretos con Fuerza de Ley, como la que iniciara la Junta Militar en Chile el mismo día del golpe de Estado en 1973, pretendieron revestirse de un manto de legalidad sin una base sólida. Y este Estado de excepcionalidad jurídica fue adquiriendo caracteres de permanencia. Pero no sólo en Latinoamérica se vieron las consecuencias autoritarias de la DSN, como escribe BUSTOS: "Si bien es en Latinoamérica donde ha tenido vigencia real la Doctrina de Seguridad Nacional en Europa también ha hecho su aparición, en forma más subrepticia -dada la permanencia formal de las instituciones democráticas-, en las legislaciones especiales, sobretudo antiterroristas, donde se hace una diferenciación de los ciudadanos, entre amigos y enemigos del orden democrático."²¹⁹

4.b. El caso chileno.

Chile impactó al mundo entero en 1970. Utilizando la vía legal de una democracia representativa, una coalición de partidos de izquierda, la Unidad Popular, y a la cabeza de ella Salvador Allende, triunfó en las elecciones presidenciales²²⁰. Ello en contraposición a la

²¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J. 1983. pp. 22.

²²⁰ Los resultados de las elecciones presidenciales del 4 de Septiembre de 1970 fueron: Unidad Popular (Salvador Allende): 36,3 %, Partido Nacional (Alessandri) 34,9%, Democracia Cristiana (Radomiro Tomic): 27,8 %. Entre la literatura existente en torno a este tema y a la historia política de Chile antes del golpe militar recomendamos: TOURAINE, Alain. *Vie et Mort du Chili populaire* Seuil, París, 1973; el mismo, ob. cit. *América Latina, Política y sociedad*; 1989, GARCÉS, Joan. *Allende y la experiencia chilena, La pugna política por la presencia en Chile* Edit. Universitaria, Santiago, 1971; *El Estado y los problemas tácticos de Allende*. Edit. Siglo XXI, Madrid, 1974. GARRETÓN, M.A. *El proceso político chileno* FLACSO, Santiago, 1983. GARRETÓN, M.A y MOULIAN, T. *La Unidad popular y el conflicto político en Chile*. Ediciones Minga, Santiago de Chile, 1983. RIZ, L. de. *Sociedad y Política en Chile: de Portales a Pinochet*, México, 1979. PETRAS, J. Y ZEITLIN, M. *El radicalismo político de la clase trabajadora chilena*. CEAL, Buenos Aires, 1969. CASTELLS, M. *Luchas de clases en Chile. Estructura de clases y políticas urbanas en América Latina*. CIDU, Santiago, 1973 y Siglo XXI, Buenos Aires, 1974. NOVOA MONREAL, E. *¿Vía legal al socialismo? (El caso de Chile)* Edit. Jurídica venezolana, Caracas, 1978; el mismo, *La batalla por el cobre (la nacionalización chilena del cobre)*. Edit. Quimantú, Santiago de Chile, 1972; *Los rescucios legales*. Ediciones Bat, Santiago, 1992; *"Vías legales para avanzar hacia el socialismo"*. en *Rev. de Derecho Económico*, Nº. 33 y 34. Octubre de 1971, Santiago de Chile; *"El difícil camino de la legalidad"* en *Rev. de la Universidad Técnica del Estado*, Nº7. Marzo de 1972, Santiago de Chile; *"La batalla de Chile"*, video documental elaborado por cineastas en el exilio.

tradición histórica en América Latina que frecuentemente se ha visto asaltada por golpes y dictaduras militares. La vía chilena al socialismo comenzó a desarrollarse durante éste gobierno, contando con la oposición de los sectores de la derecha conservadora, el Partido Nacional y la Democracia Cristiana, quienes tenían mayoría en el Parlamento. La hegemonía política ideológica unida al predominio económico de estos sectores contribuyó al golpe militar de 1973. La oposición comenzó utilizando resquicios legales²²¹ a que daba lugar el mecanismo parlamentario, numerosos proyectos de reformas de ley, tendientes a favorecer a los sectores más desposeídos de la sociedad chilena, fueron entrabados. No obstante, el gobierno de la Unidad Popular continuaba a paso firme por lo que denominó la "vía chilena al socialismo". Las clases hegemónicas eran instrumentales a las formas y contenidos de la democracia, pero su defensa tenía un límite preciso: el mantenimiento de las formas de organización capitalista.²²² Por tanto, debía paralizarse a cualquier costo que Chile diera paso a un régimen socialista de los medios de producción; ello llevó a la clase hegemónica a prescindir, incluso de lo que tan exacerbadamente se defendía: los procedimientos de la democracia representativa. Asimismo el ultraderechismo organizado como grupo paramilitar "*Patria y Libertad*", desarrolló una actividad terrorista tendiente a la desestabilización del gobierno.²²³

El 11 de Septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas actuando como institución, apoyadas por los sectores de la derecha conservadora y sus aliados, la Democracia Cristiana; y contando asimismo con el apoyo y dirección incondicional de Estados Unidos, derrocaron al gobierno constitucional de la Unidad Popular, protagonizando un violento golpe de Estado²²⁴ que culminó con la muerte del Presidente Salvador Allende. El poder fue usurpado por los militares quienes, desconociendo la legalidad vigente, promulgaron el Decreto Ley N°1 (Bando N°1) por el que se constituyen en Junta de Gobierno "al mando de la Nación". Nombran al General Pinochet -Comandante en Jefe del Ejército que había prometido lealtad al presidente constitucional-, como Presidente de esta Junta. Comenzó una represión sistemática y generalizada enfocada hacia la eliminación y neutralización del "enemigo interno", simbolizado en los sectores de la izquierda política, especialmente comunistas. Las horribles violaciones a los derechos humanos que se vivieron durante la dictadura son ampliamente conocidos en Europa y en el mundo entero.

El carácter reaccionario de los mecanismos legales empleados por la junta de gobierno quedó por entero de manifiesto, cuando se declara en el mismo Bando N°1, que "se respetará la Constitución (1925) en la medida que las circunstancias lo permitan". En Marzo de 1974, la Junta militar publica su "*Declaración de Principios*", continente de una ideología corporativista y nacionalista, cuyo objetivo primordial era la erradicación del socialismo marxista y del modelo de sociedad occidental de consumo. De esta legitimidad militar se transita hacia una legitimidad "jurídica", entre los años 1976 a 1980, período en el que afloran las contradicciones no sólo al interior de los sectores derechistas, sino también al interior de las Fuerzas Armadas, quienes en apariencia tenían una actuación monolítica fundamentada en la DSN, pero que, por otra parte, aparecían apoyados por los sectores de las clases económicas dominantes.

²²¹ Para un análisis exhaustivo de estos resquicios utilizados, véase: NOVOA MONREAL, Eduardo. *Los resquicios legales*. Ediciones Bat, Santiago de Chile, 1992.

²²² GARRETÓN, M.A y MOULIAN, T. *La Unidad Popular y el conflicto político en Chile*. Ediciones Minga, Santiago de Chile, 1983. p. 164. GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. p.194.

²²³ Tenemos que reconocer que contribuyó asimismo a esta desestabilización la política de cambios radicales que proponían algunos sectores de la ultraizquierda. De esta manera, el periodo comprendido entre 1970-1973 fue una continua batalla entre la ultra derecha (*Patria y Libertad*) y la ultraizquierda (Vanguardia Organizada del Pueblo - VOP., Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR, entre otros).

²²⁴ Para un examen de este período en la historia política de Chile, véase, entre otros: TOURAINE, A. "*Vie et morte du Chili populaire*", citado. TIRONI, E. "*Pinochet, la dictature liberale*". CETRAL-L' Harmattan, 1987. VERGARA, P. "*La transformación del Estado chileno bajo el régimen militar*". CIEPLAN, marzo de 1980. GARRETÓN, M.A. "*Dictaduras y democratización*" FLACSO, Santiago de Chile, 1984. RETTIG, R. y otros. "*Informe Rettig- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*". Vol. I y II. Edit. La Nación, Chile, 1991. Véase también la bibliografía citada en este mismo acápite respecto de las organizaciones criminales que operaron en América Latina y las violaciones a los derechos humanos en Chile.

Punto central de este período fue la promulgación en Septiembre de 1976 de las "Actas Constitucionales", por medio de las cuales *se arroga el poder constituyente* y la facultad de prorrogar cada seis meses los Estados de emergencia, en los que se restringen o suprimen las libertades fundamentales. A partir de 1977 la institucionalización del autoritarismo se vuelca hacia la concreción del camino que se venía preparando: legitimar el régimen militar mediante la utilización de un subterfugio legal: la promulgación de una Constitución. El Consejo de Estado elaboró el proyecto del texto constitucional que más tarde fuera "aprobado" (no existía en los hechos la posibilidad contraria) en un plebiscito enmarcado dentro del nivel de represión y falta absoluta de garantías que ya eran cotidianeidad desde 1973. La Constitución aprobada contenía disposiciones transitorias que en esencia tendían hacia una concentración y aumento de los poderes personales de Pinochet, ya ni siquiera del Poder Ejecutivo. Por otra parte, acentuaba el autoritarismo y la represión²²⁵. Una de las manifestaciones del autoritarismo, se mantiene en el art. 45 letra a) que da lugar a la figura de los "senadores vitalicios", figura que comentaremos en su oportunidad.

4.b.1. El Estado de Derecho en Chile bajo la dictadura militar.²²⁶

Se ha mencionado la estrategia utilizada por la Junta militar para legitimar su régimen. En la Declaración de Principios del gobierno Chileno, se enfatizan ciertos aspectos fundamentales que conciben como Estado de Derecho. Se reconocen los derechos humanos, la vigencia de los tratados internacionales, entre otros. Pero tal como rezaba su título, esto no era más que meras declaraciones. El Estado de Derecho, como expone Juan BUSTOS, "es la conformación de una realidad política social concreta"²²⁷. La concepción de Estado de Derecho se vio lesionada formalmente desde 1973, cuando la Junta Militar se autonoombra depositaria del Poder Constituyente y Legislativo (Decreto Ley n° 128 de 1973). El resto de su producción legislativa, específicamente en el campo penal y procesal penal, se caracterizó por un sucesivo recorte de las garantías procesales y la configuración de nuevos tipos penales: Se prohíbe la existencia de la Central Unica de Trabajadores y su funcionamiento directo o indirecto, se sanciona con pena privativa de libertad; se declara asociación ilícita a los Partidos de la Unidad Popular y a todas aquellas entidades o grupos que sustenten la doctrina marxista; se castiga penalmente a los exiliados que intenten regresar clandestinamente al país; se castiga con pena privativa de libertad o relegación al que llamado por la autoridad no se presentare ante ella; se incrementa el autoritarismo reformando la Ley de Seguridad Interior del Estado, favoreciendo la delación compensada; se establece como delito la piratería aérea; se establecen figuras dedicadas a la protección del sistema económico de libre mercado (sanción para quienes intenten perturbar la libre competencia, entre otros).

El Estado de Derecho nada tuvo que ver con una sociedad de "hombres libres" como se declaraba, sino con la "necesidad" de eliminar a la disidencia política. Los Partidos de ideologías socialistas, comunistas, y en general marxistas, fueron catalogados como movimientos terroristas y en ello sustentaron la disolución de los partidos políticos, privando a la sociedad chilena de la libertad de opinión y expresión. Quien no estaba con la Junta militar

²²⁵ Así por ejemplo, las disposiciones 13 y 14 transitorias, refuerzan los poderes del Presidente de la República, y por la disposición 24 transitoria se permitía decretar el Estado de excepción constitucional, disposición que fue altamente utilizada durante todo el período de la dictadura militar para restringir y suspender las garantías fundamentales reconocidas en el art. 19 de la CPCH. Más ampliamente, GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987. pp.197 a 207.

²²⁶ En esta síntesis nos hemos guiado por el artículo publicado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "*Estado de derecho y Justicia criminal en Chile (1973-1979)*" en *Control Social y Sistema Penal*. Edit. PPU, Barcelona, 1987. pp.583-601, también en *Nuevo Foro Penal*, N°6. 1980, Medellín. Colombia. Consúltese asimismo: MERA, Jorge, GONZÁLEZ, FELIPE Y VARGAS, Juan Enrique. "*Los Regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973*" *Cuadernos de trabajo*, N°4 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, Julio de 1987; "*Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: el caso de la Ley de Defensa de la Democracia*" en *Cuadernos de trabajo*, N°5 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, 1987. MERA, Jorge. "*Policía Judicial organismos de seguridad en relación con la libertad y el derecho a la justicia*", en Estudios: *Los derechos humanos a la luz del Ordenamiento Institucional*. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad. Noviembre de 1978.

²²⁷ BUSTOS, J. 1987, p.584.

era terrorista. La amplitud de los tipos penales colmados de elementos subjetivos, no siempre bien delimitados, y que más bien tendían hacia una politización del derecho penal, transformándolo en derecho penal de autor; las amplias facultades que tenía el Ejecutivo para llegar a sancionar toda conducta que se considerara atentatoria al régimen militar, vinieron a quebrar el principio de legalidad, e incluso a negar el principio básico del que nos hablaba Montesquieu, la separación de poderes. La autoridad administrativa se arrogó el ejercicio de las facultades punitivas.

Por otra parte, el campo procesal penal, las facultades amplias de que fueron dotados los cuerpos policiales, unidos a su correlato clandestino paramilitar, organismos de seguridad, la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) y su sucesora la CNI (Central Nacional de Informaciones),²²⁸ alteraron completamente medidas cautelares como la detención, y en lugar de tratarse de una medida cautelar pasó a ser una verdadera condena anticipada dado que, por regla general, la detención se transformaba en prisión preventiva. Además, la detención practicada por los cuerpos policiales carecía de toda garantía para la integridad física y psicológica de las personas, lo que en muchas ocasiones derivó en conductas delictivas por parte de la propia policía (detenciones ilegales, torturas, etc.). Cabe destacar que las funciones tradicionales de la policía judicial durante los Estados de Sitio, fueron asumidas por los servicios de inteligencia del gobierno militar, con lo que se abrió "legalmente" una puerta para la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos (detenciones ilegales seguidas de tortura, secuestro y desaparición forzada de personas).

Se amplió la competencia de los tribunales militares, permitiendo el juzgamiento de civiles²²⁹, y los tribunales ordinarios faltaron a sus funciones al declararse incompetentes para conocer de recursos de amparo y de queja, interpuestos en contra de tribunales militares. A ello se suma el régimen de incomunicación prolongada al que eran sometidos los detenidos, favorecedor de apremios ilegítimos antes de que fueran puestos a disposición del tribunal competente.

Como acertadamente expone BUSTOS, "Evidentemente no se trataba de una "recreación del Estado de Derecho, como señaló la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno, sino de una negación absoluta de su origen y evolución desde la revolución francesa hasta ahora". El sistema chileno de la dictadura militar intentó imponer por la fuerza una economía liberal de mercado y darle una protección jurídica mediante el *terror penal*. Su política criminal se basó en los conceptos de traición y seguridad del Estado cuyo presupuesto necesario era una justicia dependiente del brazo represivo absoluto del aparato estatal. *El Estado de Derecho se cambió por el Estado de terror*.²³⁰

4.b.2. La transición hacia la democracia y el Estado de Derecho.

De 1980 en adelante, las movilizaciones populares opositoras al régimen comenzaron a tomar vigor. Al mismo tiempo, la represión se acentuaba en las calles y barriadas con el objeto de destruir cualquier intento de organización. En este contexto, la violencia política armada que venía rearticulándose en la clandestinidad hace su aparición, sea mediante nuevas organizaciones, o bien resucitando las que la dictadura había aniquilado. Nace el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), en cuanto brazo armado del Partido Comunista y se reagrupa el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) de tendencia foquista. A ellos nos referiremos con más propiedad, al hablar de la violencia política.²³¹

²²⁸ La Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) fue creada por el DL N° 521 de 14.06.1974, y su sucesora, la Central Nacional de Informaciones (CNI) lo fue por el DL N° 1878 de 12.08.1977.

²²⁹ Los tribunales militares pasaron a conocer de todos los delitos atentatorios contra la seguridad del Estado, conocieron de hechos anteriores al golpe de Estado convirtiendo en actos de sedición y rebeldía los comportamientos de los que habían jurado lealtad al gobierno constitucional de Allende.

²³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1987. pp.588, 598-600

²³¹ Infra, Capítulo II: *El terrorismo como fenómeno histórico y social. II. La violencia política.*

1986 fue el año que marcó un hito en la historia de la lucha armada, cuando el FPMR fracasa en el atentado al General Pinochet. El Partido Comunista, al ejercer la hegemonía de la Izquierda, decide abandonar su estrategia política de Rebelión Popular y su táctica, la Sublevación Nacional (copamiento de los centros de poder mediante las masas organizadas), para unirse al resto de los Partidos opositores; aunque no integró la coalición de Partidos políticos que se enfrentaron electoralmente a la dictadura. Gracias a la presión popular, unida a la presión de la comunidad internacional (incluyendo a Estados Unidos que ahora se erigía como defensor de los derechos humanos y reclamaba democracia para Chile), el General Pinochet convoca a un Plebiscito (5 de Octubre de 1988), como un nuevo intento para revestir de legitimidad su gobierno y confirmarse como Presidente, hasta marzo de 1997. El fracaso del General Pinochet quedó marcado por un "NO" rotundo que el pueblo ejerció en las urnas.

a) El problema de los derechos humanos.

a.1) Primera etapa (1990-2000): La ambigüedad en el juzgamiento de los crímenes cometidos bajo el régimen militar.

Las elecciones presidenciales se celebraron en Diciembre de 1989 y asume como primer gobernante de la transición, Patricio Aylwin (Partido Demócrata Cristiano), líder en la "Concertación para la Democracia". Sin embargo, los militares no abandonan realmente el poder. Se condiciona el advenimiento de la transición democrática a una serie de restricciones al poder del gobierno civil, garantizando la representación militar en instituciones claves: el General Pinochet siguió ejerciendo poder, como Comandante en Jefe del Ejército, hasta Marzo de 1998 y designó, con base en la Constitución, a nueve senadores.

Bajo el mandato de Patricio Aylwin se adoptan medidas para abordar el problema de los derechos humanos y se crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cuyo producto final fue el *Informe Rettig*. En 1993 se celebran nuevas elecciones presidenciales y Eduardo Frei (Democracia Cristiana), presidente elegido, inaugura un nuevo período presidencial con la "Concertación para la Democracia". Es en éste período, donde se observó que la democracia chilena adolecía de una debilidad que puso en tela de juicio su legitimidad. Nos referimos con ello al punto más álgido de la legitimidad: las violaciones a los derechos humanos²³².

En esta primera etapa el debate se centró fundamentalmente en la interpretación y aplicación de la Ley de Amnistía de 1978. Ley impuesta por decreto durante el gobierno militar y que evita el procesamiento de individuos implicados en ciertos actos criminales entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978; primer periodo de Pinochet, cuando la represión fue más cruenta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró: "Si bien la autoamnistía fue promulgada con anterioridad a la iniciación del gobierno Democrático y a la ratificación de la Convención, la responsabilidad que se le imputa al Estado de Chile por esta cuestión deriva del hecho de que su legislación interna no ha sido ajustada a los términos de la Convención y que, al ser declarada (en forma arbitraria) constitucional por el Poder Judicial, sus efectos se han mantenido en el tiempo al convalidar ello la aplicación de poder, violatorio de derechos humanos". En igual sentido declaró Amnistía Internacional.²³³

²³² Para un análisis pormenorizado véase KAI AMBOS. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*. 1ª ed. colombiana, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Comisión Andina de Juristas, Instituto Max Planck para Derecho Penal extranjero e Internacional, Biblioteca Jurídica Diké, 1997. Trad. Marcela Anzola Gil. Medellín, Colombia. pp. 94--126, 146-154, 186-191, 211-215, 319-329, 360-363, 414-417.

²³³ *Informe de la CIDH, O.E.A. 1996. E/CN.4/1995/111*. p.185-186, en relación a la denuncia formulada de 27.03.1991 en contra del Estado de Chile por violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en el desaparecimiento forzado de personas. Informe N°36/96 Caso 10.843. Amnistía Internacional, por su parte ha declarado: "En opinión de Amnistía Internacional, tanto la Ley de Amnistía de 1978 como la forma en que se ha aplicado son contrarias a las normas internacionales de derechos humanos...la organización se opone firmemente a que se impongan más restricciones a la investigación de estas violaciones o al procesamiento de los responsables".

Sin embargo, nuevamente la presión internacional unida a la de amplios sectores sociales en Chile, otorgó fuerza necesaria a la demanda del esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos, y comenzaron los intentos por parte de la Justicia para juzgar y condenar a sus autores. Esto fue lo que ocurrió en la investigación de los hechos sobre la *Operación Albania o Matanza de Corpus Christi*. En 1987, un grupo de doce militantes del FPMR, fueron asesinados en presuntos enfrentamientos con agentes de la CNI. El proceso, en un principio fue incoado en la justicia militar, la que en 1995 dictó auto de sobreseimiento. Posteriormente el 23 de marzo de 1998, la Corte Suprema ordenó su reapertura y encargó la investigación a la justicia ordinaria. Se dictó auto de procesamiento en contra de cinco militares, cuatro oficiales del Ejército y uno de Carabineros, todos ex agentes de la CNI.²³⁴

De igual manera, la Corte Suprema en julio de 1999 confirmó el auto de procesamiento de cinco altos oficiales del Ejército por el delito de secuestro calificado en contra de 18 presos políticos que continúan desaparecidos y 57 homicidios calificados respecto de otros tantos prisioneros, hechos cometidos por militares, cuando integraban la denominada *Caravana de la Muerte*, comandada por el General Sergio Arellano Stark. Estos mismos hechos fueron los que motivaron el auto de procesamiento dictado en contra del General Pinochet (enero 2000). La "gira" que Arellano encabezaba como oficial "delegado" del General Pinochet, azotó en 1973 a las regiones del Norte del país, principalmente a la ciudad de Calama, y tenía por misión "agilizar los procesos de los que se encontraban prisioneros". Las víctimas se encontraban privadas de libertad en cárceles públicas, y habían sido condenadas por los Consejos de Guerra a penas que oscilaban entre tres y veinte años de prisión. Arellano y su comitiva, pasando por alto estas decisiones, dejó sin efecto estas sentencias, y aplicándoles la "ley de fuga", procedió a realizar ejecuciones y fusilamientos sumarios sin derecho a ninguna clase de garantías.

Queremos recordar aquí la brutalidad de sus procedimientos plasmadas tan enfáticamente por un militar (Gral. Lagos) ante los tribunales y ante la opinión pública, con motivo de estos hechos: "*En la forma que procedieron me sentí con dolor, con impotencia, con rabia...ante un hecho de esta naturaleza que hicieron en mi zona jurisdiccional y a mis espaldas*". Preguntado por los cadáveres de las víctimas al momento de entregarlos a sus familiares señaló visiblemente emocionado: "*Me costó porque daba vergüenza verlos. ¡Si estaban hechos pedazos! ¡ Si no eran cuerpos humanos! ¡ De manera que yo quería armarlos por lo menos, dejarlos en una forma decente, más o menos!. Pero eso no se pudo. ¡Les sacaban los ojos con los corvos, les quebraban las mandíbulas y todo, les quebraban las piernas!. Al final les daban el golpe de gracia. Se ensañaron*"²³⁵.

Basten estas palabras para preguntarse hasta dónde puede llegar la crueldad de los seres humanos, y para sentir una profunda impotencia ante la bestialidad del terrorismo de Estado, que no se compara, en caso alguno, con la que se puede llevar a cabo desde el terrorismo insurgente, a excepción de contadísimos casos como los que ocurren en Colombia o a veces en Perú. Pero este no era precisamente el caso chileno. Y a estos brutales hechos que hemos plasmado, en un principio, les fue aplicada la Ley de Amnistía²³⁶.

AMNISTÍA INTERNACIONAL; "*Chile: La transición en la encrucijada. Las violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema principal*". Edai, Madrid, Enero de 1996, p.9. Publicado originalmente con el título : "*Chile. Transition at the Crossroads. Human Rights Violations under Pinochet Rule Remain the Crux*". AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS. 1 Easton Street, Londres WC1X 8DJ, Reino Unido.

²³⁴ Sobre la noticia del auto de procesamiento véase *El País*, 29 de Julio de 1998, p.3.

²³⁵ Estas declaraciones fueron prestadas ante la justicia chilena, y posteriormente en una entrevista transmitida por Televisión Nacional de Chile los días 25 y 26 de enero 2001.

²³⁶ Es evidente que la Ley de Amnistía resulta inaplicable en este caso por cuanto el delito de secuestro, en la medida que no aparezcan los cuerpos de los 19 presos políticos secuestrados, continúa cometiéndose. No cabe la prescripción en este caso. Mas ampliamente, *Agencia de noticias EFE*, 20 de Julio de 1999, EQUIPO NIZKOR: <http://www.derechos.org/nizkor>.

En 1998 se produjo la detención del general Pinochet en Inglaterra²³⁷, hecho que ocasionó la molestia del gobierno chileno el que se opuso tenazmente a que fuera juzgado por tribunales españoles. Habida consideración de la Ley de Amnistía, la no extradición del General Pinochet a España hacía suponer a todas luces que aún cuando el General retornara a Chile "reclamado" por un tribunal chileno,²³⁸ ésta ley de punto final, se le aplicaría. Se sentaría así un precedente que reafirmaría más la opinión de la CIDH de que en Chile ha habido en muchos casos una denegación de justicia para los familiares de las víctimas.²³⁹ El gobierno chileno apeló a conceptos que resultaron de dudoso valor frente a los derechos fundamentales: soberanía nacional, territorialidad de la ley penal, intervención en asuntos internos de la política chilena, y en su interior se produjo un quiebre en las opiniones. El Partido Socialista exigía la extradición de Pinochet a España, mientras que la democracia cristiana aliada con los sectores derechistas (Renovación Nacional y Unión Demócrata Independiente) salía en defensa del senador vitalicio²⁴⁰. El reconocimiento de la competencia ante los tribunales españoles para juzgar a Pinochet puso en práctica por primera vez, el principio de la extraterritorialidad penal.²⁴¹

En este marco, el Presidente Eduardo Frei, dado el escozor que a nivel nacional e internacional suscitaba el problema de los derechos humanos, decidió crear una instancia destinada a intentar la llamada "reconciliación nacional" y que reunió a representantes de todas las ramas de las Fuerzas Armadas, representantes de la Iglesia, abogados de derechos humanos y personalidades políticas diversas. La denominada *Mesa de Diálogo* tenía por objeto buscar los mecanismos para resolver el tema de los detenidos desaparecidos²⁴².

Encontrándose Pinochet detenido en Londres, se llevan a cabo nuevas elecciones presidenciales resultando electo Ricardo Lagos (Partido Socialista), quien al asumir el mando de la Nación se comprometió a garantizar la independencia de los jueces admitiendo la posibilidad de que Pinochet fuere procesado en Chile²⁴³. Pocos días antes de que se iniciara este nuevo período presidencial (11 marzo 2000) los intentos de procesamiento por parte de los tribunales españoles se frustraron. Pinochet volvió a Chile después de dos años de "detención" en Inglaterra²⁴⁴, como un verdadero patriarca, sobrevolando la casa de gobierno como antaño en

²³⁷ El 4 de Julio de 1996, el Presidente de la Unión Progresista de Fiscales de España interpuso una denuncia por presuntos crímenes contra la humanidad, delitos de genocidio (interior) y terrorismo (nacional e internacional) cometidos por el ex dictador de Chile, Augusto Pinochet, entre los años 1973-1990. Esta denuncia señala a siete ciudadanos españoles que fueron asesinados u objeto de desaparición forzada en este periodo por los servicios de seguridad de la dictadura chilena. Se fundamenta en el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y España y el Derecho internacional que vincula a ambos países. Con posterioridad haciendo uso de la Acusación Popular, figura del Derecho español, en la causa argentina, se querellaron la Secretaría de Derechos Humanos de Izquierda Unida (IU), y en la causa chilena, la Fundación Salvador Allende; esta querrela señaló al menos a tres mil personas de diferentes nacionalidades, incluidos españoles y descendientes, que fueron asesinadas o desaparecidas. GARCÉS, J.; *"Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal internacional"* en *JpD*, N° 28, 1997. pp.92-99.

²³⁸ La mayoría de los procesos abiertos por desapariciones forzadas, homicidios calificados, torturas, etc., fueron sobreesidos aplicándose la ley de amnistía de 1978. No obstante, continuaban abiertos 17 procesos en contra de Pinochet que al momento de su detención ostentaba el cargo de Senador Vitalicio. Ello hacía presumir que el gobierno chileno solicitaría la extradición con el objeto de que Pinochet regresara a Chile y fuera juzgado allí.

²³⁹ *Informe de la CIDH. O.E.A. 1996. E/CN.4/1995/III.* p.185-186, en relación a las denuncias formuladas en contra del Estado de Chile por violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en el desaparecimiento forzado de personas. Informe N°36/96 Casos 10.843 (27.03.91), 11228, 11229, 11231 y 11282 (15.10.96). pp.162-240.

²⁴⁰ Aunque es cierto que en la campaña electoral previa a las elecciones de 1999, la derecha se cuidó muy bien de no asumir abiertamente la defensa de Pinochet.

²⁴¹ Más ampliamente: GUTIÉRREZ-VILLEGAS. 1999.

²⁴² La Mesa de Diálogo se constituyó el 21 de agosto de 1999, convocada por el ex Ministro de Defensa, Edmundo Pérez Yoma. Esta iniciativa recibió críticas por parte de grupos de derechos humanos, entre ellos, los de los familiares de las víctimas, que no fueron considerados como parte. Resulta incomprensible que, en la búsqueda de solución del conflicto, se haya dejado fuera a la principal de las partes involucradas. Amnistía Internacional siguió su desarrollo subrayando que, la adopción de medidas cuyo resultado no fuere la verdad o la justicia plena eran insuficientes y tardías. Véase las declaraciones de AI de 14-6-2000. Índice de AI: AMR 23/014/2000. Mas información en www.derechos.org/nizkor/chile/doc/mesa.html.

²⁴³ Información en *"El País"* 17-01-2000, p.3.

²⁴⁴ *El País*, viernes 3 de marzo 2000.

1973, aunque no ya para bombardear y matar, sino tan solo- y de momento- para marcar su presencia mostrando al gobierno civil la indefensión en la que se encuentra frente al poder militar, y a la vez para mostrar con sorna que los esfuerzos realizados hasta ese momento por los defensores de los derechos humanos por sancionar los crímenes cometidos bajo su mandato, habían sido infructíferos.

Si bien la detención del General Pinochet había significado un gran avance en cuanto a la posibilidad de sanción de crímenes de lesa humanidad (por parte de quienes apoyan la idea de una “justicia universal”) su liberación y su impunidad, presentaron un retroceso ya que fomentó la proliferación de dictaduras y gobiernos autoritarios. Ello porque, si bien es cierto, los dictadores y gobiernos autoritarios serían “más cuidadosos” en la aplicación de sus políticas de exterminio, la liberación de Pinochet les aseguraba la impunidad. Aunque no es menos cierto que, quizás el caso Pinochet fue el antecedente que permitió posteriormente el juzgamiento a Milosevic en Yugoslavia (2001). Pero Pinochet no fue extraditado a España, ni tampoco juzgado en Chile, ya que fue declarado inimputable (2000) a causa de la “demencia senil”, argumento que utilizó con fuerza su defensa. Sobre esta base es perfectamente plausible pensar que en este caso no ha triunfado nada más que la *Justicia Simbólica*. Y lo que es más irritante, se ha jugado con la esperanza del pueblo chileno y de la comunidad internacional de esclarecer y sancionar los crímenes cometidos²⁴⁵.

Ya desde antes había comenzado a prepararse el camino a la impunidad. Si bien es cierto el gobierno de Ricardo Lagos jamás negó la posibilidad de que Pinochet fuere procesado por los tribunales de justicia chilenos, no es menos cierto que abrió “posibilidades legales” para el General a su regreso a Chile. Por la Ley 19.672 de *Reforma constitucional* de 29 abril del 2000²⁴⁶ se modificó el art. 30 de la Carta Fundamental, estableciéndose una nueva causal de fuero parlamentario basada en la dignidad de ex presidente de la República²⁴⁷. El art. 30 se refiere a la cesación en el cargo de Presidente de la República. La reforma agregó los siguientes incisos: “El que haya desempeñado este cargo por el período completo, asumirá inmediatamente y de pleno derecho, la *dignidad oficial de Ex Presidente de la República*.”

En virtud de esta calidad le serán aplicables las disposiciones de los incisos segundo, tercero y cuarto del art. 58 y el artículo 59²⁴⁸.

Quien *actualmente o en el futuro se desempeñe como senador vitalicio*, podrá renunciar a dicho cargo, en cuyo caso mantendrá la dignidad de Ex Presidente de la República.

No la alcanzará el ciudadano que llegue a ocupar el cargo de Presidente de la República por vacancia del mismo *ni quien haya sido declarado culpable en juicio político* seguido en su contra.

El Ex Presidente de la república que asuma alguna función remunerada con fondos públicos, dejará, en tanto la desempeñe, de percibir la dieta, manteniendo en todo caso el fuero. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial²⁴⁹.

Independientemente de que Pinochet hubiese aceptado o no renunciar a su cargo de senador vitalicio²⁵⁰, compartimos la opinión de quienes sostienen que esta ley pretendía otorgar

²⁴⁵ Sobre estas consideraciones personales más ampliamente VILLEGAS, Myrna; “*La justicia simbólica. Pinochet y el olvido de los británicos*”, en “*Tribuna de Salamanca*”, España 27-03-1999, p.4, y “*Razones Humanitarias para Pinochet: Impunidad y favorecimiento del abuso de poder del Estado. La simbólica justicia universal*”, en <http://www.presos.org>. (Red de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Chile) enero 2000; <http://www.eurosur.org/rebellion>. *Revista electrónica Rebelión*, España, 13-01-2000; “*Tribuna de Salamanca*”, 15-01-2000, p.4.

²⁴⁶ Ley 19.672 de “*Reforma constitucional que modifica el artículo 30 de la Carta Fundamental, con el fin de establecer el estatuto de los ex presidentes de la República*”, publicada en el D. Oficial de 29 abril del 2000.

²⁴⁷ La reforma fue promovida por cinco Senadores de la República, un senador designado en razón de ex presidente de la Corte Suprema, y cuatro pertenecientes a las bancadas de RN, UDI, DC y PS. La moción parlamentaria fue aprobada por el Senado, en sesión extraordinaria (núm. 33 de 15-09- 1999), otorgándosele el carácter de “suma urgencia” (19-01-1999), en cuya virtud el 25-01-2000 la Cámara de Diputados lo aprobó, sin modificación alguna.

²⁴⁸ Los arts 58 y 59 de la CPRCH regulan el derecho a la inviolabilidad parlamentaria y a percibir la dieta parlamentaria.

²⁴⁹ Lo subrayado es nuestro.

²⁵⁰ De hecho no renunció a su cargo y fue sometido a procedimiento de desafuero por la Corte de Apelaciones de

un nuevo fuero al General, ya que si éste renunciaba a su calidad de Senador Vitalicio, tendría el fuero parlamentario como ex presidente de la República²⁵¹. Ello implica que no podría ser sometido a proceso, sin que previamente se le hiciera un procedimiento procesal de desafuero, el que solo se encuentra reglado por la ley para el caso de los diputados y senadores en ejercicio²⁵². Por otra parte, se dice que no alcanzará la dignidad, y por ende el mentado fuero, el ex presidente que haya sido declarado *culpable* en un juicio político seguido en su contra, caso en el cual Pinochet no se encontraba.

De esta reforma y de su eventual “aprovechamiento” por parte de la defensa de Pinochet, no volvió a hablarse en Chile ya que la Corte de Apelaciones inició un procedimiento judicial que culminó con el desafuero de Pinochet como senador vitalicio. Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema²⁵³, considerando ante todo la existencia de fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a Pinochet en los crímenes que se le imputan, razón por la cual, entre otras, se cumplirían los requisitos que hacían procedente la declaración de desafuero. Se advertía, más que antes, una clara voluntad por parte de los Tribunales de Justicia para esclarecer los delitos cometidos, voluntad que se manifestó en este desafuero. Lo que no está claro es si existía la misma voluntad en la clase política chilena.

a.2.- Segunda etapa (2001 a la actualidad): El procesamiento del general Pinochet y la impunidad.

En enero del año 2001 la *Mesa de Diálogo* emitió su informe final, y las Fuerzas Armadas se comprometieron a entregar toda la información disponible sobre los detenidos desaparecidos. Varios días se sucedieron de infructuosas búsquedas de osamentas en diversos lugares, principalmente en un sector de Santiago (cuesta barriga) donde presumiblemente se encontrarían los cuerpos de seis militantes del Partido Comunista ejecutados en 1976. Algunas osamentas fueron encontradas, otras no. La información entregada no ha sido suficiente y existen dudas acerca de su fiabilidad²⁵⁴.

A los pocos días de culminadas las conversaciones de esta instancia, se produjo un hecho insólito: el auto de procesamiento del general Augusto Pinochet, en calidad de autor de los delitos cometidos por la Caravana de la Muerte (1973). En concreto, por los delitos de secuestro (art. 141 inc.1° CP) y homicidio calificado (art. 391 n°1 CP), por la desaparición forzada de dieciocho personas y el asesinato de otras cincuenta y siete²⁵⁵. Parece ser que con ello se abría una nueva etapa en el régimen político chileno que traería la verdadera “transición a la democracia”. Sin embargo, cabe preguntarse desde un punto de vista estrictamente político (no penal), si es lógico sostener “responsabilidades individuales” en las violaciones a los derechos humanos, desconociendo la “responsabilidad institucional” que corresponde a las Fuerzas Armadas y de policía. Los crímenes fueron cometidos por personas pertenecientes a instituciones jerarquizadas y disciplinadas, y a pesar de procesar al que fuera su Comandante en jefe, no se reconoce esta responsabilidad institucional.

Da la impresión de que se está muy lejos de esta idea, porque ya en marzo 2001 el Gral. Pinochet fue puesto en libertad provisional, habiéndose modificado el auto de procesamiento en

Santiago.

²⁵¹ Organización de Defensa Popular, <http://www.odep.cl>; RFAPPCh, <http://www.presos.org>. También en Equipo NIZKOR. Derechos Human Rights. Serpaj Europa: <http://www.derechos.org.nizkor/chile>.

²⁵² A este respecto es pertinente recordar que la ley chilena (arts. 611 y ss. del CPP) no señala el procedimiento para desafuero a quienes gozan de la “dignidad de Ex Presidentes de la República”, sino a los diputados y senadores en ejercicio, luego, existe un vacío legal al que se suma el hecho de tener el CPP rango de ley, y no de norma constitucional (como la que se impondría con la reforma).

²⁵³ S. Corte Suprema de 8 agosto 2000, n°1920-2000.

²⁵⁴ Véase la prensa chilena del mes de enero 2001: *El Mercurio*, *La Tercera de la Hora*, *Las últimas Noticias*, *Rev. Punto Final*, *El Siglo*, entre otras.

²⁵⁵ Resol. de 29-01-2001, pronunciada por el Ministro de Fuero Sr. Juan Guzmán Tapia, Proceso Rol 2.182-98-A, (Considerando 14°).

términos tales de imputarle responsabilidad como encubridor de los crímenes, y no autor. A pocos meses (julio 2001), fue declarado inimputable por demencia, con lo que se sobreseyó la causa. Si el auto de procesamiento en contra del Gral. Pinochet había significado un avance en materia de derechos humanos, el sobreseimiento ha significado un grave retroceso. Parece ser que el camino escogido es lo suficientemente fácil y presentable, como para consolidar la impunidad antes que el merecido castigo. Esta opinión es compartida por amplios sectores de la sociedad chilena, y que bien resumen las palabras del escritor Luis SEPÚLVEDA²⁵⁶:

“... El lenguaje de dueño de fundo se instaló también en el gobierno de Patricio Aylwin, luego en el de Eduardo Frei, magnificado en demostraciones de orgullo patrio herido durante la detención de Pinochet en Londres, y su eventual extradición a España, y es empleado ahora por el gobierno de Lagos, en un inusitado extremo de vileza, puesto que se pretende imponer a las víctimas la obligación de agradecer a los militares que en la Mesa de Diálogo, reconocieran algunos ‘excesos’ y dieran a conocer los supuestos paraderos de doscientas víctimas de un total que suma mucho más de dos mil... La infame historia de la infamia recitada con tono de dueño de fundo, acusa a las víctimas, demoniza a las víctimas, las desprestigia, por no considerar suficiente el gesto de las Fuerzas Armadas que, en un arresto de generosidad han indicado los lugares en los que, posiblemente estén los restos de doscientos hombres y mujeres asesinados, atrocemente torturados y que, casualmente sus nombres son parte de los muchos procesos a que se enfrenta Pinochet...”

Por otra parte, es posible sostener que la política gubernamental en materia de derechos humanos, sirve implícitamente a una función de consolidación de la institucionalidad vigente, que arrastra consigo un sistema socioeconómico que lleva implícita la desigualdad económica y social. A este punto nos referiremos seguidamente.

b. Transformación política, crecimiento económico y desigualdades sociales.

En el plano socioeconómico, si bien se han producido grandes cambios políticos durante los años de “democracia”, lo cierto es que no existió, en nuestra opinión, una transformación estructural de la sociedad, pues la participación política es autónoma en relación a la defensa de los intereses sociales. Es cierto, que existe una mayor libertad y un pluralismo político, pero también es cierto, que el Estado puede modificar, extender la participación social y política de las clases medias y populares, sin que por ello, se atente contra el poder de la oligarquía.²⁵⁷ De hecho, el sistema económico de Chile, es un sistema económico neoliberal y al igual que en el período comprendido entre 1932 y 1973; si bien el Parlamento juega un papel importante, se encuentra limitado en la práctica por el hecho de que los grandes partidos se consideran portadores de “programas globales”.

La democracia en Chile se ha identificado históricamente con los intereses de la oligarquía, pero se halla abierta y progresivamente (y no sin crisis), a las clases medias.²⁵⁸ De

²⁵⁶ SEPÚLVEDA, Luis. “*La infame historia de la infamia*”, en *le Monde Diplomatique*, año VI, n°67, mayo 2001, Edición española, pp. 1,16,17.

²⁵⁷ TOURAINE, A. 1989. p. 298. Con ésta idea, el autor no se refiere al caso chileno, sino a un sector de países latinoamericanos caracterizados por un sobredesarrollo político; esto es, cuando los actores sociales se encuentran débilmente organizados y el Estado se reduce a un mercado político. Señala Touraine: “...la política se vuelve entonces un sistema más de consumo que de producción y los líderes políticos tratan de constituirse en *clientelas* antes que representar intereses o proyectos globales de sociedad... este sobredesarrollo del sistema político es un aspecto importante de la desarticulación de la acción política en relación con los intereses económicos y sociales”. En nuestra opinión, es el tipo de sistema político que, en *los hechos*, se ha venido desarrollando desde que se asumió el gobierno de la transición democrática. No desconocemos, el inmenso paso que significó la derrota de la dictadura militar con la asunción de un nuevo gobierno “civil” en 1990. Lo que criticamos, es la forma en que se han comportado los grandes partidos políticos, cada vez más alejados de los intereses sociales y económicos de una gran masa de chilenos que se encuentran en condiciones paupérrimas de vida.

²⁵⁸ Considérese que el gobierno de la transición democrática fue el gobierno de una coalición de partidos políticos, liderada hasta el año 2000 por el PDC. Por otra parte, debe recordarse cuando en 1920, el Presidente Arturo Alessandri, inició la apertura hacia las clases medias, el sistema político chileno gozaba de una amplia autonomía, y concordando en esto con Alain Touraine (1989. p.308), logró reintegrar ciertos elementos del régimen nacional popular en un régimen ante todo parlamentario. Acierta RATTINOFF al expresar que la clase media chilena deseaba combinar el Estado de Derecho, más con justicia social y se opuso al capitalismo por razones morales, más que

una política económica que se trató de sustentar en la burguesía industrial hubo de transitarse, durante los últimos años de la dictadura militar, a un capitalismo de Estado que en el curso del sistema democrático ha sido acompañada progresivamente de medidas propias de una economía liberal de mercado, por ejemplo las privatizaciones.²⁵⁹ Con ello se avanzó hacia un mercado crecimiento económico en relación con el resto de los países latinoamericanos.

El crecimiento económico no supone *per se*, una integración social, ni la disminución de las desigualdades sociales. Chile ha sido catalogado como uno de los países de mayor desarrollo económico en América Latina con posterioridad a la caída de la dictadura militar. Esta afirmación tiene lugar si consideramos los indicadores económicos tradicionales (Niveles de producción e inversión, Producto Nacional Neto, renta per cápita, etc.), desligados de factores sociales. Si, por el contrario, ponderamos estos factores sociales, advertiremos que la distribución de las riquezas obtenidas, hasta ahora, sigue siendo desigual. El poder económico y financiero se concentra en grandes grupos económicos, tanto chilenos como extranjeros, en los que el protagonista principal es el Fondo Monetario Internacional. Ello origina una mantención de los niveles de marginalidad y pobreza, pese a los intentos de los sucesivos gobiernos de erradicarlas²⁶⁰. Por otra parte, de un capitalismo dependiente y limitado en relación a los países desarrollados, Chile ha pasado a su vez a ejercer el mismo tipo de política respecto de otros países latinoamericanos. Manifestación clara de ello es que los grandes grupos económicos chilenos dominan en los mercados peruano y boliviano.

El Estado chileno, como ha sido históricamente, se aleja siempre de las grandes decisiones económicas, ya que ellas se encuentran en manos de este capital extranjero, que es el que decide los destinos del continente. Y este poder de decisión se irá incrementando paulatinamente a medida que avance la globalización económica.

c. El Estado de Derecho bajo el régimen democrático.

c.1.- En este contexto económico y social, se yergue un Estado de Derecho aún débil que mantiene el sesgo de la política imperante en los últimos años de la dictadura militar. Durante el primer gobierno de la transición democrática se realizaron reformas a la Constitución de 1980, más su esencia siguió intacta.

Primero, las Fuerzas Armadas continúan siendo consideradas como garantes de la institucionalidad. De acuerdo al texto constitucional las Fuerzas dependientes del Ministerio de Defensa son las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Las Fuerzas Armadas se integran por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública se integran por Carabineros e Investigaciones. El art. 90 de la Constitución de 1980 señala: "...*Las Fuerzas Armadas...* son esenciales para la Seguridad Nacional y *garantizan el orden institucional de la República...* Las *Fuerzas de Orden y Seguridad Pública...* constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen las respectivas leyes orgánicas, *Carabineros se integrarán, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República*".

Segundo se mantienen instituciones tales como el **Consejo de Seguridad Nacional** (COSENA) y el **Tribunal Constitucional**, cuyo origen no es la elección popular, y que tienen

económicas. RATINOFF, L. "*Los nuevos grupos urbanos. Las clases medias*" en Solari, A. y Lipset, S.M. Editores; *Elites in Latin América*, Nueva York, Oxford University Press, 1967, pp.71-102.

²⁵⁹ La debilidad de la burguesía industrial en Chile determinó que durante la dictadura militar se le sustituyera por la acción de la CORFO (Corporación Nacional de Fomento de la Producción) y ODEPLAN (Oficina de Planificación Nacional), con lo que se dio paso al capitalismo de Estado. La transición democrática mantuvo la CORFO y transformó a ODEPLAN en Ministerio (Ministerio de Planificación Nacional).

²⁶⁰ Sobre este punto concreto, más ampliamente, MAIRA, Luis. *Superando la pobreza, Construyendo la equidad*. Ministerio de Planificación y Cooperación, Santiago de Chile, Junio de 1995.

por función la protección del sistema político y económico imperante y con facultades amplias en materias de seguridad y orden público.²⁶¹

El **COSENA** se regula en el Capítulo XI de la CPCH de 1980 y por su propio reglamento interno cuya elaboración corresponde al mismo órgano. Su composición está determinada por el art. 95 de la CPRCH (modificado por la Ley de Reforma Constitucional N°18.825 de 17 de Agosto de 1989): "*Habrá un Consejo de Seguridad Nacional, presidido por el Presidente de la República e integrado por los Presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República. Participarán como miembros del Consejo, con derecho a voz, los ministros encargados del gobierno interior, de las relaciones exteriores, de la defensa nacional y de la economía y finanzas del país. Actuará como Secretario el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional...*". Esto significa que casi dos tercios de su composición total recae sobre militares.

Sus funciones, de acuerdo al art. 96 CPRCH son:

- a) *Asesorar al Presidente de la República en cualquier materia vinculada a la seguridad nacional en que éste lo solicite.*
- b) *Hacer presente, al presidente de la república, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho acto o materia, que a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional.*
- c) *Informar previamente de respecto de determinadas materias de ley destinadas a fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que deben mantenerse en tiempo de paz o guerra y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él.*
- d) *Recabar de las autoridades y funcionarios de la administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del Estado. En tal caso, el requerido estará obligado a proporcionarlos y su negativa será sancionada en la forma que establezca la ley.*
- e) *Ejercer las demás atribuciones que esta Constitución le confiere, como por ejemplo, en caso de estados de excepción constitucional (art. 40), el Presidente de la República en caso de guerra interna o conmoción interior puede prescindir del acuerdo del Congreso Nacional para decretar Estado de Sitio si el Consejo de Seguridad nacional presta su acuerdo (art. 40 n°2 inciso 3), puede también el Jefe de Estado declarar todo o parte del territorio nacional en Estado de emergencia contando con el acuerdo de este Consejo, en casos graves de alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional (art. 40 n°3). Cabe destacar que en todos estos casos en virtud del art. 41 se faculta al Ejecutivo para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. También restringir el derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer que se requisen bienes y limitar el derecho de propiedad, puede imponer el desplazamiento forzoso de personas, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.*

Por último, otras facultades del Consejo de Seguridad Nacional son *intervenir en la conformación del Tribunal Constitucional*, órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. El COSENA elige a dos de los siete integrantes de éste (art. 81), e interviene con su acuerdo para que el Presidente de la República llame a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, la Fuerza Aérea o al General Director de Carabineros.

El **Tribunal Constitucional** está regulado en el Capítulo VII de la CPRCH, institución que también se hereda del régimen militar (creado por la LOC N°17997 de 19 de mayo de 1981). Se integra por siete miembros, tres ministros de la Corte Suprema, un abogado designado por el Presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, un abogado elegido por el Senado, durante ocho años en sus cargos renovables por parcialidades cada cuatro años y son inamovibles (art. 81 CPRCH). Entre sus atribuciones, además de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, resolver las cuestiones que se susciten con

²⁶¹ Para una visión más particularizada véase: GONZÁLEZ., Felipe.- MERA, Jorge - VARGAS, Juan E. *Protección Democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*. Programa de Derechos Humanos de la AHC, Santiago de Chile, Abril de 1991.

motivo de la constitucionalidad de Decretos leyes, y también en relación a la constitucionalidad de la convocatoria a un plebiscito, cabe destacar que puede *declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos*. Asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, tratándose de partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ello como método de acción política. (art. 82 n°7 en relación con el art. 19 n°15, incs. 6°, 7° y 8°).²⁶²

Tercero, la participación de la voluntad popular se ve seriamente afectada toda vez que el sistema electoral establece un sistema binominal que pone en serio cuestionamiento la efectividad, eficacia, objetividad y en suma, legitimidad de los canales de participación política.²⁶³

Y *Cuarto*, se mantiene una normativa constitucional de sesgo autoritario y antidemocrático en relación a la elección de representantes del pueblo. Nos referimos a la figura de los senadores designados. El art. 45 de la CPOCH señala la conformación del Senado: 38 de ellos son elegidos por votación directa, 9 son designados, de entre los cuales 4 corresponden a miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas (un ex comandante en jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex Director General de Carabineros) que hubieren desempeñado el cargo a lo menos por dos años, elegidos por el COSENA (art. 45 letra d). Si resulta chocante el hecho de que a representantes de las fuerzas militares y policiales se les atribuya perse el derecho a representar al pueblo, sin haber consultado a éste, más chocante resulta que se atribuya esta calidad de por vida a ciertas autoridades que han dejado ya su cargo. El art. 45 letra a) señala que el Senado se integrará también por *"los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua... estos senadores lo serán por derecho propio y con carácter vitalicio..."*. Esta disposición permitió al General Pinochet abandonar el poder manteniendo primero su cargo como comandante en jefe del ejército durante el gobierno de la transición democrática y con posterioridad a partir del 11 de marzo de 1998, asumir como senador vitalicio. Es pertinente recordar que al momento de elaborarse la Constitución de 1980 y de entrar en vigor, el único que cumplía estos requisitos era el General Pinochet.

c.2. Como puede observarse, aún en Chile se observan rasgos de autoritarismo e institucionalización, consecuencia de la aplicación de un entramado sistema político que reúne (defectuosamente) a demócratas y militares. El sistema penal, como parte de todo el sistema social y del Estado de Derecho es el que ha resultado mas afectado. Por los límites de esta investigación nos referiremos solo a aquellos aspectos más importantes:

En materia de política criminal, se ha mantenido la tradición heredada del régimen militar en cuanto a las legislaciones de excepción. De esta forma continúan en vigor, aunque con modificaciones, la Ley 18.314 que regula conductas terroristas, la ley 12.097 de Seguridad del Estado y la Ley 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos. Tales leyes penales especiales tradicionalmente han sido mecanismos en los que impera la ideología de los gobiernos y la coyuntura política del momento, sobre la defensa de la paz y la justicia social. Y en ellas generalmente se violentan los principios garantistas del sistema penal utilizándolo como

²⁶² Para una visión histórica acerca del control de la constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno, véase NOGUEIRA ALCALÁ, H. *"El sistema del control de la constitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno"*. Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. T.II. Santa Fé de Bogotá, 15-17 abril de 1998, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1998. pp. 1369-1408. ANDRADE, Carlos. *Tribunal Constitucional en Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 31. Editor Universidad Diego Portales, Stgo- Chile, 1996. CUMPLIDO, Francisco. *"Tribunal Constitucional y control ideológico"* en *La Revista del Derecho*, N°1. Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago de Chile, 1989.

²⁶³ El sistema binominal permite a una minoría del 33,4% del electorado tener la misma representación que la mayoría. *Ley N°18.799 sobre Votaciones Populares y Escrutinios* de 6 de mayo de 1988

herramienta para el "castigo social". La amplitud de los tipos penales, plagados de elementos subjetivos conculcan los principios generales del derecho. La amplitud de atribuciones a los organismos policiales, la suspensión de derechos y garantías fundamentales, recuerdan a una situación de emergencia que en Chile no se vive. Sobre ello volveremos en la segunda y tercera partes de esta investigación.

Cabe destacar que bajo el Estado de Derecho chileno, se permite el juzgamiento de civiles por parte de militares en tiempo de paz. Es probable que esto se deba a una ausencia de sometimiento real del poder militar a las autoridades políticas y civiles, unido a la institucionalización de legislaciones extraordinarias que fueron dictadas en estados de emergencia. Esto lleva a la utilización de la jurisdicción militar en cuanto arma de represión política con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales.

Así por ejemplo, los tribunales militares tienen competencia para conocer de los delitos contenidos en la Ley 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos. Esto ha significado que muchos integrantes de los grupos que se han opuesto violentamente al modelo de Estado impuesto, hayan sido juzgados tanto en virtud de la Ley de Control de Armas (grupo armado de combate, art. 8 LCA), como de la Ley de Conductas Terroristas (asociación ilícita terrorista art. 2 n°5 en relación art. 1° LCT), en la que la justicia civil tiene la competencia. En otros casos la imputación de responsabilidad por la Ley de Control de Armas se ha visto "acompañada" de la imputación por la Ley de Seguridad del Estado (asociación ilícita, art. 4 d LSE), en la que también tiene competencia la justicia ordinaria. Así las cosas, en reiteradas ocasiones el principio de non bis in ídem, o el de cosa juzgada se han visto lesionados ya que, un mismo hecho es juzgado paralelamente tanto en el ámbito de la justicia civil como en el ámbito de la justicia militar²⁶⁴. Asimismo tiene competencia la justicia militar para conocer de todos los delitos contenidos en el Código de Justicia Militar, sean cometidos por civiles o militares, siendo especialmente frecuente el juzgamiento de civiles que cometen el delito de maltrato de obra a miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

Sin ánimo de extendernos en las razones a favor o en contra de la existencia de las jurisdicciones militares, y en lo que atañe, delitos militares, cabe hacer las siguientes consideraciones: Desde el punto de vista sustantivo penal, es un principio universalmente aceptado el que el derecho penal se legitima solo en la medida en que pretende proteger bienes jurídicos penalmente relevantes. En los delitos militares no es posible advertir un bien jurídico que, en la concreta delimitación típica, sea susceptible de ser atacado²⁶⁵. Esto implica que, de un lado, se vea contradicho el principio de lesividad, y del otro, los de fragmentariedad y subsidiariedad. En el plano sustantivo procesal, es una garantía universalmente reconocida aquella que señala que la atribución de responsabilidad penal debe ser hecha por un tribunal independiente e imparcial. Esta situación no se produce en el juzgamiento de civiles que cometen delitos tipificados en el Código de Justicia Militar²⁶⁶.

Por último, y como estima un sector de la doctrina, desde el punto de vista del derecho penal de garantías, no se justifica la jurisdicción militar para el conocimiento y fallo de delitos

²⁶⁴ Citamos, entre muchos, el caso de P.O.M., que fue juzgado por la justicia civil y militar por su pertenencia al FPMR. La Justicia Civil, Corte de Apelaciones de Santiago le procesó y juzgó por infracción a la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, causa en la que se le absolvió de la acusación formulada en su contra por el Ministerio del Interior, esto es, asociación ilícita (Proceso Rol N° 12-91). Paralelamente la Justicia Militar le procesó y juzgó por infracción a la Ley de Control de Armas, formación de grupo armado de combate (art. 8°), dictando sentencia condenatoria pese a haber alegado la defensa la existencia de cosa juzgada (Rol 345-94. 2ª Fiscalía Militar de Santiago).

²⁶⁵ En esta opinión, SOTO, Miguel. *"Concepto de delito militar y ámbito de competencia de los tribunales militares"*. Para Jorge MERA tal bien jurídico en los delitos militares debe tener un carácter "universal". MERA, J. *"Razones justificatorias de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz"*. Ponencias en *Seminario Internacional de Justicia Militar*, 15 al 17 octubre 1997, Fac. de Derecho, Universidad Diego Portales.

²⁶⁶ Esto tampoco se cumple en el caso del juzgamiento de militares que cometen delitos comunes o delitos militares (el tribunal militar siempre tenderá a proteger los intereses de la institución).

que afecten el orden público interno. En una sociedad democrática los delitos militares, en todo caso, debían circunscribirse a delitos contra la seguridad externa²⁶⁷, y resultando aún discutible si el bien jurídico supraindividual que pretenden proteger puede ser esta seguridad externa²⁶⁸.

d. A modo de conclusión.

Sin duda, el problema clave lo ha constituido el tema de derechos humanos. Sin desconocer la importancia que significa para el país el hecho de que Pinochet haya sido objeto de un auto de procesamiento por determinados casos relacionados con la *Caravana de la Muerte*, quedan sin resolver otros tantos. Hay que considerar que la información entregada por las Fuerzas Armadas sobre el paradero de detenidos desaparecidos, tras el cierre de la Mesa de Diálogo, ha sido insuficiente. No se trata de impaciencia. Se trata de realismo, máxime cuando Pinochet ha sido procesado en calidad de mero encubridor de los crímenes cometidos (Caravana de La Muerte).

Por otra parte, si a los militares y organizaciones paramilitares que cometieron actos de terrorismo durante la dictadura, se les pretende aplicar una *ley de punto final*, puesto que aún está vigente esta posibilidad²⁶⁹, no ha ocurrido lo mismo con quienes no han creído en los postulados democráticos de la transición, y se han opuesto de manera violenta a ella. Todos aquellos que fueron encarcelados por delitos cometidos durante la dictadura o bien se les liberó o se les aplicó la pena de extrañamiento, previa revisión de los procesos judiciales. En cambio, aquellos que han cometido delitos con posterioridad a ella cuestionando la legitimidad mediante la sustentación de la lucha armada son considerados terroristas. Tanto los gobiernos de Aylwin como de Eduardo Frei reconocieron su obligación e intención de investigar los crímenes, y establecieron una Comisión de Verdad y Reconciliación, pero lo cierto es que sus esfuerzos resultaron insuficientes e inefectivos. Su argumento fue siempre el mismo: la imposibilidad para modificar o anular el decreto ley de amnistía y su obligación de respetar las decisiones del Poder Judicial y continuamente alegaron que sus esfuerzos en el esclarecimiento de los hechos es bastante.

Parece ser que bajo el gobierno de Lagos, tras diez años de “democracia” recién comienzan a abrirse posibilidades de justicia. Y ello no tanto por que existiera voluntad en la clase política, sino porque es un hecho que si lo que se propugna es la denominada “reconciliación nacional”, evidentemente la clase política debe posibilitar que militares y políticos se sienten a “dialogar”, y el procesamiento del General Pinochet parece ser mas bien una “voluntad” por parte de los Tribunales, cuya independencia, eso sí, el gobierno se ha comprometido a respetar.

En todo caso, como se decía, a Pinochet se le ha procesado por algunos crímenes. Queda por determinar la responsabilidad de quienes fueron sus mandos medios, y aplicar penas justas y acordes para crímenes “delesa humanidad”. Desde el golpe militar, y hasta 1999 sólo 19 ex militares y miembros de los servicios de inteligencia del General Pinochet, fueron juzgados y condenados por violaciones a los derechos humanos, y continúan abiertos 251 procesos relacionados con estos hechos. El general M. Contreras cumplió solo siete años de prisión por el asesinato de Orlando Letelier, en una cárcel construida ex profeso para militares, cuyas

²⁶⁷ MERA, J. “*Razones justificatorias de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz*”, cit., 1997.

²⁶⁸ En este sentido, SOTO, Miguel. “*Concepto de delito militar y ámbito de competencia de los tribunales militares*”, cit., 1997.

²⁶⁹ Considérese que antes del regreso de Pinochet a Chile, J.L. Díaz, investigador de Flacso y miembro de la comisión de defensa del PS, declaró que en relación a los militares que se encuentran procesados existen tres formas probables de encarar el problema: “Con una nueva ley de amnistía, por un plebiscito nacional, o simplemente dejando que los procesos judiciales concluyan con unos cien militares en Punta Peuco”, creyendo, a su juicio que es más probable una salida política al estilo de Uruguay (plebiscito) o de Argentina (amnistía). “*La Tercera*” 18-01-2000, suplemento especial *Presidente 2000-2006*, p.5.

condiciones son infinitamente mejores que cualquiera de las cárceles de este país. Posteriormente quedó en “arresto domiciliario” por otros procesos pendientes.

El General Pinochet incluso pudo “pasar por alto” el lugar de detención que le fijó el Juez Guzmán, su casa de Santiago, y decidió cumplir el arresto en su estancia privada (Los Boldos) fuera de la ciudad. Y nótese que la declaración indagatoria la prestó a tres años de haber sido detenido en Londres. ¿Quién sino él ha tenido más garantías para ser procesado en Chile?. Las garantías que él no dio a sus víctimas.

Y mientras tanto, a quienes se opusieron violentamente a su régimen, al iniciarse la transición, se les conmutaron las penas por las de extrañamiento, encontrándose actualmente desperdigados distintos países de Europa, y sin posibilidades cercanas de regresar a Chile. Y mientras tanto, las personas que permanecen en la Cárcel de Alta Seguridad, siguen sufriendo las dilaciones interminables en sus procesos, condenados a diez o más años de prisión.

Cabe preguntarse, si ante *tal falta de claridad* en el abordaje del problema de derechos humanos en Chile, encuentra el sistema un criterio de legitimación del poder cuyo valor resulte más importante que los derechos fundamentales.

Al problema de derechos humanos, como se ha señalado, se une el económico y social. Los programas para la superación de la pobreza no han sido exitosos y existe una gran masa de chilenos cesantes (parados), sea en el sentido real del término o mediante el paro encubierto (comercio ambulante por ejemplo). La esencia de la Constitución de 1980 elaborada por el régimen militar no ha variado en sus contenidos fundamentales y mantiene instituciones que implican una intromisión absoluta del poderío militar en el poder civil. Si a ello le sumamos la dudosa representatividad del sistema binominal de elecciones, cabe cuestionarse nuevamente si estamos ante una legitimidad en todo el sentido de la palabra, o al menos, si es pertinente *calificar como terroristas*,²⁷⁰ a quienes han sustentado la vía armada para disenter y recluirllos en cárceles especiales, cárceles de alta seguridad.

Por otra parte, a la vista de la asunción del primer gobierno socialista (Ricardo Lagos, enero 2000) después del gobierno de la Unidad Popular (1970), pensamos que es altamente probable que el “terrorismo” en Chile deje de ser patrocinado por los sectores de izquierda y se transforme en un instrumento eficaz para los sectores de la derecha, o grupos paramilitares, como ha ocurrido en otros sistemas democráticos latinoamericanos (caso colombiano) y europeos (Español, caso GAL). Considérese las reacciones hostiles de los partidarios de Pinochet al momento de ser detenido en Londres, parecía ser que se reagrupaban los otrora escuadrones paramilitares que operaron durante el gobierno de la Unidad Popular realizando declaraciones cuyo objetivo era aterrorizar a los sectores de la izquierda parlamentaria y extraparlamentaria²⁷¹. A ello se suman las hostilidades que han manifestado durante todo el tiempo que ha durado su enjuiciamiento²⁷².

²⁷⁰ En éste sentido, la jurisprudencia chilena ha sido ambigua, en algunas ocasiones encuadra los hechos dentro de la Ley de Seguridad del Estado (el requerimiento que presentara el Ministerio del Interior en contra del FPMR es una manifestación), en otras como conductas terroristas, y en ocasiones como delitos tipificados en la Ley de Control de Armas, llegando a procesar dos veces por un mismo hecho cuando se trata de la figura de asociación ilícita (será terrorista, de la Ley de Seguridad del Estado, o de la Ley de Control de Armas y Explosivos).

²⁷¹ El grupo paramilitar *Patria y Libertad* realizó una campaña de represión psicológica a través de amenazas de muerte a diputados socialistas, llamó a los militares a sublevarse, se ejerció el terror ante los medios de comunicación, la prensa local presentó encapuchados, quienes amenazaron con un nuevo golpe de Estado; se realizaron acciones durante este período en las que abiertamente se incitaba a la población a cometer delitos en contra de ciudadanos españoles. Véase, *El Mundo*. 27.10.98. p. 20 y 11.12.98. p.1.

²⁷² Mientras Pinochet se encontraba detenido en Londres sus partidarios arrojaron *huesos de animales* a las afueras del Congreso Nacional señalando a las madres de los desaparecidos: “ahí tienen a sus muertos”. Y al momento en que Pinochet fue notificado de su procesamiento, realizaron una manifestación a las afueras del Fundo Los Boldos en la que atacaron a la Prensa y a los coches de la comitiva judicial. La actuación de la policía (Carabineros de Chile), según declara la misma prensa, fue inesperadamente a favor de los manifestantes pinochetistas, limitándose a hacer una barrera de contención, sin llegar a reprimir para defender a los periodistas. Información aparecida en TVN (31-

5. EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LAS CRISIS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.²⁷³

Desde principios de los años noventa, el Estado ha sufrido transformaciones en un período de transición sobre el cual se gesta un nuevo sistema que deriva de un hecho ya conocido; el hecho de que la economía se estructura desde hace varios años a escala mundial. Sin duda, la transformación principal se debe a la presencia de un fenómeno en esencia contradictorio: la globalización de la economía. Veamos brevemente su génesis histórica.

A la toma del poder por el proletariado en Rusia (1917) sucedió la Revolución China que se extendió hacia otros Estados permitiendo que el socialismo abarcara casi una tercera parte del orbe agudizando la disgregación del sistema mundial único. Empero, a partir de 1957 comienza el proceso de restauración capitalista en la URSS (1957) y que culminó con la derrota de la Revolución Cultural China (1978) estableciéndose nuevamente un mercado capitalista mundial único que alcanza su punto máximo en 1991 con el derrumbe de la URSS.

Tras la Segunda Guerra Mundial fue asentándose poco a poco la ideología de las privatizaciones, principalmente en Europa y Japón, cuyos capitales privados, imposibilitados de efectuar inversiones hubieron de ceder ante el capital monopolista. Los monopolios desde ese entonces realizan inversiones en el afán de introducir principalmente transformaciones tecnológicas que, de un lado, aumentan la explotación obrera, y de otro les permite afrontar la competencia capitalista a través de *fusiones* que posibilitan el control de los mercados regionales. Se trata de un proceso de concentración del monopolio a escala mundial, distinto del que protagonizaron las multinacionales consistente en la exportación del capital a sus filiales en el extranjero, y distinto también del proceso en el que la banca privada de los países ricos realizaron sus inversiones a través de préstamos a los países tercermundistas (petrodólares). El proceso de concentración del capital se caracteriza por la proliferación de fusiones o absorciones con otras corporaciones con el objeto de excluir o eliminar la competencia en un país o en una región determinada.

A esto se suma la supremacía militar y la calidad de Estado guardián del resto de los países que ha asumido EE.UU: A partir de 1989 invadió países como Panamá, Haití y Somalia. Participó activamente en la Guerra del Golfo Pérsico: bombardeó Irak, instaló tropas en Kuwait, lo que posibilitó su control militar en el Medio Oriente. Participó en los acuerdos entre Israel y la OLP. Actuó en el problema de Corea del Norte y respaldó la política separatista Taiwán. Bloquea económicamente a Irak, Cuba y Libia. Desarrolla una política de hostigamiento permanente a Irán. Asimismo trata de intervenir en Europa impulsando a la OTAN a expandirse al Este posibilitando la formación de un verdadero foco de guerra en Europa Central. Y finalmente debemos recordar que bajo el pretexto de la lucha contra el narcotráfico y la guerrilla, ha aumentado su presencia militar y de inteligencia en América Central y en Sudamérica, e intervenido en las economías nacionales: constituyó el Tratado de Libre Comercio con México, y a partir de 1995 utilizó la crisis económica de este país para controlar la comercialización internacional del petróleo mexicano.

01-2001).

²⁷³ En este punto nos guiamos por los artículos publicados en las Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. T.II. Santa Fe de Bogotá, 15-17 de abril de 1998. Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 1998. DE VEGA GARCÍA, P. "*Mundialización y Derecho Constitucional: para una palíngenesia de la realidad constitucional*". pp.1509- 1581. PIZZOLO, CALOGERO. "*La relación constitución- globalización. Una visión desde el derecho constitucional americano*". pp.1689-1716. GONZÁLEZ, María Del Refugio. "*La soberanía y la globalización. El caso mexicano*". pp. 1583-1628. VARI, Massimo. "*Globalizzazione, Processo di integrazione europea e tutela dei diritti fondamentali*". pp. 1773-1796. PAREJO ALFONSO, Luciano. "*El Estado como poder y el derecho como regulador de su actuación, hoy; algunas transformaciones en curso*". pp. 1629-1688.

Han sido, por tanto, el “derrumbe” de los países del Este²⁷⁴, la necesidad del capital monopólico de aumentar sus tasas de ganancias, y la idea de un mercado capitalista a nivel mundial, los factores que han influido en la llamada teoría de la globalización. A esto se une la crisis de legitimación experimentada por un sistema democrático que ha asociado el modelo de economía liberal de mercado, productor de un estancamiento social. El éxito de la economía mixta de mercado plasmado en el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, engendró nuevas condiciones sociales y económicas que, al encararse con problemas hasta entonces desconocidos (como los derivados por ejemplo del desarrollo tecnológico y medioambiental), debilitan las teorías sostenedoras de un desarrollo lineal y continuado. Y al mismo tiempo, evidencian los límites al ensanchamiento de la función redistribuidora que le toca en cuanto Estado Social.

La crisis del mismo, en cuanto Estado que se sustenta en la voluntad popular regulado por el derecho y comprometido con las condiciones reales de vida de la sociedad, independientemente del alcance de su actividad intervencionista, manifiesta la ausencia de objetivos claros que expliquen la pérdida de autoridad en la repartición de riesgos y responsabilidades entre Estado y ciudadano, entre empresario y trabajador, entre otros.²⁷⁵ La libre concurrencia, la descentralización y diversificación son consecuencia necesaria de ésta crisis, que se anexa paralelamente (para *salvarse*), al tránsito hacia una macroeconomía que se presenta como limpia y elucubra sobre la construcción de la idea de comunidad como elemento de equilibrio de la convivencia social.

En su esencia, la globalización es un modelo económico que –entendemos– es contraria a los Estados nacionales y su economía, excepto los que pertenecen a los países ricos. No se trata de un “proceso de internacionalización de la economía y la producción” porque ha sido diseñado para responder a las necesidades del capitalismo monopólico, negando al mismo tiempo, la contradicción fundamental que se produce por la división entre países ricos y pobres, y permitiendo, ya de plano (legalizando), la intervención de los primeros sobre los últimos. Por otra parte, el proceso de globalización alberga una contradicción, aparente para algunos, insalvable para otros²⁷⁶. Por un lado, se amplían de los espacios económicos y sociales, y por el otro, se restringen los espacios políticos.²⁷⁷ La tendencia a la integración supranacional económica y también política, para quienes sostienen la apariencia de esta contradicción, permite una apertura hacia estructuras de poder más amplias que las del Estado nacional. Como dice CASTELLS: “... ya no puede hablarse de políticas económicas nacionales, sino de políticas nacionales en el marco de una economía mundial”.²⁷⁸

Ello fue particularmente notorio en América Latina. El concepto de integración nacional, nuevamente se hizo patente en éste continente, si bien, no en la forma precisa en que lo concibieran Bolívar y San Martín en el cono sur, y Mozarén en Centroamérica. El Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte, el Mercosur, el Pacto Andino, son manifestaciones

²⁷⁴ Pensamos que el derrumbe de la URSS ha facilitado con creces el poderío económico-bélico de EE.UU. especialmente en Centroamérica, desde que ha dejado de existir la potencia que le disputaba este poder. Ahora Rusia reprime violentamente los alzamientos independentistas (Chechenia) como queriendo restaurar (apoyado por su poder militar) el Estado Ruso en cuanto potencia mundial (*El Clarín*, 10-02-1996). Asimismo el poder militar en Alemania y Japón aumentan: Alemania antes de la guerra en Yugoslavia ya había enviado tropas militares para integrar las fuerzas de la ONU en la misma (es decir, fuera del territorio de la OTAN) y Japón posee una de las fuerzas armadas más poderosas del orbe.

²⁷⁵ PAREJO ALFONSO, L.1998. p.131- 134

²⁷⁶ Hay discrepancia a este respecto en la doctrina, mientras DE VEGA GARCÍA opina que la contradicción es prácticamente insalvable, PAREJO ALFONSO, indica que se trata de una contradicción aparente. Nos parece más acertada la opinión de Pedro DE VEGA, en cuanto a que la integración supranacional no puede imponerse a costa de violentar la voluntad general del pueblo manifestada en la soberanía popular. Sólo podríamos coincidir con PAREJO ALFONSO, si interpretamos que la segunda premisa, reducción de los espacios políticos, es una consecuencia necesaria, que no por ello deja de ser nefasta, y no una premisa complementaria.

²⁷⁷ DE VEGA GARCÍA, Pedro. 1998. pp.1509-1510.

²⁷⁸ CASTELLS, Manuel. “*El nuevo modelo mundial de desarrollo capitalista y el modelo socialista*” p. 265; en GUERRA, A. y otros. “*Nuevos horizontes teóricos para el socialismo*”. Edit. Sistema, Madrid, 1987. pp. 257-281.

recientes. A nivel de Europa, La Unión Europea. La restricción de los espacios políticos aparece, para este sector doctrinal²⁷⁹, como un elemento *aparentemente contradictorio pero complementario y no cuestionador de lo anterior*. Se trata de una alteración en la organización interna del Estado, que modifica las instancias de poder, y las dispersa al constituirse en espacios de decisión específicos e independientes del sistema político democrático, para que puedan facilitar la rapidez y vertiginosidad del proceso de desarrollo para la integración supranacional. Estos procesos afectan directamente al Estado Nacional que en teoría mantiene la soberanía, pero se trata de una *soberanía compartida* cuya distribución se realiza mediante concesiones a los espacios supranacionales por una parte; y por la otra, mediante una resignación hacia las instituciones territoriales e independientes.

Pese a la rapidez del proceso de creación de espacios e instituciones supranacionales o internacionales, lo cierto es (concordando con la doctrina que sostiene que la contradicción es prácticamente insalvable), que la real confluencia de estos dos factores es discutible.²⁸⁰ La globalización pretende la creación de un nuevo orden mundial, pero en las actuales condiciones no existe posibilidad alguna de la creación del un Estado Mundial que sea capaz de ser gobernado y que se corresponda con la realidad totalizadora de la globalización. Así el Estado sigue siendo el marco de referencia del sistema social. Pero se trata de un Estado que ve su capacidad de acción política disminuida precisamente por el principio de soberanía compartida²⁸¹. En la actualidad para nadie es una novedad que son los grandes capitales financieros los que intervienen y manejan las decisiones de los Estados (FMI, transnacionales), como un *auténtico poder invisible*. Como se ha manifestado, hay una confrontación entre el Estado y la globalización.

La tensión entre la lógica económica de un mercado cosmopolita y la lógica de las valoraciones políticas que legitima y justifica la acción estatal, determinan que sea la *razón económica* la que actualmente dirige la historia.²⁸² Se trata de una destrucción política, señales que se observan tanto a nivel del aparato Estatal, como de la sociedad civil. Manifestaciones en el aparato estatal las encontramos en las Administraciones independientes, por la naturaleza de los servicios especializados que prestan, se alejan de todo mecanismo de representatividad. A este tipo pertenecen los Bancos Centrales, las Administraciones Bursátiles, donde es un criterio técnico el que prima en desmedro de un criterio de motivación política. En el ámbito de la sociedad civil, en contraposición a la idea de armonía natural y espontánea de la sociedad que proclamaba el liberalismo clásico, socializada posteriormente por las tesis keynesianas, ahora es la obstinación por el crecimiento y desarrollo económico lo que se ha constituido en fundamento principal de la globalización.²⁸³

Y esta verdadera ideología desarrollista, pretende erigirse obviando deliberadamente los problemas que acarrea el llamado *crecimiento*. Mientras los países *crecen* en su producción y desarrollo, el mundo *crece y se desarrolla*, paralelamente se globalizan también sus consecuencias sociales y políticas: la falta de trabajo, la pobreza, marginalidad y la violencia, lo que es particularmente notorio en América Latina²⁸⁴. Se trata entonces de un crecimiento *cuyas* ventajas, en contraposición a aquellas posturas mesiánicas que aplican con un criterio casi matemático la idea de que el crecimiento favorece a todos los sectores, *favorecen tan solo a una parte de la población, los que detentan el capital y pueden invertir*. El sentimiento de satisfacción de estos últimos sectores basado en el *grado de desarrollo económico, social y*

²⁷⁹ PAREJO ALFONSO, L. 1998. pp.1629-1630

²⁸⁰ Opinión contraria sostienen por ejemplo la Unión Europea al interior del sistema de Bancos Centrales.

²⁸¹ Sobre este tema, ampliamente NAVARRO, Vincenç, "*Están los Estados perdiendo su poder con la globalización?*", en *El legado de Keynes*, Monográfico, *Rev. Sistema*, Abril 2000, pp.31-47.

²⁸² DE VEGA GARCÍA, P. 1998. pp.1512.

²⁸³ Un análisis exhaustivo de estas consecuencias en DE VEGA GARCÍA, P. 1998. pp. 1516-1523.

²⁸⁴ Los países dependientes, coloniales o semicoloniales importan capital pagando fuertes intereses que aumentan su deuda externa a pesar de los sucesivos pagos anuales que estos países realizan (más de 150.000 millones al año) ésta va cada vez en aumento. Por ejemplo, la deuda externa de América Latina, constatada por las Naciones Unidas, en un período de diez años (1984-1994) aumentó aproximadamente en 150.000 millones de dólares.

cultural alcanzado, y por ende de riqueza y calidad de vida y la aparente convivencia política, se enfrenta con el sentimiento de insatisfacción de aquellos sectores que se sienten afectados por un sistema que no ha tenido la capacidad de resolver los problemas que él mismo provoca.

Acierta pues, FITOUSSI cuando manifiesta: “ No cabe duda de que la mundialización tal como se presenta en este momento puede agravar dos clases de desigualdades: las estructurales, que separan a los grupos sociales, y las dinámicas, que fracturan a los grupos sociales homogéneos, por ejemplo, el paro crea una desigualdad en el interior del grupo de los asalariados... La globalización de los mercados financieros no puede más que aumentar, en una medida importante, la competencia de los países con salarios bajos y con baja protección social... el excedente producido por la mundialización se consigue al precio de un enorme aumento, posiblemente insostenible, de las desigualdades”.²⁸⁵

En este contexto de globalización, consecuencia de este afán desmesurado por el crecimiento y desarrollo, los principios de soberanía y democracia (entendidos como voluntad del pueblo) resultan ser los perjudicados, pese a los intentos por legitimar la intervención producto de la globalización económica en la autodeterminación nacional, en base al principio de subsidiariedad del Estado.²⁸⁶

Decimos que es la *soberanía* la que en primer término resulta afectada, globalización significa *integración*, que elimina toda frontera política tendiendo a la integración de todos los espacios en uno, la integración de las partes en un todo,²⁸⁷ lo que implica el socavar las soberanías nacionales, y mas allá de ello, la propia idea de soberanía que encuentra en el pueblo mismo su autojustificación. La integración pretende una comunidad internacional, una *soberanía mundial*, un nuevo orden mundial, en suma, un Estado Mundial como señaláramos mas arriba, incapaz de existir en un modelo capitalista de desarrollo.

Frente a este ataque las soberanías nacionales han reaccionado de manera diversa. Por una parte nos encontramos quienes se oponen mediante un rechazo absoluto y a veces violento, como ocurre en los países del Medio Oriente y quienes se abren a la globalización. Interesa particularmente la primeras de las reacciones toda vez que ella origina actos de violencia terrorista, especialmente en los países de Oriente medio que oscilan entre el fundamentalismo y el nacionalismo. Tal respuesta de violencia no es sino una consecuencia de un proceso de "integración" económica basado en un modo capitalista de medios de producción que pretende ir más allá de las fronteras nacionales e intervenir en los asuntos que son propios de un pueblo. Las incursiones militares de Estados Unidos en Irak, los cascos azules de la ONU actuando como fuerza de paz mundial son manifestaciones de esta intervención. ¿No se afecta también con ello el derecho a la autodeterminación de los pueblos?.

Pero sin duda, es el *nacionalismo* el elemento que confrontado con la globalización se constituye en una de las causas más agudas de tensión de finales del siglo XX. Sobretudo en Europa las ideologías nacionalistas han cobrado vida durante los últimos treinta años. La exacerbación de estos nacionalismos tenazmente belicosos llega a distorsionar la realidad por la que atraviesa el planeta. Mientras se lucha y combate por una ideología nacionalista,²⁸⁸ son los grandes poderes financieros los que deciden los destinos de cada país. Como expone DE VEGA GARCÍA: "...Es verdad que en todas las latitudes proliferan nacionalismos beligerantes, y aparecen extravagantes construcciones ideológicas del localismo que gravitan como elementos distorsionantes de la realidad estatal. Sin embargo, no lo es menos que la profética proclamación de *Le Nouveau Moyen Âge*, que según algunos empieza a configurarse en nuestro horizonte

²⁸⁵ FITOUSSI, Jean Paul. “*La globalización y las desigualdades*” en *Revista Sistema*, Nº 150. 1999. pp. 4-5.

²⁸⁶ Sobre el principio que se erige como salvador de la autodeterminación de los Estados, principio de subsidiariedad, se encuentra un análisis extenso en PAREJO ALFONSO, L.1998. pp. 1635-1686

²⁸⁷ PIZZOLO CALOGERO. 1998. pp.1690-1691.

²⁸⁸ Supra en este mismo capítulo 1. *Legitimidad soberanía y nacionalismos; 1.b.1. Las ideologías nacionalistas. Infra, Cap. II, 3.b.2. La violencia insurgente: 2.a. La guerrilla y el terrorismo, y 2.b. La violencia nacionalista.*

político, solo serviría para delatar el doble frente de ataques, exteriores e interiores, que amenazan al Estado y ponen en peligro el concepto clásico de soberanía".²⁸⁹

Se afecta, a nuestro entender, el derecho de los pueblos a la autodeterminación, por cuanto *no es la voluntad popular quien decide los destinos del país, sino el capitalismo financiero*. Y es él quien al determinar los destinos económicos de un país, determina asimismo el sistema político al cual obedece el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluido ese sistema de control social del que forma parte el derecho penal. La esencia de las Cartas Fundamentales es continente del sistema político, social y económico que impera en un país, y al encontrarse ante este fenómeno de globalización comienza a ser cuestionado en la medida en que no se adapta a estos *nuevos horizontes*. La legitimidad del constitucionalismo comienza a zozobrar. De la ideología del constitucionalismo, en la que se fundamentó histórica, moral y políticamente el Estado Constitucional, se transita hacia una ideología de la Constitución en el proceso de la Globalización, ideología de la que no pueden obtenerse criterios de legitimación política y de eficacia jurídica contra los efectos destructivos de la globalización. Se corre el riesgo de mantener una Constitución sin existencia de una realidad constitucional toda vez que, de la pugna por la validez o eficacia de los preceptos constitucionales inmersos en una realidad contraria a la dominación por el Derecho, se abre paso, con la globalización y la reducción de los espacios políticos hacia una Constitución que carece de una realidad constitucional sobre la cual asentarse.²⁹⁰

Por otra parte, la Constitución deja de ser entendida, en los hechos, como un sistema regulador de garantías fundamentales y prima su faceta en cuanto derecho de estructuras y de organización estatal. Así, estamos en presencia de una judicialización de la política en la que los órganos judiciales y de control proliferan para *salvaguardar* una legitimidad democrática que se ha venido autodestruyendo en la forma de ejercicio real del poder. Los Tribunales Constitucionales, órgano que contemplan los ordenamientos jurídicos de Chile y España, en lugar de velar por la protección de la Constitución, como quería Kelsen, se transforman en verdaderos *guardianes de la voluntad democrática del poder soberano, y no de la voluntad general*²⁹¹. De un rol de garantes del poder constituyente en una sociedad *pluralista*, se convierten en sus reemplazantes. Y esto incide directamente en el sistema penal pues se produce un distanciamiento entre la realidad de salvaguardia del orden constitucional por parte de órganos que representan el poder de gobierno, y las funciones garantistas del derecho penal en cuanto mecanismo de control social que debe sujetarse a la constitución.

Se hace necesario entonces *rescatar el principio democrático* para que se pueda producir un cambio en la realidad constitucional, a la que el sistema penal ha de subordinarse, y por tanto el sistema encuentre las bases mínimas de una legitimación. Pero, *¿cuál es el sentido que debe otorgársele a este principio democrático?*.

Nos hemos referido latamente a las diversas formas de Estado que se han sucedido en la historia, y de una u otra manera hemos aludido a este principio en reiteradas ocasiones a lo largo de este capítulo. Nos preguntamos si ante la crisis en la que se ve envuelto el Estado Social y Democrático (crisis del Estado Fiscal y, por tanto, redistribuidor y prestacional, y crisis asimismo del Estado Democrático de Derecho), es pertinente rescatar el principio democrático del Estado Social, en circunstancias que se cuestiona seriamente su idoneidad para dirigir y

²⁸⁹ DE VEGA GARCÍA, P.1998. p. 1513.

²⁹⁰ DE VEGA GARCÍA, P. 1998. pp.1524-1545.

²⁹¹ Hegel advertía este problema indicando que al momento de establecer órganos de garantía y control debía procederse con cuidado pues el poder entregado al gobernante se convierte en un poder real cuyo control se hace muy difícil. Hegel distinguió entre el Poder efectivo, expresado en la voluntad concreta y particular del gobierno, y el Poder posible y total que se manifiesta abstractamente en la idea de voluntad democrática. La tensión entre ambos poderes originó la idea del establecimiento de órganos de control de las garantías, distintos del gobierno, representantes del contenido de la voluntad del pueblo. Sin embargo, advierte Hegel, que teniendo el gobierno el poder real y efectivo, no le es difícil imponerse sus propias instancias controladoras. HEGEL. *Comentarios críticos a los planes de eforato de Fichte*. Cit. por DE VEGA GARCÍA, P. 1998. p. 1547.

controlar los procesos económico sociales, y resolver las confrontaciones que se dan en la coexistencia política. Máxime cuando en el constitucionalismo social este principio no ha cumplido la función histórico-política que le cabe. Como acertadamente expone GIANINI, si al Estado Liberal se le acusó en su día de representar una tremenda ficción, al Estado Social se le denuncia ahora de ser una fórmula perfectamente inútil.²⁹²

Rescatar el principio democrático del Estado Social obedece más a un intento desesperado de búsqueda de un criterio legitimador del sistema, y a un desconocimiento, ingenuo o deliberado, del hecho de haber sido el principio democrático del Estado Social lo bastante instrumentalizado en pro de la mantención de un sistema mixto de economía de mercado (neoliberalismo), cuyas consecuencias en el plano de la participación política dejan mucho que desear. Si el Poder Ejecutivo en el Estado Social y Democrático de Derecho es el que se ve fortalecido en desmedro del Poder Legislativo; si el Ejecutivo invade las esferas que le corresponden al Parlamento en cuanto representante de la voluntad general; si la formación de la voluntad política es manejada por el Ejecutivo; si, en suma, existen rasgos de autoritarismo y se ha producido una autonomía y distanciamiento cada vez mayor entre el Estado y la Sociedad Civil, ¿Podemos entonces rescatar el principio tal y como se ha venido manifestando?

Democracia significa poder político activo, ejercido por quien detenta la soberanía, por *el pueblo* en su conjunto, *por las masas populares o trabajadoras*, dice COLLETTI²⁹³. No puede pretenderse rescatar un principio tal como la liberaldemocracia emanada del modelo liberal por cuanto, en sí mismo, contiene los límites y ataduras al poder del pueblo. La democracia liberal es el poder de la minoría contra la mayoría que combate el poder popular, la soberanía popular, el ejercicio directo del poder por parte de las masas. El *Estado Liberal de Derecho* tiende a la creación de cuerpos particulares que sirven de freno a la voluntad general. La soberanía radica en el pueblo, es su único detentador legítimo, es un poder unitario e indivisible que es destrozado mediante la *concepción actual del principio de separación de poderes*. Esta afirmación ha de interpretarse en el sentido de que la transferencia de la soberanía del pueblo a un Parlamento cuya independencia respecto del país y del partido político al cual represente resulta del todo cuestionable. Hablábamos a propósito del sobredesarrollo político en el cual se encuentran algunos países, en que los grandes partidos políticos se consideran portadores legítimos de programas globales transformando al pueblo elector en un verdadero mercado de clientela a la que debe acceder a toda costa.²⁹⁴ Como acertadamente expresa HABERMAS: " En la medida en que los partidos políticos se han estatalizado mientras tanto, y en su interior han consumido su propia sustancia normativa, no actúan sino desde la perspectiva del sistema administrativo, dentro de la cual han tomado posiciones de poder y quieren mantenerlas".²⁹⁵

Ante la presencia de esta faceta del nuevo modelo socioeconómico de desarrollo capitalista (poseedora de una fuerte coherencia interna, una dinámica externa y una capacidad potencial de imponer su lógica a nivel mundial), *la globalización de los mercados que todo lo transforma en mercancía, incluso el propio Estado y los comportamientos políticos*,²⁹⁶ el principio democrático hoy se reduce a una cuestión mucho más simple: defender la soberanía popular y tender hacia una apertura *real* de los canales de participación. La democracia no es una mera declaración sino que ha de encontrar su concreción en la voluntad general y soberana del pueblo.

²⁹² GIANNINI, M.S. "*Stato sociale: una nozione inutile*" en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*. Roma, 1977.

²⁹³ COLLETTI, Lucio. "*Estado de Derecho y Soberanía Popular*" en *Para una Democracia Socialista*, Edit. Cuadernos Anagrama, Barcelona, 1976. pp. 11 -47.

²⁹⁴ Escribo COLLETTI con cuya opinión concordamos: "El Parlamento lucha pues, contra el mandato imperativo, lucha contra la unidad de gobierno y soberano, lucha contra el centralismo democrático". 1976. p. 16

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. "*Mas allá del Estado Nacional*". Edit. Trotta, Madrid, 1997 p.149.

²⁹⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. "*Le capitalisme historique*" París, La découverte, 1985. pp. 15-16.

A pesar del ocaso del socialismo real y del fin de la Guerra fría nos seguimos ateniéndonos a la idea socialista. Fukuyama, pronosticaba el *fin de la historia*, y su vaticinio ha sido erróneo. La caída de los países del Este no ha traído la paz prometida. Nos enfrentamos a nuevas formas de pobreza, a la xenofobia, guerras civiles, etc. Por ello seguimos sosteniendo la validez de un modelo en el que los medios de producción sean socializados garantizando la igualdad de los ciudadanos, pero entendemos, como HABERMAS que *solo puede haber socialismo como democracia radical*,²⁹⁷ es decir, la realización de condiciones necesarias para formas no anticipables de vida no fallida, por ejemplo la igualdad de oportunidades para la participación política.

Ante la inminencia de la progresiva ausencia de realidad constitucional creemos que debemos retornar a la idea del Pacto Social y soberanía democrática elaborada por Rousseau, primer paso, necesario en el momento actual, para avanzar hacia un estadio superior que permita definitivamente lograr una unidad real del poder en el pueblo.

6. LEGITIMIDAD, ESTABILIDAD POLÍTICA Y DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.

Con frecuencia se alude a la preservación de la estabilidad de la democracia para reprimir las conductas de terrorismo. No es nuevo el hecho de que todo régimen de gobierno intente legitimar las actuaciones represivas del Estado hacia las manifestaciones de violencia; especialmente cuando ésta intenta derrocarlo por la fuerza. Pero, ¿hasta qué punto puede argumentarse la estabilidad como paradigma para justificar la severidad en la represión penal?

El cambio permanente que se produce en la historia y en toda sociedad como producto de la dialéctica entre determinadas fuerzas, se ha convertido en la premisa que origina la concepción de estabilidad, y puede afirmarse que ha contribuido a la divinización del mismo. De ahí la importancia de esclarecer que cuando hablamos de estabilidad nos estamos refiriendo a la estabilidad de un sistema democrático en el que el poder de actuación por parte de los aparatos del Estado, está subordinado y tiene como límite los *derechos humanos*. Es decir, un régimen de gobierno no puede ampararse en la necesidad de preservar la estabilidad del sistema para violentar derechos fundamentales.

Resulta importante hacer esta precisión. A través de la historia el concepto de estabilidad se ha manifestado de muchas maneras, en concordancia con la forma de organización y ejercicio del poder político. Para el Estado de Derecho son fundamentales las ideas de respeto a las garantías constitucionales, respeto a los derechos humanos y posibilidades de rotatividad en el gobierno. Para regímenes autoritarios como dictaduras y en general, todo tipo de Estados no exclusivamente democráticos, son las ideas de *seguridad y orden público* las que se encuentran en estrecha relación. Han sido frecuentemente utilizadas por las dictaduras militares, para dar base a la Doctrina de Seguridad Nacional en el ámbito interno (seguridad interior del Estado y orden público), y a la Geopolítica en el ámbito externo (Seguridad exterior de Estado)²⁹⁸. En ambas, el enemigo se identifica con todo aquel cuyo objetivo sea la destrucción del sistema (DSN) o de la Nación (Geopolítica).

La *estabilidad* de un régimen no dice relación con la legalidad o formalidad con las que se recubre la forma de actuación de las instituciones jurídicas del Estado sino más bien con la credibilidad por parte de las masas en ellas. Si un sistema encuentra uno de los principales fundamentos de su legitimación en el ejercicio del poder, esto es, los aparatos estatales al servicio de la comunidad, es posible sostener que la *legitimidad* de un régimen depende, por una parte, del reconocimiento que tenga por parte de los gobernados, y por la otra, de su actuación

²⁹⁷ HABERMAS, J. "*Facticidad y Validez. Una conversación sobre cuestiones de teoría política*" en *Mas allá del Estado nacional*. Edit. Trotta, Madrid, 1997. p. 145

²⁹⁸ GONZÁLEZ; MERA; VARGAS. "*Protección democrática de la Seguridad del Estado: Estados de excepción y Derecho Penal político*" Programa de Derechos Humanos, Universidad AHC, abril de 1991. p.19-20

en pro del interés general²⁹⁹. El reconocimiento por parte de los gobernados a su vez depende de la percepción social que tengan acerca de funcionamiento del sistema, de la real posibilidad de disentir, y más primario aún, de la posibilidad de cohabitar en un mismo espacio, ideas distintas. De un lado, los que abogan por la estabilidad del otro quienes reclaman cambios sociales y generan un conflicto social. Estabilidad y cambio, por tanto, no tienen por qué ser contradictorios, de existir una democracia real, la posibilidad de reclamar cambios sociales ha de convertirse en una fuente de estabilidad y no de inestabilidad.

Existe una tendencia mas o menos generalizada en las democracias occidentales a entender el disentimiento como un factor que puede contribuir a su legitimación. En cambio, en democracias débilmente asentadas, aún jóvenes, como la mayoría de las latinoamericanas, los conflictos sociales son interpretados como un factor de deslegitimación a partir de la inestabilidad. Por ello no es de extrañar que en estas últimas, los regímenes utilicen con mayor énfasis las llamadas "campañas del terror" para influir en la opinión pública y procurarse el apoyo necesario para transformar el andamiaje jurídico. La fuerte influencia de los medios de comunicación actúa directamente al servicio del sistema. Este rasgo de autoritarismo se mantiene en las democracias occidentales cuando los conflictos sociales devienen en actos de terrorismo, situación en la que las campañas antiterroristas sirven a la función simbólica del derecho penal.

El miedo al cambio se transforma en el paradigma, especialmente en las democracias incipientes, y la estabilidad es el caballo de batalla que irrumpe en la convivencia social para justificar una represión penal más severa, produciendo el efecto contrario al deseado: a mayor represión, mayor violencia por parte de los opositores. Aunque también es cierto que cuando se lleva a extremos éste tipo de represión, ya no como conductas oficiales por parte del Estado, sino mediante una actividad encubierta plasmada en un plan de represión sistemático destinado a eliminar al enemigo interno en aras a la estabilidad, se producen verdaderos aniquilamientos de los grupos que ejercen violencia desde abajo. Esta es la concepción a la que responde la Doctrina de Seguridad Nacional, presupuesto para el ejercicio de la violencia "desde arriba" (Terrorismo de Estado) para quien el enemigo está, por regla general, constituido por los sectores marxista - leninistas y por ende, el Partido Comunista.

En este sentido, la doctrina de los *Derechos Humanos* ha de tomar el lugar principal para poner de manifiesto que estabilidad, Estado Democrático y derechos humanos se encuentran en una indisoluble unión. Como exponen GONZÁLEZ, MERA Y VARGAS: "No se trata de una estabilidad por la estabilidad, una estabilidad que aparece legitimada por la sola percepción de un temor al cambio ni por la defensa de un orden establecido, sino que ella encuentra su sentido y finalidad en la protección de los derechos humanos".³⁰⁰

Los rasgos autoritarios presentes en los Estados Sociales, así como en las democracias jóvenes de Latinoamérica, ha llevado a identificar la estabilidad del sistema como la defensa de la estabilidad del Poder Ejecutivo, dado su fortalecimiento paulatino en desmedro de los otros poderes y su función de velar por el orden y seguridad públicas. Así ha ocurrido en las transiciones española y chilena, en donde los poderes legislativo y judicial han sido privados (en Chile también auto privados) de sus funciones ordinarias, realizando trasposos de competencia al Ejecutivo. La percepción social se vuelca entonces en contra del sistema y comienza un proceso lento de deslegitimación.

Esto ratifica la idea mencionada anteriormente: la estabilidad de un sistema se logra, en la medida en que se cuente con el apoyo del pueblo, y este apoyo se consigue, no solo con base al juego electoral, sino en la incidencia real del Estado en la sociedad para garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos de sus integrantes.

²⁹⁹ GONZÁLEZ; MERA; VARGAS 1991, p.17.

³⁰⁰ GONZÁLEZ; MERA; VARGAS 1991, p.21

El disenso no violento, cuyo objeto es el cambio del sistema, puede atentar contra la estabilidad. Pero lo hace de manera legítima. De allí las posibilidades que se tienen a través de la elección de representantes parlamentarios quienes pueden cuestionar la institucionalidad. Así visto, parece ser el camino adecuado para impulsar las reformas políticas y sociales. El problema se plantea nuevamente a nivel de la percepción que tengan los gobernados sobre estos mecanismos. Si los parlamentarios responden a las necesidades de los *grandes partidos* a quienes representan y si en definitiva se transforman en meros ejecutores, funcionarios del aparato estatal, entonces cabe preguntarse, si puede imputarse toda la culpa a quienes percibiendo de esta forma el mecanismo democrático, se oponen al sistema utilizando la violencia cuya exacerbación, el terrorismo, se vuelca entonces en una contravención a los derechos humanos.

Además, no puede desconocerse que los mecanismos parlamentarios utilizados en contra de la estabilidad de un régimen han contribuido al advenimiento muchas veces de regímenes autoritarios. Es el caso chileno antes del Golpe Militar. Los sectores parlamentarios conservadores se opusieron tenazmente a las reformas sociales propiciadas por el Presidente Allende, dificultando la adopción de una política económica que fuera en beneficio de toda la población. Los efectos de este juego político son ampliamente reconocidos por la opinión internacional; al mecanismo parlamentario cuyo respeto a la democracia tenía como límite la mantención de un sistema capitalista de medios de producción, se unió la fuerza bruta que ya había empezado a propiciarse con los actos terroristas de la derecha, y culminó con la usurpación del poder por parte de los militares en el Golpe de Estado en 1973, instaurando un Estado terrorista.

El disenso violento, que rechaza los canales de participación democrática, puede, a su vez, producir un efecto contrario al deseado (la revolución total del régimen imperante). En reiteradas ocasiones, este tipo de estrategias contribuyen al fortalecimiento del sistema al que se combate, siendo el paradigma algunas democracias occidentales en que los actos de terrorismo no han logrado su objetivo de derrocarlos. A ello coadyuva la fuerte influencia de los medios de comunicación que hacen variar la percepción de la población en torno a las actuaciones y medidas que se adopten contra los actos de terrorismo, que también como acertadamente expresa SERRANO PIEDECASAS, viene a limitar inclusive los derechos y garantías fundamentales de quienes apoyan estas medidas, y con su acuerdo o su desconocimiento.³⁰¹

Dos ejemplos nos pueden bastar. En *España*, la actividad desarrollada por los grupos que ejercen violencia, lejos de contribuir al cambio de poder lo han fortalecido. Da la impresión de que sus actuaciones han sido aprovechadas por los medios de comunicación y el Estado para infundir un temor a la población en general de verse expuestos a atentados similares. Ello ha contribuido (con base a esta percepción social inducida), a una legitimación de determinadas medidas que restringen o suspenden derechos fundamentales, así como la penalización de conductas que no se ajustan al principio de proporcionalidad de las penas³⁰². Tales medidas son apoyadas, ya abiertamente o silenciosamente por la población que desconoce los graves perjuicios que acarrea para una concepción garantista del derecho penal.

No obstante, el porcentaje de reconocimiento por parte de la población al "sistema", no ya a un determinado gobierno, a cuya cabeza se encuentre un determinado partido político, sino

³⁰¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. p.95.

³⁰² Por ejemplo: la condena a penas privativas de libertad superiores a treinta años por *tentativas de delito*, como ocurrió en la sentencia que condenó a integrantes de ETA por tentativa de atentado contra el Rey en Palma de Mallorca; la privación de libertad de miembros de la Directiva Nacional de un Partido político legalmente constituido (Herri Batasuna) por la difusión de un vídeo de ETA, procesando a sus dirigentes por el delito de colaboración con banda armada; la suspensión del derecho a la libertad de expresión como ocurrió con el cierre del periódico EGIN y de la emisora "Egin Irratia"; y más recientemente la reforma de la LO 7/2000 que endurece el tratamiento jurídico para actos de terrorismo en relación con sujetos no pertenecientes a organizaciones criminales, y crea el tipo penal de "exaltación del terrorismo".

a un consenso respecto de las bases de funcionamiento del sistema, e incluso acerca de muchas de sus instituciones, es el suficiente como para considerarlo legitimado³⁰³. De esta forma resulta paradójico que se aluda al concepto de *estabilidad de la democracia* para aplicar un derecho penal más retributivo que preventivo, más bien, parece ser la venda que sirve para encubrir otros problemas que sí afectan a toda la población, los problemas económico sociales: el paro, la insuficiencia en las prestaciones asistenciales, etc.

Chile, con su transición democrática es el otro ejemplo. Una democracia asentada débilmente, todavía se encuentra más cerca de la inestabilidad, que las democracias desarrolladas. Decimos una democracia débil porque no existe aún un consenso en la población respecto de las bases de funcionamiento del sistema, la discusión en torno a proyectos globales de sociedad es frecuente, se cuestionan las bases mismas del sistema político, y el poder militar, como se ha visto, se encuentra presente en importantes instituciones estatales (p.ej. Congreso Nacional y COSENA) y no solo en el que le correspondería profesionalmente. En ellas, por ejemplo la declaración de Estado de Sitio, es un anuncio de autoritarismo y de destrucción de la oposición.

La *inestabilidad* no justifica el mantenimiento de una excepcionalidad jurídica manifestada mediante la creación de leyes especiales destinadas a reprimir las conductas de violencia política y especialmente las terroristas que establecen tipos penales abiertos, no siempre bien delimitados y elementos subjetivos tan amplios que cualquiera podría ser considerado un terrorista. Lo que subyace a ella, es aún, un resabio de la dictadura militar: el concepto de mantención el orden institucional, herencia de la DSN, que si bien no se manifiesta explícitamente en los tipos penales, en la práctica es aplicado al momento de la calificación de las conductas. De acuerdo a ello es perfectamente posible pensar que, lo que se está reprimiendo con esta legislación, es una *disidencia política*, que no acepta los mecanismos que les ofrece una democracia construida sobre una base que conserva elementos dictatoriales, y que lleva en su seno el rasgo de autoritarismo. Estos sectores no encuentran un medio adecuado para realmente representar sus intereses.

Digámoslo de otra manera, en Chile no existe terrorismo como en algunos países de Europa, o en los países islámicos. No existen situaciones de confrontación armada como las que ocurren en Colombia o en Perú, las manifestaciones del *sui generis* terrorismo en Chile, se han reducido a la colocación de artefactos explosivos sin consecuencias dañosas más que para bienes materiales, a algunos secuestros y muy pocos asesinatos en comparación a otros países (España, Perú, Colombia), dirigidos siempre contra blancos claramente determinados y escogidos según su concepción de objetivos políticos,³⁰⁴ salvo contadas excepciones en que el radicalismo de sectores minoritarios de izquierda ha cobrado la vida a representantes de fuerzas de orden y seguridad pública, actos que por lo demás, ya desde mediados de la década de los 90's, han dejado de producirse.

Si la “inestabilidad” es el argumento que permite al Estado justificar la represión, especialmente del llamado terrorismo rojo o de izquierda; ¿por qué tendría que ser distinta en el caso del terrorismo negro o de sectores de la derecha política, o de grupos paramilitares que operan al alero del Estado?. En España, los crímenes perpetrados durante la dictadura del General Franco quedaron en el olvido, lo que se ha tratado de revertir con posterioridad al enjuiciar a los GAL. En Chile, la situación ha sido distinta, si bien hasta el año 2001 los intentos por esclarecer crímenes cometidos durante la dictadura del General Pinochet no surtieron efecto

³⁰³ Así por ejemplo, el consenso que tiene que existir entre el Gobierno y el Congreso para declarar el Estado de excepción constitucional y la facultad exclusiva que tiene el Congreso de Diputados para declarar el Estado de sitio a propuesta del gobierno (art.116.3 y 4 CE.).

³⁰⁴ Es el caso del Senador del Partido Unión Demócrata Independiente y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Jaime Guzmán Errázuriz, que fuera uno de los creadores de la Constitución de 1980. El Senador Guzmán constituía para el FPMR uno de sus más buscados objetivos político militares al erigirse como el símbolo intelectual del pinochetismo.

por las leyes de amarre de los militares, es justo destacar que el procesamiento de Pinochet marcó una nueva etapa. Y es justo destacar también que tuvo que ser la Comunidad Internacional y España principalmente, quienes dieran el primer paso asumiendo una responsabilidad política en pro del enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad, mientras que el gobierno chileno, *oficialmente* asumía la defensa de Pinochet como Senador Vitalicio. Tras el desafuero declarado por la Corte Suprema, no tuvo más alternativa que respetar la decisión de los Tribunales. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer antes de que pueda alcanzarse una "paz social" medianamente aceptable. Considérense la marcada "tolerancia" que se ha tenido para con los partidarios del general Pinochet³⁰⁵, tolerancia que no se tiene para con otros sectores sociales.

Recapitulando: las premisas fundamentales de la estabilidad de un Estado Democrático son: el respeto a los derechos humanos, el reconocimiento por parte de la población al sistema, la percepción social que ella tenga acerca de las formas de actuación del aparato estatal y la actuación de los mismos en pro del interés general.

De ello podemos derivar que se da una secuencia que va desde las leyes cuyo origen se encontraría en instituciones políticas de representación popular depositarias del interés general. Esta última idea es la base de los acuerdos entre gobernantes y gobernados. Pero como hemos analizado a lo largo de estas páginas, no siempre el interés general es puesto en práctica, y pasa a transformarse en una especie de mito o concepto no delimitado que es utilizado por los regímenes en beneficios de intereses particulares dándoles el carácter de generales (ej. A mayor desarrollo industrial-mayor ingresos para toda la población). Pese a esta contradictoria manera de comprender el interés general, el Estado, no por ello se ve privado de articular sus prácticas sociales, y el interés general se transforma en *principio unificador de lo social*. Este principio se plasma a través del proceso de producción de leyes en las que el legislador pasa a ser un engranaje más del andamiaje jurídico. Como expresan GARCÍA VILLEGAS y CHEVALIER: "la ideología del interés general, encarnándose en la institución estatal logra inculcar una serie de representaciones que ocultan el conflicto y la dispersión entre los intereses sociales sin que la dominación que se deriva de esta falta de homogeneidad sea percibida como un ejercicio injustificado del poder".³⁰⁶

El simbolismo del interés general se propaga por el ordenamiento jurídico a través de los mecanismos de representación popular, la racionalidad y soberanía del legislador. El derecho penal se erige como instrumento de control social, altamente formalizado e institucionalizado como consecuencia, por un lado, de la incapacidad de la superestructura (Estado y ordenamiento jurídico) para regular en forma armónica la convivencia social, y por el otro, del fracaso de una política social y económica en las políticas de prevención general y especial.

Al propagarse por el mismo Estado esta idea del interés colectivo, no tiene que esforzarse para que la norma sea aceptada socialmente incluso a costa de una realidad llena de violaciones a garantías. Es lo que ocurre tratándose de las conductas de terrorismo, en que la sociedad se vuelca hacia una aceptación de las medidas que adopte el gobierno porque están conscientes del objetivo: su erradicación. Más no de su carácter de normas integrantes de un ordenamiento que se sujeta a una Constitución, reguladora de derechos y garantías fundamentales y sujeta asimismo al respeto a principios de derecho internacional.

Se produce entonces una *inversión en la función motivadora de la norma*, elemento fundamental para lograr la legitimación de un determinado sistema, y mantener su estabilidad.

³⁰⁵ Los grupos ultraderechistas durante el tiempo de detención de Pinochet en Londres realizaron acciones en las que abiertamente se incitaba a la población a cometer delitos en contra de ciudadanos españoles. Anecdótico resulta el que aparezca en una manifestación de partidarios de Pinochet la consigna "Haga Patria. Mate a un español". Véase, *El Mundo*. 27.10.98. p. 20 y 11.12.98. p.1.

³⁰⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "*La eficacia simbólica del derecho penal. Examen de situaciones colombianas*". Edit. Uniandes, Colombia, 1993. pp. 101-103.

La función motivadora de la norma es adecuada por cada Estado a sus pretensiones, y es la forma que el Estado adopte la que determina el tipo de política de control social que se utilizará.³⁰⁷ Frente a la crisis de legitimidad que sufren las democracias débiles y frente a la que sufre el Estado Social, cabe entonces sostener que ellas han acentuado el control penal mediante la utilización de mecanismos informales de control, a los que ya nos hemos referido en otros apartados de este capítulo. Por ende, es necesario que la función motivadora de la norma se vea reforzada por otras instancias de control social que tiendan hacia una prevención general integradora³⁰⁸, en la que el castigo a determinadas conductas no tenga por razón última la razón del Estado (democracias neoliberales). Dicho en otros términos, que no tenga por razón la mantención de formas capitalistas de organización, sino el fruto de un consenso de la voluntad general, y el Estado de Derecho.

De ahí la importancia de sostener como límites de la estabilidad de un gobierno el respeto a las garantías fundamentales, ya que el sistema suele actuar con una mayor represión cuando se encuentra ante una población creciente de sectores no solo empobrecidos sino marginados socialmente, precisamente porque le resultan molestos para el desarrollo de la producción capitalista. Y comienza aquella superproducción de normativas de excepción, para reprimir a los "terroristas", y cuyos efectos redundan en la suspensión de derechos fundamentales, que son aceptados por buena parte de la población, fruto de una "mediación ideológica del consenso". Una aceptación que no pueden justificar por desconocimiento o que bien justifican invocando la idea de interés general que les ha inducido el Estado.

Así las cosas, la ley penal se transforma en un *instrumento para la acción*, que servirá para la erradicación de determinadas conductas; es decir, en pro de un objetivo. Pasa a estar controlada por quienes han de ejecutarla y no por el derecho que es quien la origina; en suma, por el Estado de Derecho. Ello, a su vez, en el Estado contemporáneo, se vierte a esa *superproducción normativa* (en el caso de las legislaciones antiterroristas, una normativa especial) y en *otros tipos de regulación* (control a través de los *mass media*) que incide en la eficacia instrumental tradicional y, por tanto, en la eficacia simbólica. Las normas jurídicas se presentan como elementos cuya regulación depende de la política, esto es, se ponen a disposición del poder político. La eficacia viene determinada, por un lado, por la racionalidad instrumental del derecho, y por el otro, por razones de Estado que subordinan la producción y aplicación de normas a las condiciones de un escenario político del que nace, según su conveniencia, la eficacia simbólica o instrumental. Ello trae consigo una *precariedad del derecho* y una *fugacidad del ciclo vital de sus normas*, toda disminución del poder instrumental afecta a la fuerza de representación en el entendido que, la eficacia simbólica depende de la creación de representaciones populares relativas al poder transformador del derecho".³⁰⁹

III. CONCLUSIONES.

1.- La necesidad de legitimación del Poder del Estado le pone ante la necesidad de estatuir positivamente el ordenamiento jurídico y lograr la creencia en la legalidad por parte de los ciudadanos. No obstante esta creencia en la legalidad no se legitima *per se*. Hace falta un consenso racional acerca de los valores que fundamentan el ius puniendi ya que el considerar la legalidad pura como criterio único de legitimación del Estado (como sostiene Schmitt), puede llevarnos a calificar de legítimos a regímenes dictatoriales, fascistas o autoritarios que a través de la historia han utilizado la legalidad como fundamento de la legitimidad de su poder omnímodo. El Estado que se ampara en el formalismo no puede sostenerse a largo plazo. De ahí que la legalidad sea solo fuente indirecta de la legitimidad.

³⁰⁷ BERGALLI, Roberto. "*La instancia judicial*" en *El pensamiento criminológico: Estado y control*. Coor. Bergalli, R. y Bustos, R. J. Tomo II. Edit. Península, homosociologics, 29, Barcelona, 1983. p.73.

³⁰⁸ SERRANO PIEDECASAS; J.R. 1988. pp.87-96.

³⁰⁹ GARCÍA VILLEGAS, M. 1993. p..107-108

La función social que cumple la ley en el sistema capitalista, en el que existe una prevalencia de las cosas por sobre las personas, ha sido a través de la historia el amparar el trato desigual para los dueños del capital (dueños de los medios de producción) y los que solo poseen su fuerza de trabajo (trabajadores). La gravedad radica en que "son las leyes las que admiten y protegen esa irritante diferencia de trato entre el capital y el trabajo".³¹⁰ Este tratamiento desigual que se hace desde la superestructura jurídica es lo que ha llevado al ordenamiento jurídico a transformarse en un instrumento de dominación de clase, protector de esta desigualdad e institucionalizador de la violencia de una clase sobre otra. El derecho expresa en la sociedad capitalista relaciones de dominación de clase. Exactamente lo contrario sucede en el socialismo, en el que esta relación se invierte pasando a tomar primacía la productividad por sobre la rentabilidad, esto es, el trabajo por sobre el capital, lográndose así un trato igualitario en la jerarquización tradicional de clases.

El capitalismo propone *un derecho igual para individuos desiguales*, que no produce *perse* una igualdad real. Los sectores más desposeídos tienen menos posibilidades de defensa para hacer respetar sus derechos; en suma, existe una carencia de medios adecuados y suficientes para satisfacer sus necesidades, para acceder plenamente a los derechos fundamentales. Estos derechos han sido a lo largo de la historia, monopolizados por los sectores de la burguesía, lo que no les resta su carácter general. De ahí que su defensa, debe ser una de las piedras angulares para las reivindicaciones de los sectores más desposeídos de la sociedad y de los marginados. Tales derechos, aún cuando se originaren en una Revolución burguesa como la francesa, a la que Marx reconoció su carácter revolucionario dentro del contexto histórico, no son de propiedad de la burguesía sino de toda la Humanidad.

No puede carecer de interés para alguien el derecho a ser juzgado solo por los delitos que señalen las leyes, en tipos penales claros (no abiertos y difusos como ocurre en la legislación chilena por ejemplo, o como ocurría en la legislación antiterrorista dictada durante la dictadura de Franco en España), en un procedimiento racional y justo, el derecho a la integridad física y a no ser torturado, el derecho a ser condenado conforme al principio de proporcionalidad de las penas, etc.

Fukuyama nos habló del fin de la historia, de la nueva era que comenzaba con el derrumbe de los países del Este. No obstante, pese al fracaso del socialismo *real*, las condiciones sociales, económicas y políticas no han variado en su esencia. Existe pobreza, existe marginalidad, falta de participación en las decisiones políticas por parte del pueblo, existe todavía una lucha, especialmente en América Latina que nace indefectiblemente por la oposición de intereses concretos. El Estado Democrático Liberal como modelo, propugna una igualdad jurídico política que no resulta suficiente. La desigualdad se produce a nivel social y económico, precisamente por la mantención del sistema capitalista de las relaciones de producción. De ahí *que seguimos ateniéndonos al modelo socialista*, ya que no puede lograrse una igualdad real sin democracia, si el socialismo no sustituye al capitalismo. Y el Derecho, en cuanto elemento integrante de la superestructura al expresar las contradicciones que origina el sistema capitalista, si se transforma en un derecho social, que nace del impulso de las masas, puede ayudar a la reconstrucción de una igualdad real y una democracia.

La vieja polémica entre POULANTZAS y MILIBAND³¹¹ sobre el Estado capitalista no ha terminado en la historia. El análisis desde el materialismo histórico que hace POULANTZAS nos parece correcto, aunque por todas partes se erigen voces que alegan que esta visión se

³¹⁰ DE LOS RÍOS, F. 1976. pp. 119. Cfr. DÍAZ, E. 1978. p. 112. Véase también DÍAZ, E. "El socialismo de Fernando de los Ríos", en *Fernando de los Ríos*, Monográfico, *Rev. Sistema*, nº152-153, Nov. 1999, pp.291 y ss.

³¹¹ Recordemos que POULANTZAS analiza el tema desde un enfoque marxista - estructuralista, recogiendo las ideas de Gramsci, mientras que MILIBAND se atiene a un enfoque desde la perspectiva instrumentalista. POULANTZAS. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. Edit. Siglo XXI, Madrid, 1978. MILIBAND. *The State in capitalist society*. Basics Books, Nueva York, 1969. Existe versión en castellano: *El Estado en la sociedad capitalista*, 1970.

encuentra desfasada.³¹² Pero no podemos obviar el fracaso del bloque del Este. Esto no significa concordar con MILIBAND en su intento por encontrar una vía intermedia o alternativa entre el comunismo y la socialdemocracia (la llamada Tercera vía), en la que se trata de “presionar a favor de reformas dentro del sistema actual y alcanzar así un *capitalismo mas humano*”.³¹³ Su enfoque se basa en un escenario político determinado, Gran Bretaña, en el que existe un régimen democrático establecido y en el que la izquierda participa en el gobierno como fuerza hegemónica (laborismo). Consideramos que ésto no siempre será aplicable al caso europeo, y mucho menos al latinoamericano. Coherentes con lo manifestado en este capítulo, pensamos que los vocablos “humanizar” y “capitalismo” son antagónicos, por las razones esgrimidas. “El capitalismo es la libertad de las cosas (libre mercado de oferta y demanda), y consiguientemente la explotación y esclavitud de las personas”.³¹⁴ El socialismo, en cambio, “es el control y sometimiento de las cosas para lograr así la libertad de las personas. La libertad económica capitalista no es una libertad para los hombres sino para las cosas, y ésta la libertad de las cosas y el ilimitado derecho de sus dueños sobre ellas, sirve para preparar la esclavización de las personas gracias al control de sus necesidades... Así como el capitalismo ha significado la exaltación de la idea de libertad aplicada a los objetos económicos con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres, el socialismo en cambio, representa el sometimiento de la economía a un régimen disciplinario para hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas”.³¹⁵

Si es verdad que en el sistema político del Este existía la falta de democracia, también es cierto que muchas democracias occidentales no han tenido la capacidad suficiente como para dar la debida materialidad al principio democrático.

2.- Los intentos por aunar los criterios social y democrático bajo la forma de Estado han entrado hace ya mucho tiempo en una crisis de legitimación. La crisis de la idea de una organización de la sociedad participativa y justa.

SERRANO PIEDECASAS afirma: "En el Estado social el poder político se transforma en económico mediante las funciones configuradoras del Estado, la redistribución de la participación estatal en el producto social y el papel del Estado como empresario. Paralelamente el poder social actúa directamente como poder político. Y ello debido a que las decisiones de los grandes grupos bancarios y monopolios, al incidir sobre la economía entera las convierte en actos políticos"³¹⁶. Las amplias facultades del ejecutivo a través de la administración, a las que no les presenta dificultad el sustraerse a los controles democráticos han transformado al Estado de derecho en un estado tecnocrático y autónomo.³¹⁷ Cabe entonces preguntarse quienes son los que realmente detentan el poder del Estado actual. Para este mismo autor, la respuesta habría que buscarla en los vínculos que las asociaciones mantienen con los partidos y el poder ejecutivo.³¹⁸

En esta espiral resulta, entonces, que las decisiones políticas están en manos de una clase o sector social que es quien detenta el poder económico y financiero, este último, en el capitalismo maduro. “El Estado democrático no permite que los gobiernos realicen políticas que vayan en contra del capital”.³¹⁹

³¹² Así GARCÍA SANTESMASES; Antonio. “*R. Miliband y el futuro del socialismo*” en *Revista Sistema* N° 48, 1999. p.p 93-112; especialmente p.95.

³¹³ MILIBAND, Ralph. *Socialismo para una época de escepticismo*. Edit. Sistema, Madrid, 1997. p.25.

³¹⁴ DE LOS RÍOS, F. 1976. p. 132 y 212.

³¹⁵ DÍAZ, E. 1978. pp. 111-112.

³¹⁶ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. pp.78-79.

³¹⁷ FERRAJOLI, L. 1983. p.41-44

³¹⁸ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988. pp. 82-84. Las asociaciones representan a las capas empresariales y obreras.

³¹⁹ GARCÍA SANTESMASES. 1999. p.97.

3.- Por otra parte, persiste la tendencia al incremento de la actuación del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo y del Parlamento. Y por tanto, en perjuicio de la participación real de los ciudadanos en la formación de la voluntad política. Razón tiene OFFE cuando se pregunta "Si la representación política constituye todavía un hecho real o si en verdad es un mero postulado ideológico".³²⁰ La consecuencia quizás más grave, es que el derecho, la Constitución y las instituciones, han sido utilizadas como instrumento para canalizar jurídicamente todo conflicto, con un objetivo político más que jurídico.

El modelo actual, de Estado Social y Democrático de Derecho sufre una crisis que ponen en duda el papel del Estado y exige su transformación en un contexto de convivencia y pugna entre ideas y tendencias contrapuestas. Este Estado afecta no solo al principio democrático, sino que también es cuestionado en su desarrollo social, ya que ha tenido respuestas más bien coyunturales frente a determinadas situaciones a través de una super producción de medidas de reforma que dan soluciones momentáneas. Por ello, es lamentable que este modelo articulado sobre una economía de mercado se intente trasplantar en bloque a los países del Este como verdadero experimento de laboratorio. Ello a pesar de que, como advierte PAREJO ALFONSO, se ha demostrado "la doble incapacidad del modelo económico, de un lado, para inducir por sí solo el crecimiento y el bienestar, y de otro lado del modelo político para afrontar y resolver los problemas sociales; y se viene suministrando datos- a través de esa demostración - sobre deficiencias del sistema imputables más bien al sistema mismo que a las circunstancias y características de los países en los cuales el modelo se ha estado aplicando".³²¹

4.- El Estado Liberal de Derecho no ha sido consecuente con sus propios principios y los ha orientado hacia la defensa de una determinada clase social. ¿Es posible hablar de Estado de Derecho sin socialismo?. La democracia es el poder del pueblo soberano, y socialismo es socialización de los medios de producción y socialización del poder político. ¿Es posible el rescate de los principios del Estado de Derecho?.

No es posible, por su carácter ahistórico y acrítico la recuperación de los principios fundamentales del Estado Derecho *tal y como fueron concebidos en una etapa de dominio de la burguesía*. No puede pretenderse recuperarles manteniendo su carácter burgués, sino intentar cambiar este carácter en beneficio de aquellos sectores que son precisamente los más golpeados por las disfunciones socio económicas, los explotados, marginados, empobrecidos, aquellos que están fuera del *consenso*, aquellos que disienten sea pacífica o violentamente.

Pero no podemos pretender, en las actuales condiciones, "borrar de un plumazo la historia" (ENGELS). No existen las condiciones ni objetivas ni subjetivas para que realmente pueda darse un vuelco al estilo de las revoluciones de principios de siglo. ENGELS en su época animaba al proletariado a trabajar por una revolución *paso a paso*, en oposición al izquierdismo ácrata. Por tanto, no podemos dejar de reconocer que el Estado de Derecho y sus principios existen, y que ni siquiera se respetan tal y como han sido concebidos. La labor de todo jurista comienza por intentar que al menos se respeten sin que ello signifique una aceptación acrítica de los mismos. Si la praxis del Estado de Derecho fuera siempre acorde con la teoría, es probable que avanzáramos con mayor rapidez hacia una sociedad igualitaria y justa.

Como acertadamente expresa HABERMAS: "No puede excluirse una capitulación de los principios del Estado de derecho frente a la abrumadora complejidad social. Pero si esto se produjese ...experimentaría también un cambio radical la autocomprensión normativa de los ciudadanos...merece la pena una reconstrucción de las ramificadas implicaciones de un sistema de derecho, el cual no puede extraer su legitimidad de otro sitio que de la idea de

³²⁰ OFFE. *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme, en Politikwissenschaft*. Edit. Gisela Kress y Dieter Senghaas, Frankfurt, 1975. 1974, 149. Ob. cit. por GARCÍA MÉNDEZ. 1983. p.81

³²¹ PAREJO ALFONSO. 1998. p.1634.

autoleislación".³²² Y en igual sentido BARATTA: "No podrá existir libertad sin la certeza de la ley -certeza que quizá, constituya el mínimo de libertad- la libertad moderna- que puede y debe ser asegurada frente al Estado Legal... Luego la afirmación y mantenimiento de una forma de Estado que garantice un mínimo de certeza en lo que afecta a la existencia del individuo y de sus libertades, constituye en nuestros días una exigencia elemental e irrenunciable por cuyo reconocimiento se ve obligado a luchar todo aquel que desee contribuir al progreso de la sociedad".³²³

5.- *¿Cuáles deberían entonces ser los criterios que deben orientar a un sistema para que esté realmente legitimado y pueda con propiedad designar como terroristas a quienes se oponen mediante el uso de la fuerza a él?*

5.1. Considerando que el capitalismo genera sus propias antinomias como ideología y como instituciones, y la principal de estas antinomias son los derechos humanos,³²⁴ nuestro criterio fundamental para la legitimación, es precisamente *el respeto a los derechos del hombre y de la humanidad*³²⁵ en un sistema económico que asegure su efectiva protección.

¿Pero cuáles son los derechos humanos que deberían protegerse actualmente para que el poder político se legitime?. Cuando hablamos de derechos humanos no se trata solo de las garantías legales que debe tener todo ciudadano, el derecho a la libertad, a escoger libremente a sus gobernantes, sino de *establecer las condiciones en la sociedad que constituyan la base para los derechos económicos y sociales de todos los seres humanos*. Por ello sostenemos que todo sistema que se precie de ser legítimo ha de tener *un control colectivo del mercado y de la propiedad de los medios de producción* para lograr la efectiva concreción de la libertad, la seguridad y la igualdad en los derechos humanos. Ello exige una *socialización de los medios de producción*. Se trata del paso a un modo de producción socialista, que suprima toda forma de explotación del hombre por el hombre.

No pueden hablar con seriedad de derechos humanos los regímenes capitalistas e imperialistas cuando utilizan sus recursos y medios para servir a los derechos e intereses del gran capital, si sus ordenamientos jurídicos son reflejo de una sociedad dividida en clases en los que la declaración de que "los hombres nacen libres e iguales" no pasa de ser un mero postulado verbal. No pueden hablar con seriedad de la existencia de libertad si mantienen y fomentan estas desigualdades, "si se protege y estimula la explotación por los monopolios de las riquezas y los recursos humanos en todos los continentes, si fomentan el intercambio desigual, y una política proteccionista".³²⁶

Consideramos pertinente enunciar al menos tres derechos fundamentales que deben servir de criterio de legitimidad: la igualdad, la libertad y la propiedad colectiva e individual. Ello no implica desconocer el resto de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración de Derechos Humanos y la legislación internacional, a los que no nos referiremos atendidos los límites de esta investigación.

a. La igualdad: Concordando con la defensa de un sistema socialista de los medios de producción, en nuestra opinión, el primer derecho que ha de respetar un Estado es precisamente la igualdad, ya que sin igualdad no puede haber libertad, y sin igualdad no puede haber democracia. Discrepamos de quienes ponen en primer lugar la libertad como valor principal,

³²² HABERMAS, J. "Facticidad y validez", en ob.cit. 1997, p.146.

³²³ BARATTA, A. 1977. p.22.

³²⁴ TIERNO GALVAN, Enrique. "Ética y derechos humanos" en *Revista Triunfo*, enero de 1976.

³²⁵ Mucho se habla acerca de los derechos humanos, pero casi nunca de los derechos de la humanidad: es necesaria una interconexión entre los derechos humanos de todo un pueblo con los de otros, es decir, los derechos humanos no se completan sino en la medida en que estén asociados con un marco de derechos humanos igual y total *para todos los pueblos del mundo*.

³²⁶ CASTRO, Fidel. "Los derechos humanos. 1959-1988" Editora política, La Habana, 1989. p.7.

puesto que, no puede tener ningún tipo de libertad crítica contra un sistema el que carece de medios económicos y culturales, necesarios para poder realmente decidir con un conocimiento fundado y verdadera libertad así como para expresar (sin utilizar la fuerza), su decisión. En situaciones de desigualdad económica, social e incluso cultural no puede hablarse de una participación real en las decisiones políticas. En otras palabras ¿es realmente posible el ejercicio de los derechos humanos para las clases más desposeídas?³²⁷ Y si llegamos al núcleo de la cuestión, ¿puede afirmarse que se respetan los derechos humanos en una sociedad donde están implantadas relaciones capitalistas de producción?

Creemos que la respuesta a tal interrogante se corresponde con la realidad enunciada relativa a que actualmente los derechos humanos, en su mayoría y en la mayoría de las constituciones de los Estados, no van más allá de ser declaraciones de principios y enunciados programáticos. Pero tampoco es suficiente su reconocimiento y garantía a nivel de legislación ordinaria. Concordamos con ELÍAS DÍAZ cuando expone: " El Derecho actual deberá ser igual en lo que se refiere al fundamental respeto de la libertad y la seguridad personal; pero deberá ser desigual para lograr la igualdad, para superar la necesidad. Es decir, será un Derecho desigual en favor del explotado, en lo que se refiere a los factores económicos, sociales y culturales que dificultan o impiden tal igualdad." ³²⁸

Lo primero es entonces la creación de dichas condiciones sociales y económicas -lo que implica terminar con la propiedad privada de los grandes medios de producción- para que pueda hacerse efectiva la satisfacción de las necesidades humanas y la igualdad y junto con ello la efectiva realización de los derechos humanos. Parece plausible sostener que "el verdadero contenido del postulado de la igualdad proletaria es reivindicar la abolición de las clases"³²⁹.

b. La libertad: Si hay igualdad, entonces habrá *libertad* como el siguiente derecho del hombre que ha de respetarse para que un sistema pueda considerarse legitimado. La libertad es un derecho humano esencial, algo que todos debemos realmente poder alcanzar, es entonces ineludible su conexión con una igualdad real y la satisfacción de las necesidades humanas³³⁰. Y ella consiste " en el dominio de nosotros mismos y de la naturaleza exterior basado en la conciencia de las necesidades naturales; es por tanto, forzosamente un producto del desarrollo histórico"³³¹.

³²⁷ Entendemos por ellos, junto con Marx aquel sector económicamente explotado y de cuya plusvalía se apropia el empresario. Entendemos que estos sectores más desposeídos forman una clase que llega a tener realidad para sí cuando adquiere conciencia de la oposición de sus fines con los de las otras. Sin esa conciencia de la oposición de sus fines, la confrontación entre ellas no reviste la eficacia que ha menester y que exige imperativamente la organización de los desposeídos y explotados. Hablamos de *sectores desposeídos y no de proletariado* ya que este concepto ha sido fuente de largas y latas discusiones acerca de su existencia como clase social. El concepto de proletario que daba Marx en el capital estaba basado en la existencia de una sociedad feudal. No obstante, la explotación del hombre por el hombre continúa en boga en la medida que se continúa aplicando un sistema capitalista en las relaciones de producción, sobre todo con la globalización económica. Al *referirnos a los sectores que ven limitada su libertad crítica con base a la inexistencia de igualdad en las condiciones sociales, económicas y culturales no significa que cerremos filas en torno a ellos*. Reconocemos que en los *sectores medios* se dan también estas desigualdades y por tanto, tampoco pueden ejercer su libertad crítica de la manera en que pueden hacerlo precisamente las clases dominantes. Por último, basta un solo ejemplo: ¿podría sentarse a discutir en igualdad de condiciones el hijo de un aristócrata o burgués que ha realizado estudios en prestigiosas universidades europeas con el hijo de un obrero que sigue el ejemplo de su padre, trabajar, para llevar el sustento a su hogar?

³²⁸ DÍAZ, E. 1978, pp. 136.

³²⁹ ENGELS, F. 1976, p.111.

³³⁰ Ya HEGEL nos daba cuenta de la relación que existía entre libertad y necesidad: la libertad no es sino el conocimiento de la necesidad, "la necesidad sólo es ciega en cuanto no se la comprende", de donde ENGELS concluye que el "libre arbitrio" no es sino "la capacidad de decidir con conocimiento de causa", porque "la libertad no reside en la soñada independencia de las leyes naturales, sino en el conocimiento de éstas... cuanto más libre sea el juicio de una persona con respecto a un determinado problema, tanto más señalado será el carácter de necesidad que determine el contenido de ese juicio". ENGELS, F. 1976, p.120.

³³¹ ENGELS, F. 1976, p.120.

La libertad tiene que ser entendida y protegida en nombre de la dignidad humana, no en nombre de la economía de mercado. La libertad no debe ser aprovechada para la creación de formas de propiedad privada y de relaciones de producción, que conduzcan a situaciones de explotación y desigualdad social y económica, manifestada ésta también en el campo del derecho. Para que haya libertad, el hombre ha de disponer de una serie de condiciones sin las cuales no hay libertad posible, "el hombre, bajo el hambre, no es libre jamás... libertad con hambre no es libertad... libertad *sin privilegios*...".³³² Como expresa tajantemente LUCIO COLLETTI: "la libertad igualitaria, la libertad de todos, la libertad democrática, presupone la homogeneización del tejido social, presupone la unificación o la *socialización de los intereses reales*. Ello significa, no obstante, que es imposible la democracia sin los medios de producción, que *es imposible la democracia que no sea socialismo*... la verdadera democracia revela ser una con el socialismo".³³³

Reconocemos la libertad como derecho innato a *todo ser humano*, y su primera manifestación es la libertad de participación en las decisiones políticas, sobre la base del principio de *soberanía popular*, entendida como titularidad y ejercicio efectivo del poder por parte del pueblo. Ello presupone la consagración del *pluralismo ideológico*.

En nuestra opinión, y desde un análisis histórico, la diversidad de ideologías acerca de la concepción del mundo, se da precisamente con mayor énfasis en aquellas sociedades clasistas en las que las desigualdades sociales son abismales. De esta forma existe una base empírica que hace pensar que, efectivamente, el "pluralismo ideológico" dimana de la estructura clasista de la sociedad. A la clase dominante conviene dar un carácter de legitimidad a su legalidad, y la mejor manera de hacerlo es "tolerando" el pluralismo, aun cuando éste no sea posible de subsumir en el plano de la realidad. Nos referimos a las *libertades formales*. Encontrándonos ante la realidad de una sociedad clasista, debe tenderse, en todo caso, hacia el pluralismo ideológico. La falta de pluralismo trae como consecuencia su contrapuesto, *monolitismo ideológico* que se basa en una desigualdad real mucho mayor, encubierta por un equilibrio social aparente.

El camino correcto no es la supresión del pluralismo ideológico sino la supresión de las desigualdades, porque como acierta ENGELS sólo podría hablarse de "una libertad verdaderamente humana, de una existencia en armonía con las leyes naturales conocidas, cuando se instaure un régimen social ajeno a toda diferencia de clase, en el que desaparezcan las preocupaciones respecto a los medios de subsistencia individual"³³⁴. No hay democracia sin justicia social, no puede llamarse democrática una ideología que soslaye las necesidades del hombre. Y más aún, de acuerdo al planteamiento filosófico jurídico en la actualidad el hombre ha de contar con la posibilidad de una autonomía para adoptar decisiones, lo que trae como consecuencia la inconveniencia de suprimir ideológicamente³³⁵ el pluralismo ideológico, ya que ello importaría la negación de la libertad humana, de la voluntad libre y de la razón crítica del hombre.

La aceptación del pluralismo ideológico y su consagración al interior de un sistema ha de adoptar la forma de autocrítica constante al interior del mismo, esto es, una confrontación basada en la razón, de los valores provenientes de la dignidad humana, entendida como valor central.³³⁶ *No hay democracia sin la posibilidad de que todo el pueblo participe en las decisiones políticas.*

³³² *Discurso por el II aniversario del asalto al Palacio Presidencial*. La Habana, 13 de Marzo. *Discursos para la historia*. T. II. (1º marzo-1º mayo), 1959.

³³³ COLLETTI, L. 1976. p. 41.

³³⁴ ENGELS, F. 1976, p.121.

³³⁵ DÍAZ entiende por supresión ideológica el cercenamiento "arbitrario e impuesto por la fuerza que se lleva a cabo desde aquellas ideologías, que salvo a sí mismas consideran dogmáticamente a todas las demás ideologías como deformadas y equivocadas". DÍAZ, E. 1978. p. 32.

³³⁶ Ernst Blomch la entiende como la "liberación real de todos los hombres". Cita de DÍAZ, E. 1978, p.33.

c. El derecho a la propiedad colectiva e individual: Hemos anunciado anteriormente como un principio básico y fundamental para que efectivamente pueda lograrse un orden socio económico que asegure la igualdad y la libertad, la abolición de toda forma de propiedad privada de los medios de producción. Ya desde la Revolución francesa y la Declaración de 1789 se observa que los derechos humanos (o derechos del hombre) fueron condicionados al interés de la burguesía para mantener su derecho a la propiedad privada sobre los medios de producción sin el control social necesario. Los derechos humanos, derechos del hombre, igualdad, libertad pueden y deben ser reclamados por el proletariado y por todos los hombres en general. *El que sean concebidos como derechos para la burguesía,*³³⁷ *no implica que deban ser rechazados.* Al contrario, si se les concibe como derechos para la burguesía, es precisamente porque ella les ha monopolizado, ha controlado y dominado la propiedad privada de los medios de producción, y es deber del resto de las clases sociales y sectores rescatar su carácter de derechos fundamentales.

Tendría que existir *una propiedad colectiva* que se guíe por los criterios de planificación y autogestión, planificación que sea capaz de controlar la producción y distribución. Se trata de la conversión de los medios de producción en propiedad de todo el pueblo, mediante el cual pueda llegarse a ese estadio ideal de la abolición de toda forma de explotación.³³⁸ Esto no implica que la propiedad colectiva sea la única forma de propiedad a considerar. Consideramos que *en cierto tipo de propiedad individual;* por ejemplo (refiriéndonos a las mayorías explotadas en América Latina), debe satisfacerse la aspiración de los campesinos para poseer las tierras trabajadas directamente por ellos. El campesino es en verdad un propietario, pero que ha vivido explotado, tanto como el obrero.³³⁹

Estimamos que solo así puede lograrse una real y efectiva protección a los derechos humanos. Solo así, podrá llegarse a ese estadio ideal de abolición de la explotación del hombre por el hombre.

5.2. El segundo criterio de legitimación, es el rescate en el Estado de Derecho, del ***principio democrático*** entendido como ***soberanía popular***, en cuanto guía fundamentadora del derecho, ya que lejos de ser un concepto abstracto, es una respuesta normativa al problema de la legitimación política tanto material como formalmente. Como expresa PÉREZ LUÑO: "es la forma de condicionar la legitimación constitucional del poder a la participación política de los ciudadanos, al respeto de sus derechos fundamentales y al reconocimiento del pluralismo de iniciativas y alternativas sociales... y porque representa simultáneamente una fórmula de racionalización del proceso político y una forma de limitación del poder estatal".³⁴⁰

³³⁷ Seguimos en este punto el criterio expuesto por Elías DÍAZ quien, en un acertado análisis, explica las implicaciones de la propiedad en los derechos fundamentales del hombre y derechos fundamentales de la burguesía. DÍAZ, E. 1978. pp.141 y ss.

³³⁸ Consideramos que el pueblo debe ser el dueño de la mayor y más importante parte de las riquezas nacionales, no trabajar para una minoría explotadora, su plusvalía no debe incrementar las arcas de las compañías extranjeras. El excedente del trabajo del obrero pertenece a la sociedad, para que pueda ser invertido en nuevos centros de producción, o bien para que se le devuelva al mismo obrero pero en forma de viviendas, educación, salud, etc. En éste sentido: CASTRO. 1989. pp. 84-85.

³³⁹ Ello haría necesaria una reforma agraria que entregara a título gratuito la propiedad de la tierra a pequeños arrendatarios, parceleros y a quienes la trabajan personalmente, como también poner en manos del Estado las grandes extensiones que no se destinen a ellos y que pertenecieran a los terratenientes para que pasen estas tierras a ser explotadas por el Estado como propiedad de todo el pueblo. Debe asimismo liberarse al campesinado de la explotación feudal, exonerarse a los pequeños agricultores del pago de rentas y librarlos de la explotación de intermediarios, convertir los latifundios en propiedad del pueblo y en cooperativas a la que puedan *integrarse libremente* los productores agrícolas cuando estén *convencidos* de que es su deber y de su interés el hacerlo, y para lograr este convencimiento el Estado jamás debe emplear medios coercitivos sino medios persuasivos. Creemos en el respeto riguroso a este último principio.

³⁴⁰ PÉREZ LUÑO, 1995. pp.187-211.

¿Cómo ejercer la soberanía popular en las actuales condiciones, cuando su concepto se va vaciando cada vez más de contenido y ha ido paulatinamente en crisis de su función político legitimadora?. Dos aspectos nos interesa resaltar: El primero, la situación mundial y su intervención en los diversos países. El segundo, la crisis del concepto de soberanía popular en las democracias representativas.

Nos encontramos ante un fenómeno de globalización cuya consecuencia evidente es la pérdida de soberanía por parte no tanto de los Estados sino de los pueblos mismos. Esto ocurre toda vez que quien decide los destinos de un país es el capital foráneo, los monopolios y consorcios financieros. Se corre el riesgo, como acierta DE VEGA GARCÍA,³⁴¹ de quedarse incluso sin una realidad concreta sobre la que pueda asentarse una Constitución, nos quieren convertir a la fuerza en ciudadanos del mundo, un mundo donde la marginalidad y la pobreza aumentan.

No tenemos inconveniente en defender la eliminación de fronteras, la posibilidad de un *Estado a nivel Mundial* pero como consecuencia natural del tránsito por una vía socialista, y no en las actuales circunstancias en que, el "bienestar para todos" no pasa de ser una imagen metafórica, en que es la "democracia de mercado" la que nos promete un alentador crecimiento económico pero sin ninguna perspectiva social. Rescatando las interrogantes de FITOUSSI: "¿Para qué serviría el crecimiento si no fuese al mismo tiempo una promesa de futuro para la mayoría de los pueblos?... ¿Cómo se puede imaginar una movilización de dichos pueblos si, para empezar, se los excluye de los frutos de la abundancia futura y si se aumenta su sometimiento a los grupos que dominan los mercados?".³⁴²

¿Realmente el capitalismo ha triunfado sobre el socialismo?. La respuesta dependerá de los lineamientos políticos y sociales que cada uno tenga en mente. Pero, sin duda, por sobre lo que el capitalismo no ha triunfado es respecto de la posibilidad de un mejoramiento del Pacto Social. Como esbozábamos en nuestra defensa del socialismo, cuyo fin último sea la autodisolución del poder, ahora estamos ante un sistema transitorio, el capitalismo, cuyo destino será a largo plazo el hundimiento. No puede sostenerse un sistema en sí mismo inhumano, un sistema en el que el hombre deja de ser persona y se transforma en una mercancía al servicio de los grandes capitales. Nuestra tarea es buscar un mejoramiento del Pacto Social.

Rescatar el *principio democrático*. Sí, pero no de la manera en que se le concibe en el Estado social pues se ha ido paulatinamente deslegitimando. Como ha indicado, con razón, DE CABO: "cuando el constitucionalismo liberal se decidió adecuar sus estructuras a las exigencias de la realidad histórica y a otorgar coherencia a sus formulaciones teóricas, transformándose en constitucionalismo social, mas que satisfacer los requerimientos y necesidades económicas y sociales que determinaban su nacimiento, lo que produjo realmente fue la culminación definitiva del viejo edificio del Estado liberal que había quedado inconcluso. La denominada crisis del Estado Social terminaría coincidiendo de esta forma con el triunfo y la apoteosis del viejo Estado Liberal Burgués".³⁴³

Entre la *voluntad soberana del pueblo* y la *voluntad de la constitución* el principio democrático del Estado Social ha optado por esta última, y en la práctica las Constituciones a las cuales se debe adscribir el sistema de control social a que representa el derecho penal, no son precisamente obra del pueblo y reflejo de la realidad social, sino de verdaderos *poderes constituyentes apócrifos y misteriosos*.

Por otra parte nos encontramos ante una creciente falta de representatividad del pueblo mismo en los Parlamentos. Ellos sirven a la función burocrática del aparato estatal a través de

³⁴¹ DE VEGA GARCÍA, P. 1998. p. 1563

³⁴² FITOUSSI; J.P. 1999, p.11.

³⁴³ DE CABO, C. *La Crisis del Estado Social*, Barcelona, PPU, 1986, p.69.

grandes partidos, que responderían mas bien a la mantención de la forma que asume el Estado (sistema social, económico, político y jurídico) que a la voluntad general. Hemos hablado de aquel consenso ideológico que se produce en los ciudadanos que lleva a legitimar un ordenamiento jurídico, un consenso inducido, de la ficción de representatividad a la que aludía Kelsen, a la independencia del parlamento respecto del cuerpo electoral mismo.³⁴⁴ ¿Qué hacer entonces?, ¿acudir a la democracia de identidad?. Sin duda sería el estadio ideal, LENIN advertía en 1917 a propósito de la Comuna de París: "La salida del parlamentarismo no está, naturalmente, en abolir las instituciones representativas y la elegibilidad, sino en transformar las instituciones representativas de lugares de charlatanería en organismos activos".³⁴⁵ Pero nuevamente nos volvemos a encontrar con las sabias consideraciones de Engels, no podemos pretender *borrar la historia de un plumazo*. Los procesos sociales han asumido una multiforidad disonante con posterioridad a la caída de los países del Este, por el derrumbe del *socialismo real*.

¿Cómo lograr entonces una participación política real del pueblo en su conjunto? ¿Cómo dar contenido a las declaraciones de las Cartas Fundamentales que nos hablan *en nombre de la soberanía del pueblo*?. ¿Cómo legitimar la actuación del Estado al calificar de ilegítima toda aquella disidencia que se opone a ella mediante la fuerza y la violencia, y en particular el terrorismo?, ¿Cuál es el criterio de legitimación que permite en definitiva, justificar, no una legislación excepcional sino el ordenamiento jurídico?.

La soberanía popular, en las actuales condiciones históricas, en *este* contexto político, social y económico – Estado de Bienestar y Estado Social y Democrático de derecho que no son más que una de las formas material y formal que adopta el sistema capitalista - no parece oponerse al *criterio de las mayorías*³⁴⁶, siendo el que deberá prevalecer para decidir lo que debe hacerse a nivel jurídico-político al interior del sistema democrático (dominante). Esto porque, como hemos puesto de manifiesto, la “decisión por la mayoría” – herencia del liberalismo burgués- es una concepción que como otras, se ha arrogado la cualidad de destruir los fundamentos del marxismo y la lucha de clases, teoría que no puede resultarnos anacrónica si consideramos la incapacidad que el sistema ha demostrado para eliminar las contradicciones económicas y sociales.

El criterio de las mayorías surge como consecuencia del proceso dialéctico a través del cual ésta se origina, y en ese sentido se transforma en fundamento de legitimación de una legalidad democrática que realmente exprese la soberanía popular. La legitimidad legalizada, incorporada al derecho positivo, debe tender a coincidir con la legitimidad eficaz, socialmente aceptada. Ello significa que el derecho positivo, debe lograr la adhesión de las mayorías con un reconocimiento a la libre crítica individual ejercida sobre la opinión de las mayorías (respeto a las minorías)³⁴⁷, y así quizá fuere menos utópico pensar que la subordinación de la minoría se desprenda incluso de su propia voluntad, cuando han admitido el orden jurídico y han querido ser regidos por las decisiones de la mayoría³⁴⁸. En esto se encuentra el núcleo del problema acerca del cumplimiento de las normas por parte de los ciudadanos: si son partícipes en la forma descrita en el proceso de la toma de decisiones políticas, se verían motivados a cumplirlas.

Pese a las posibles objeciones que se pueden hacer desde la teoría política³⁴⁹, pareciera ser que el criterio de las mayorías tiene suficientes razones como para erigirse, política y

³⁴⁴ En relación a la crítica del sistema parlamentario expresamos nuestro acuerdo con los criterios de COLLETTI, L. Ob. cit.1976. pp. 18-20. CERRONI, Umberto. *La libertà dei Moderni* De Donato editore, Bari, 1968. cap. VI. pp. 165 y ss. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. Cast. México, Editora Nacional, 1959. pp. 400-402. Y por supuesto ROUSSEAU. *El contrato social*.

³⁴⁵ LENIN, V.1972. p. 60

³⁴⁶ PÉREZ LUÑO. 1995. p.201.

³⁴⁷ DÍAZ, E. 1978. p.26

³⁴⁸ En contra, ADLER, M. 1975, p.29.

³⁴⁹ En el texto hemos citado la crítica anarquista, que reproducimos en parte: “la verdadera solución la poseen unos cuantos millares de imbéciles, que por ser los más gozan del supremo derecho de gobernarnos”. No se trata de una omnipotencia, de una tiranía de las mayorías. No hay democracia sin una participación política de todos los

jurídicamente, como fundamento de la legitimidad eficaz, con una salvedad: ha de ser constantemente sometido a crítica ya que no siempre puede constituirse como un criterio de justicia suficiente. En efecto, las mayorías, al igual que las minorías, pueden haber sido engañadas o manipuladas, y en consecuencia, pueden equivocarse. De ahí la necesidad de aplicar un criterio de legitimidad crítica que enjuicie y valore constantemente la legitimidad empírica, socialmente eficaz. Dicho de otro modo, en las actuales condiciones, es el pueblo entero, *mayorías y minorías incluidas* que conforman el todo social el que está legitimado para decidir qué es lo que al pueblo le conviene, fundamento principal de la soberanía popular, desde nuestra concepción, el gobierno del pueblo y para el pueblo.

Para MILIBAND se hace necesario un fortalecimiento del Poder Ejecutivo que permita contrarrestar el poder del capital: "...¿qué agente sino el Estado tiene el poder de atacar los múltiples males del capitalismo: explotación de trabajadores y consumidores, vandalismo ecológico, servicios sociales empobrecidos, decadencia de los barrios céntricos de las ciudades, discriminación racial, sexual y étnica?...¿qué agente distinto del Estado puede dirigir el avance hacia un tipo de sociedad diferente, igualitaria y democrática?"³⁵⁰

6.- La condición de validez y eficacia del pacto social de la modernidad, se erige sobre la legitimidad del uso de la violencia por parte del Estado para regular los conflictos políticos y sociales. No obstante, como señala BARATTA, "...el poder punitivo continúa revelándose como un veneno que alimenta la violencia del Estado y de la sociedad. la interrelación entre la conflictividad social y política, y el proceso institucional e informal de criminalización, entre desigualdad y represión, entre violencia estructural y violencia penal, es una constante histórica de la sociedad moderna"³⁵¹. Según se van estableciendo los conflictos y situándose en el escenario político y social, y una vez que el Estado se impone sobre el sistema paralelo se produce una "normalización del sistema penal legal" , como consecuencia de "la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social, y por consiguiente de la vigencia de la Constitución"³⁵².

El carácter simbólico ahora del derecho penal no le resta eficacia. Como expresa CHEVALLIER: "El paso por la violencia simbólica le permite al derecho evitar el recurso de la fuerza y asegurar la obediencia espontánea a la norma"³⁵³. En este sentido merece la pena recordar que son la representación popular, la racionalidad y soberanía del legislador, los que sirven de instrumento para invadir con el simbolismo el derecho. Y por esta idea, el derecho, en particular, las medidas que se adoptan para la "erradicación del terrorismo", son aceptadas socialmente sin que la contradicción con derechos fundamentales sea vista como inadecuada. Es posible afirmar que se produce una *mediación en la ideología del consenso*, en la que la voluntad general obedece las normas aún a costa de sacrificar sus propios derechos, por estar convencida de que la actuación del Estado es en pro del interés general. Ello pone de manifiesto que el derecho penal, en tales situaciones, y específicamente la sanción penal tienen la función simbólica ya que tienden a legitimar políticamente y no legalmente la intervención del derecho penal.

Como acierta BARATTA: "el eficientismo penal constituye una nueva forma de derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno" y se encuentra ligado a una crisis que tiene dos facetas, la crisis económica y

ciudadanos lo que implica respetar a las minorías, su libertad crítica en cuanto criterio de legitimación de las mayorías.

³⁵⁰MILIBAND, Ralph. *Socialismo para una época de escepticismo*. Edit. Sistema, Madrid, 1997. p.25.

³⁵¹BARATTA, A. "*La política criminal y el derecho penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*". Inédito. Conferencia Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 16 de enero de 1998.

³⁵²BARATTA, A. 1998.

³⁵³CHEVALLIER. "*La dimension symbolique du principe de legalité*" en *Reflexions sur l' idéologie del'intérêt général*. P.U.F., París, 1978. p.1.A.

social resultante del proceso de globalización y la aplicación de políticas de corte neoliberal; y por otra parte, la crisis de la política de los partidos del sistema político representativo.³⁵⁴

Las leyes, es cierto que son actos de dirección política, especialmente el derecho penal, pero ello no les excluye de la necesaria sujeción al valor de la Justicia. Lo que vemos por el contrario es que, en lugar de ser primariamente expresión del valor justicia, son expresión de una voluntad de conformación política condicionada por la coyuntura³⁵⁵. Y ello sin duda se manifiesta en las legislaciones de emergencia, en las que la norma jurídica adquiere con mayor razón su carácter político caracterizado por la burocratización del derecho.

El Derecho debe, en el Estado contemporáneo, limitar el poder del Estado. Como anota BARATTA: "...la historia enseña cuán precaria es para la libertad de la mayor parte de los hombres una garantía que deriva de un poder que sólo formalmente es poseído por la generalidad de los ciudadanos, mientras que, en realidad, es expresión de la fuerza y de los intereses de una parte de ellos, como ha acaecido hasta ahora en toda forma conocida de Estado"³⁵⁶. Sacrificar el respeto a las garantías fundamentales a través de las legislaciones de emergencia en el afán de dar una respuesta punitiva mas eficaz y rápida solo puede conducir a un "modelo autoritario de política criminal"³⁵⁷.

Por último, la lucha por el respeto a los principios del Estado de Derecho debería orientarse hacia la búsqueda de una democracia no tanto jurídico – política, como económico social, mediante una transformación de las relaciones económicas y de poder al interior de la sociedad.

³⁵⁴ BARATTA. 1998.

³⁵⁵ BACHOFF, O. *Jueces y Constitución*. Edit. Civitas, Madrid, 1985. p.51.

³⁵⁶ BARATTA. 1977. p.23.

³⁵⁷ BARATTA le equipara a una nueva "suave inquisición". 1998.

CAPÍTULO II

EL TERRORISMO COMO FENÓMENO HISTÓRICO Y SOCIAL

SUMARIO: **I.** Preliminares. **II.** LA VIOLENCIA POLÍTICA. 1. Aproximación conceptual. 2. Legitimidad en el uso de la violencia política. 3. Tipos de violencia política. 4. Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina, **III.** EL DELITO POLÍTICO. 1. Evolución histórica del delito político y aproximación conceptual. 2. La noción de delito político: criterios para su asentamiento: teorías objetivas, subjetivas y mixtas. 3. Clasificación de los delitos políticos: puros, complejos y conexos. **IV.** EL TERRORISMO. 1. Un intento de caracterización. 2. Formas del terrorismo. 2.a. El terrorismo insurgente o subversivo. 2.b. El terrorismo de Estado. 3. Alcances de la expresión terrorismo. Algunas concepciones desde las Ciencias Sociales. **V.** Conclusiones. 1. Violencia política y terrorismo. 2. Delito político. 3. Terrorismo.

I. PRELIMINARES.

1. Durante los últimos años se ha desarrollado una verdadera mitología del terrorismo, que le postula como un fenómeno nuevo y carente de precedentes. Esta creencia obedece al hecho de haber sido el siglo XX aquel período en el que el terrorismo se ha manifestado con mayor énfasis y crudeza.. Más lo cierto es que los actos de terrorismo o, en general, de violencia política, son coetáneos a la formación y desarrollo de las sociedades mismas. Baste dar una rápida mirada al pasado, para encontrar numerosos ejemplos del uso del terrorismo como instrumento político, muchos de los cuales han sido elementos detonantes de cambios políticos y sociales, causantes de guerras y de la caída de regímenes que hasta entonces parecían incólumes¹.

Los términos terrorismo y terrorista propiamente tal, aparecen citados por primera vez en 1798 en el *Dictionnaire de la Académie Française*, en el que se le define como "*système, régime de la terreur*". Los primeros en emplearlos fueron los jacobinos que lo hicieron en un sentido positivo, al hablar sobre sí mismos, y para referirse al gobierno de Robespierre en Francia, que durante los años 1791 a 1794, desarrolló una política del terror que estaba dirigida a afianzar la revolución. El terror era considerado un método de dominación institucional, por parte del régimen imperante, el que le justificaba en base a la primacía de los intereses de la sociedad por sobre los individuos. Terror no significaba, para ellos, terrorismo, sino la única forma de salvaguardar el bien común. Y, por el contrario, terrorista era todo aquel que, desde la disidencia, tratara de promover sus ideas mediante un sistema de coacción basado en el miedo.

La segunda mitad del siglo XIX marcó el comienzo de la etapa del terrorismo sistemático, proveniente ya no de un determinado tipo de régimen, sino de la disidencia. Fue en 1876, en el congreso de Roma, y sobre la propuesta de los delegados italianos anarquistas Cafiero y Malatesta, que se incorpora el término terrorismo a la terminología política y a la de las tácticas e ideologías en uso, como una actividad subversiva o revolucionaria. Existe cierta unanimidad en los autores en considerar que este tipo de terrorismo es un fenómeno relativamente reciente, no desde el prisma de su aparición en la historia, sino por el desconocimiento de su carácter como lógica nueva por el resto de los miembros del sistema político².

¹ Una de las primeras manifestaciones de este fenómeno, si bien no sindicada con los términos de terrorismo y de terrorista propiamente tal, es el movimiento de los *sicarii*, secta religiosa, dotada de una organización jerárquica y disciplinada, con una fuerte mentalidad nacionalista que se caracterizó por el especial tipo de violencia ejercida sobre su enemigo, durante la rebelión de los *Zelotes* en Palestina (años 66 al 73 Antes de nuestra era). También los *asesinos* (*assassin*), aparecidos durante el siglo XI y destruidos por los mongoles el siglo XIII, grupo que se extendió por toda Siria, desarrollando su accionar a través de una campaña del terror sistemática y perfectamente planificada, cuyo objetivo principal era causar la muerte de las autoridades políticas de la época. LAQUEUR, Walter. *Terrorismo*. Edit.Espasa Calpe, Madrid, 1980. p.30.

² MATEKADO, Iván. *El trasfondo del Terrorismo Internacional*. Editorial Dopesa, Barcelona, 1974. p.12.

El terrorismo sistemático alcanza su máxima expresión en la Europa occidental con la *propaganda mediante la acción de los anarquistas* en los años noventa³. Debido al misticismo de los grupos anarquistas en su accionar, la creencia generalizada era que esta violencia estaba encuadrada dentro de una estrategia sistemática del anarquismo internacional, cuya finalidad no era otra que la desestabilización y destrucción del sistema político y social imperante. Lo cierto es que esa estrategia anarquista, el temido alto mando, la supuesta disciplina del partido, sólo existieron en la imaginación de la prensa de la época y de la policía. No hay bases reales que nos permitan afirmar que los asesinatos que se cometieron en Francia, Italia y otros países efectivamente formaban parte de ese "plan", pese a la gran explosión propagandística que causaron en su momento⁴. Puede reafirmar esta idea el hecho de haber tenido, esta misma violencia anarquista, una significación distinta en países como Estados Unidos y España, ya que contaron con el apoyo de sectores específicos de la población. Así, en Estados Unidos encontraron apoyo de la clase obrera, y en España, el apoyo de la clase perteneciente a sectores agrícolas e industriales.

En Rusia, la violencia tuvo una entidad distinta. Durante los años 1878 a 1881, los revolucionarios lucharon contra un gobierno autocrático. La ejecución de Alejandro II, zar de Rusia (1881), fue el hecho que marcó el apogeo del terrorismo patrocinado por los *narodniki* (populistas). Ellos pertenecían al más importante movimiento armado de la época, *Naródnaya Volya* (NV, *La Voluntad del Pueblo*), que operó entre los años 1879 y 1881. Fue un movimiento populista y nihilista, integrado en su mayoría por jóvenes y estudiantes de la nobleza que, ante la pasividad demostrada por el pueblo ruso frente a la autocracia zarista, adoptaron una actitud mesiánica de rebeldía frente a los gobernantes, en un intento por lograr cambios en el sistema. Su estrategia violenta comenzó contra quienes consideraban los opresores del pueblo (el zarismo), desplegando una política de hostigamiento hacia las autoridades y perpetrando numerosos atentados contra las mismas⁵.

A pesar de la ejecución de Alejandro II, la revolución rusa no se produjo, y el terrorismo fue sofocado por el zarismo. La acción de los conspiradores se dirigió entonces a intimidar al zar hasta que no le quedara otro camino que convocar a una asamblea nacional, y ello serviría de señal para la transformación del país. En 1883 surge el primer grupo marxista ruso "Emancipación del Trabajo", fundado por Plejánov, Axelrod y Zassulich, que se caracterizó por su polémica con los populistas. Mas tarde, a la violencia patrocinada por el *Naródnaya Volya*, le siguió la practicada por el *Partido Social Revolucionario*, que recogiendo de aquél la tradición nihilista se abocó a la tarea

³ A este respecto Quintano Ripollés ha indicado: "los más de los atentados terroristas que ensangrentaron la Europa del fin de siglo se ajustaron a esa táctica, derivando unas veces al ataque magnicida individualizado, como en los regicidios de Humberto I de Italia, de la Emperatriz Isabel de Austria, los frustrados contra Alfonso XIII ... mientras que otras, más acusadamente terroristas, el acto careció de destinatario concreto, como acaeció en las bombas arrojadas en el Teatro Liceo de Barcelona, en el Diana de Milán o en la Cámara de Diputados de París...". QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967. p.27.

⁴ Sobre la violencia anarquista véase la Selección de obras de HOROWITZ, Irving. *Los Anarquistas. La teoría. La práctica*. 2 Vols. Madrid, 1975; JOLL, James. *Los anarquistas*. Barcelona, 1968; WOODCOCK, George. *El anarquismo*. Barcelona, 1979. Para el caso francés véase: MANFREDONIA, Gaetano. *L'individualisme anarchiste en France (1880-1914)*. París, 1991; PESSIN, Alain. *La rêverie anarchiste, 1848-1914*. París, 1982; MAITRON, Jean. *Histoire du mouvement anarchiste en France (1880-1914)*. 2 vols. París, 1983. Sobre el anarquismo en Gran Bretaña, véase: MacKERCHER, William Russell. *Libertarian Thought In Nineteenth Century Britain: Freedom, Equality and Authority*. Nueva York, 1987. Análisis sobre el anarquismo en Alemania puede encontrarse en CARLSON, Andrew R. *Anarchism in Germany*. Metuchen, New Jersey, 1972. Para el caso ruso, véase: VENTURI, Franco. *El populismo ruso*. Madrid, 1960. AVRICH, Paul. *Los anarquistas rusos*. Madrid, 1974. Finalmente, para el caso italiano véase: CIVOLANI, Eva. *L'Anarchismo dopo la Comune: il casi italiano e spagnolo*. Milán, 1981. MASINI, Pier Carlo. *Storia degli anarchici italiani: da Bakunin a Malatesta (1862-1892)* Milán, 1972.

⁵ Entre otras actividades puede mencionarse: el intento de asesinato del zar Verzasulich, por parte de Kovalsky, destacado miembro de NV; el hostigamiento a autoridades mediante atentado al gobernador de San Petesburgo y asesinato del General Mezentsev, jefe de la policía zarista (1878). Un año más tarde, Alejandro II fue condenado a muerte por el tribunal revolucionario de NV. Ya en este año (1879), Sololev, por iniciativa privada, fracasa en el intento de asesinar al zar, hecho al que sucedieron las bombas colocadas al tren en que viajaba el zar, y al Palacio de Invierno. Fue en 1881 que se concreta esta misión, cuando, paradójicamente, casi todos los miembros de NV habían sido neutralizados y aprehendidos por los organismos de seguridad.

de neutralizar y/o eliminar a autoridades políticas⁶. Los revolucionarios persisten en la lucha contra el gobierno autocrático durante los primeros años del s.XX culminando con la Revolución de octubre (1917).

Al producirse la disputa entre la socialdemocracia alemana y el comunismo en la U.R.S.S. la expresión terrorismo adquiere caracteres de relevancia ya que pasa a constituirse en un elemento de rechazo por parte de los teóricos marxistas hacia el terrorismo. Lo que se rechaza es la violencia política ilegítima, contraria a los intereses de la revolución proletaria. A esto nos referiremos al examinar los tipos de violencia política.

Por su parte, en Irlanda del Norte, el IRA ha desarrollado actividades ininterrumpidas desde 1791 hasta la fecha. Entre sus acciones podemos contar los desórdenes de las zonas agrícolas, realizados por los Irlandeses Unidos; las actividades de los dinamiteros en 1870 y 1980, y los asesinatos del Parque Phoenix además de numerosos atentados explosivos. Del mismo tipo, aunque con mucho menor continuidad y eficacia, fueron otros grupos terroristas nacionalistas, que aparecieron antes de la *Primera Guerra Mundial*, como los socialistas polacos y algunas sectas indias, especialmente en Bengala. No puede dejar de mencionarse que la misma Primera Guerra Mundial tuvo como causa inmediata un acto que fue calificado de terrorista, el asesinato del *archiduque de Sarajevo*, heredero del trono del imperio austrohúngaro, cometido por un nacionalista serbio.

A pesar de que en aquellos años existía confusión respecto del verdadero contorno y significación política de los actos terroristas, ya que se pensaba que era comúnmente un fenómeno exclusivo de los partidos de ultraizquierda, pareciera ser que los propios hechos se encargaron de demostrar que el terrorismo podía provenir de todas las ideologías⁷. Es así como esta primera etapa del terrorismo sistemático se caracterizó también por la difusión de las ideas nacionalistas y republicanas, en los años 20, ideas de las cuales son claros ejemplos la Alemania nacional socialista y la Italia fascista. En ellas los ideales nacionalistas y de soberanía popular, son propiciados por pequeños grupos armados que guiados por un convencimiento y un fanatismo exacerbado, pretenden estremecer al pueblo para conducirlo a una "sui generis" liberación. Movimientos fascistas como los *Freikorps* alemanes, algunos grupos de derecha franceses y húngaros como la Guardia de Hierro, y otros en Bulgaria, fueron actores principales en un negro período en la historia de la humanidad. Con posterioridad, partidos de masas, superaron la fase de violencia sistemática y la violencia singular del anarquismo.

Al estallar la *Segunda Guerra Mundial*, los países europeos, y el mundo en general, se vieron afectados por el terrorismo de Estado practicado por la Alemania nazi. Prueba más que suficiente lo fue el genocidio de judíos en sus campos de concentración.

Adviértase el desarrollo de la violencia desde principios del siglo XX hasta nuestros días. Claramente se trata de una violencia diferenciada en cuanto a sus objetivos. La violencia terrorista de fines del siglo XIX y principios de siglo XX, se planteaba directamente la eliminación de las figuras más relevantes del régimen. Sus atentados y actos iban dirigidos hacia un sujeto en particular, se atentaba contra una persona a la que se responsabilizaba de determinados hechos o situaciones⁸.

⁶ Entre sus acciones mas destacadas se encuentran los asesinatos de Bogolievov, ministro de educación (1901), de Sipiagin, ministro de interior (1902), y de Plewhe, siguiente ministro del Interior y mano derecha del zar (San Petesburgo, 1904). Su accionar se extendió durante toda una década, hasta 1911.

⁷ Se producen, p. ej., los asesinatos políticos de Liebknecht y Rosa de Luxemburgo (1919), de Rathenaw (1922), del Rey Alejandro de Yugoslavia y de Barthov en Marsella (1934). LAQUEUR. 1980. p.41

⁸ Dos ejemplos nos bastan: El ruso Kaliaiev la primera vez no arrojó la bomba contra el gran Duque Sergio Alexandrovich, pues su futura víctima iba acompañada de su familia, y matar niños o personas inocentes en esa época no tenía ninguna justificación. Un motivo similar impidió al anarquista italiano Angiolillo, disparar la primera vez contra el Ministro Antonio Cánovas en el País Vasco.

A partir de mediados del presente siglo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a producirse un cambio; el terrorismo dejó de ser selectivo, en el sentido de dirigir su acción a un determinado individuo. Se asume como "costo necesario" de la guerra contra el sistema, la producción de víctimas ajenas a la lógica de la misma. Parece ser que la vida humana paulatinamente ha ido perdiendo valor y los crímenes colectivos tienden cada vez más a ser justificados⁹. Demasiados han sido los actos de terrorismo como para proceder a enumerarlos, y lo que en ellos se advierte es que en su mayoría son perpetrados por Estados en contra de otros Estados, salvo las excepciones de algunos aquí mencionados. Estos actos han sido justificados por quienes los cometen sosteniendo que mediante ellos se logra provocar un estado de alerta colectiva, con lo cual se presiona al gobierno de turno, el que a su vez se ampara en ellos para justificar una represión indiscriminada. Carlos Marighela, jefe de la guerrilla brasileña, y uno de los más destacados ideólogos de la guerrilla urbana, afirmaba que esta nueva forma de violencia "lleva a transformar la crisis política en lucha armada... obligando al gobierno a instaurar el estado de sitio, con lo cual la masa tiende a rebelarse contra la policía y el ejército al hacerlos responsables de la situación"¹⁰.

De acuerdo a lo que se ha expuesto, obsérvese que, históricamente, el terrorismo se ha presentado como un fenómeno social poseedor de una extraordinaria ubicuidad, que desconoce una identificación ideológica específica, y ha sido utilizado tanto por sectores de derecha como de izquierda. A modo meramente introductorio y para entregar al lector una visión panorámica general, mencionaremos a continuación a parte de los movimientos o grupos que desarrollan actualmente en el mundo acciones de violencia política, algunos de los cuales examinaremos con algún detalle a lo largo de este capítulo para poder situarnos en el contexto histórico en el que se ejerce la reacción social e institucional frente a los mismos, a través de las legislaciones de excepción.

En Europa: el Ejército Republicano Irlandés *I.R.A. (Irish Republic Army)* grupo nacionalista y autonomista que principalmente opera en Irlanda del Norte aunque también en Gran Bretaña. A partir de los años 70 en Alemania, operó la Fracción del Ejército Rojo (*RAF, Rote Armee Fraktion*), además de decenas de pequeños grupo neonazis, y posteriormente, el Movimiento 2 de Junio (*B2J, Bewegung 2 Juni*) y las Células Revolucionarias (*RZ, Revolutionäre Zellen*). En Italia, también enmarcado dentro de los años setenta, las *Brigadas Rojas* (ejecutoras de Aldo Moro), el grupo *Ordine Nuovo* y la *Avanguardia Nazionale*, de extrema derecha, y mas contemporáneamente en la izquierda *Prima Linea (PL)* y *Formazioni Comuniste Combattenti (FCC)*. En Bélgica las *Células Comunistas Combatientes (C.C.C.)*. En Turquía el Partido/Frente de Liberación Popular de Turquía (*THKP-C*), y el *Partido de los Trabajadores del Kurdistán (P.K.K.)*, los que mediante la estrategia de guerra de guerrillas, y la realización de acciones armadas pretenden derrocar al gobierno turco, para lograr la autonomía e independencia del Kurdistan¹¹. En España, grupos independentistas como *ETA (Euskadi Ta Askatasuna. Patria vasca y libertad)* y organizaciones revolucionarias antifascistas como los *GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre)*. No nos olvidamos de la violencia institucional ejercida por, los *GAL (Grupo Antiterrorista de Liberación)* creado

⁹ Por ejemplo, en Italia, el atentado a Piazza Fontana (Milán, 1969) y a la estación de Ferrocarriles de Bolonia (1980), por la AN que dejó como saldo 80 muertos. En España, la matanza de Atocha (1977) por la AAA española en conexión con AN italiana; la bomba puesta en Hipercoor (1987) por parte de ETA. En Reino Unido, el atentado de Omagh (Agosto de 1998), por una fracción del IRA. A estos se suman los bombardeos (1998-1999) de Estados Unidos a Irak, bajo el gobierno de Clinton y en el otro extremo los atentados de la *Yihad* (Guerra Santa) islámica de los cuales destaca por su impacto el perpetrado en un mercado de Jerusalén (nov. 1998). Por último, y dada su trascendencia política, el ataque directo contra intereses norteamericanos, concretamente al "pentágono", a través de aviones suicidas que se estrellaron contra las Torres de Manhattan, causando miles de muertos (septiembre 2001).

¹⁰ MARIGHELA, Carlos. *Escritos de Marighela: La guerrilla en Brasil*. Editorial Prensa Latinoamericana, Stgo. de Chile, 1971.

¹¹ Con la detención del líder máximo del PKK, Abdulá Ocalan, hecho ocurrido en Nairoibi en febrero de 1999, ésta organización ha experimentado un grave debilitamiento orgánico que incide directamente en el plano político. La sentencia a pena de muerte impuesta al líder kurdo, sentencia que también había sido impuesta a Semdin Sakik, antiguo brazo derecho de Ocalan, por parte del Tribunal de Seguridad del Estado, obligó a un replanteamiento por parte de la dirigencia política quienes hicieron un llamado por la paz y el cese de la lucha armada tras quince años de la misma. Sobre estos hechos véase, *El País* y *El Mundo*, 18 de febrero de 1999; *El País*, 21 de mayo de 1999; *El Mundo*, 6 de agosto de 1999.

bajo el gobierno del PSOE, que supuestamente fue financiado desde el Estado para combatir al grupo independentista ETA, y fue responsable de secuestros, torturas y asesinatos. En Francia, entre los grupos que solicitan la autonomía regional están *Iparretarak (IK)*, considerado en un principio como la rama francesa de la ETA y el *FLNC (Frente de Liberación Nacional Corso)*, también grupos de ideología izquierdista como AD (Acción Directa)¹².

Merece la pena mencionar, aún cuando su análisis excede el objeto de la investigación, sólo como dato de referencia a los grupos que operan en el contexto del conflicto del Medio Oriente y fundamentalmente el árabe-israelí¹³. Ello por cuanto pareciera ser que se ha puesto en marcha a partir de 1998 un *Frente Islámico Internacional* destinado principalmente combatir en contra de los intereses norteamericanos y defenderse frente a los ataques de Estados Unidos¹⁴. Este Frente se habría formado por una decena de grupos islámicos radicales egipcios, saudíes, jordanos, libaneses y palestinos. De manera ilustrativa mencionamos que en el contexto islámico operan:

En Argelia, el *Grupo Islámico Armado (G.I.A.)*, el *Frente Islámico de Salvación (F.I.S.)* y su brazo armado el *Ejército Islámico de Salvación*. En Egipto, la *Yamá al Islámica* (Asociación islámica) y la *Yihad* (Guerra Santa). En Turquía, el *Hizbulá kurdo*. Entre Turquía e Irak, *Al Dawa* (chií) y la *Organización de Acción islámica*, las más radicales de las resistencias chií contra Sadam. Entre Irak y Kuwait, el *Movimiento Islámico de Liberación* (chií). En Bahrein, el *Frente Islámico de Liberación* (chií) resultado del descontento de la población chií que habita en la zona. En Etiopía y Eritrea, el *Hizbulá de Etiopía*, el *Frente Islámico Oromo* (Etiopía), y la *Yihad Islámica de Eritrea*. En Oatar, la *Organización de la Revolución Islámica* (pro iraní). En el Líbano, el *Hizbulá* (chií), movimiento de resistencia a la ocupación de Israel, en la línea del gobierno de Teherán. En Siria, el *Frente Islámico y Vanguardia Combatiente*, que representan el sector más radical del movimiento político de los Hermanos Musulmanes. En Israel y Palestina, *Hamas*, *Yihad Islámica*, y *FPLP* (facción disidente de OLP), anti israelitas, y en Filipinas, el *Frente Moro de Liberación Nacional (FMLN)*, que pretende la independencia de la isla de Mindanao, mayoritariamente musulmana, que tras lograr un acuerdo con el gobierno se ha escindido dando lugar a un grupo más radical.

En América Latina, el problema del terrorismo no ha cesado de agudizarse: En Argentina, la *Alianza Argentina Anticomunista* ligada a sectores peronistas de derecha, y a militares, ejerció el terrorismo antes y durante la dictadura militar, justificada en un supuesto combate a la subversión. La desaparición forzada de personas no se hizo esperar, y así tampoco los continuos ataques tendientes a reducir a los grupos guerrilleros operantes, principalmente los *Montoneros*. De la misma manera, actuaron los *escuadrones de la muerte* en Brasil; y en el otro extremo, desde la izquierda, la *guerrilla* dirigida por Marighela. En Bolivia, el *E.G.T.K. (Ejército Guerrillero Tupac Katari)* y el *Ejército de Liberación Nacional*. En Perú, en el ala derechista, se encuentran grupos paramilitares, como por ejemplo el "Grupo Colina" integrado por ex miembros del ejército y del SIE (Servicio de Inteligencia del Ejército). En el ala izquierdista, *Sendero Luminoso*, brazo armado del PC del Perú, y el *MRTA (Movimiento Revolucionario Tupac Amaru)*, entre otros¹⁵. En Colombia, en la izquierda operan las *FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia)*, el

¹² Francia ha sido también el lugar de operaciones de grupos armados de oriente medio y del conflicto árabe-israelí, que ha puesto en tela de juicio a su gobierno, entre ellos destacan la Facción Armada Libanesa, el *Movimiento de las Brigadas Árabes Revolucionarias* y la *Yihad Islámica*, a raíz de las conexiones entre París y Teherán, y en relación con el conflicto argelino, el *GIA (Grupo Islámico Armado)*.

¹³ Sobre este tema puede consultarse, entre otros, el interesante artículo de BEN-ELIEZER, Uri. "*Violencia y violencia organizada: las Fuerzas israelíes de Defensa, los colonos judíos de Cisjordania y el gobierno*" en *Violencia y Política*, Monográfico, *Rev. Sistema*, Núm. 132-133, 1996. pp. 89-109. Asimismo consúltese: CAPITANCHIK, David. "*El terrorismo y el Islam*" en O'SULLIVAN, Noel. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. pp. 145-163. DODD, C.H. "*La contención del terrorismo: La violencia en la política turca: 1965-80*" en O'SULLIVAN, N. *Ob. Cit.* 1986. pp. 165-185. HARBI, Mohamed - RODINSON, Maxime - SALAMATIAN, Ahmad. "*Islam político y sociedad*" en *Revista Iniciativa Socialista*, Núm. 33. 1995. pp.35-45.

¹⁴ Esta es la opinión del Centro de Investigación de Al Ahram que manifestó a través de Dia Rachuane, especialista en movimientos islámicos, haber tomado conocimiento de la conformación de este Frente Islámico Internacional mediante un comunicado de movimientos integristas armados en mayo de 1998 y cuyo principal promotor sería Osama bin Ladem, disidente saudí en el exilio. *El Mundo*, 10 agosto 1998. pp. 7, 10 y 12.

¹⁵ Más ampliamente sobre la guerrilla comunista BLAS, Juan Antonio de. "*Aún quedan banderas rojas*" en *Revista Abaco*, Núm. 4, 1994. pp.39-46. En éste artículo se contiene un interesante análisis sobre lucha armada y diferencia entre grupos terroristas y movimientos de liberación nacional enmarcados en las situaciones y organizaciones existente en: Perú (PC del Perú y SL), Filipinas (PC de Filipinas y Nuevo Ejército del Pueblo), Turquía (PKK), Colombia, País Vasco e Irlanda.

ELN (*Ejército de Liberación Nacional*) y el EPL (*Ejército Popular de Liberación*) y ya en menor medida el M-19 (*Movimiento 19 de abril*). En el extremo derechista encontramos a los GAULA (*Grupos de Acción Unificada para la liberación de las personas*) y las llamadas "Autodefensas Campesinas" (que operaran principalmente en Uraba), y en general, los temidos paramilitares conformados como verdaderos escuadrones de la muerte cuyas matanzas indiscriminadas entre la población civil han merecido severas críticas por parte de organismos de derechos humanos y el repudio de la opinión pública internacional. En Chile operaron en la década de los setenta el grupo ultraderechista *Frente Nacionalista Patria y Libertad*, y en la izquierda el MIR (*Movimiento de Izquierda Revolucionaria*) y la VOP (*Vanguardia Organizada del Pueblo*). Durante la dictadura militar y también con posterioridad a ella encontramos al FPMR (*Frente Patriótico Manuel Rodríguez*) y el MJL (*Movimiento Juvenil Lautaro*) como los grupos de mayor importancia dentro de la violencia política de este país.

2. Ciertamente es difícil valorar objetivamente el fenómeno terrorista y, por ende, considerarnos capacitados, o mejor, legitimados, para otorgar este adjetivo a una u otra organización armadas de las innumerables que operan en el mundo mediante actos de violencia, como si de una enfermedad crónica de la sociedad contemporánea se tratara. Es una cuestión de libertad ideológica que depende de las posturas políticas que adopte cada cual. Sin embargo, es preciso al menos establecer la diferencia entre lo que es el verdadero terrorismo y la lucha y los métodos de acción desarrollados por movimientos de liberación nacional y similares. Tarea complicada por cuanto sus límites son difusos y encierran una connotación valórica de la que el análisis dogmático no puede prescindir y observar siempre desde la imparcialidad.

Nada más lejos de nuestra intención que el prohijar una metodología lineal de análisis, por ello es que, prohijando la visión estructural funcionalista¹⁶, corresponde en este capítulo hacernos cargo de las dimensiones material e histórica, para aproximarnos a un enfoque científico que sirva a nuestro objetivo principal, el análisis jurídico del terrorismo. Desde la dimensión material intentaremos delimitar teóricamente la violencia política legítima de la violencia terrorista. Ello requiere un examen previo acerca del concepto de violencia política y la descripción de sus diversas manifestaciones, para esclarecer el momento en que esta violencia legítima deviene en terrorismo. Se ha dicho que terrorismo es "toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común"¹⁷, lo que aparentemente podría conducirnos a confusiones en relación a otra categoría, el delito político, y que es violencia política legítima por excelencia. Es necesario entonces fijar los criterios para la noción de delito político, considerando que, históricamente, tal concepto ha estado en función de la finalidad de excluir a determinados delincuentes políticos del privilegio extraditorio y establecer un tratamiento procesal y penitenciario especial para los mismos. Esta forma de definir el delito político no parece ser la más adecuada, siendo más correcto relacionar el acto ilícito cometido con el tipo de sistema o régimen político en el que ha tenido lugar.¹⁸

Solo a partir de la delimitación del concepto o la aproximación al concepto de delito político podremos llegar a determinar las características actuales del terrorismo, y aproximarnos a su concepto en los márgenes de los regímenes democráticos y en el Estado de Derecho. Llegados a este punto lograremos adquirir una visión más amplia en pro del establecimiento de los criterios diferenciadores entre ambos tipos de violencia y preguntarnos acerca de la justificación de la misma en determinados casos.

Abrazamos junto con un sector doctrinario¹⁹ la idea de que en un auténtico Estado de

¹⁶ BARATTA, Alessandro - SILBERNAIG, Mario. *"La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal"* en DP. Año 8, 1985. pp.559-595, esp. p. 560. Véase también BARATTA, Alessandro. *"Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia"* en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Bereziak Europan)*. Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, 1985(a). pp.15-17.

¹⁷ PISAPIA. *"Terrorismo y orden público: el caso italiano"* en DP, N° 8. 1979. p.905.

¹⁸ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. pp. 138-139.

¹⁹ Véase por todos SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p. 139; ARROYO ZAPATERO, L. A. *"Terrorismo y sistema penal"* en AA.VV., *Reforma política y Derecho*, Madrid, 1985.

derecho, el delito político *en sentido objetivo* no existe. Se trata de una cuestión fundamental que movimientos terroristas de fines del siglo XIX también reconocieron una vez lograda una mayor justicia social, por ejemplo, Narodnaya Volia cuando decidió replegarse. Como expresa ARROYO ZAPATERO²⁰: "La definición de terrorismo a efectos de especial represión en el plano nacional e internacional, puede llevarse a cabo tan solo desde una *sociedad democráticamente organizada*, en la que *estén abiertas las vías para una actividad política no violenta en la más plena libertad*".

Si todo análisis que se precie de científico ha de considerar un fenómeno dentro de su especificidad histórica (dimensión histórica), nos vemos ante la obligación de examinar los orígenes históricos del terrorismo en los países cuyas legislaciones son objeto de examen en esta investigación. No se pretende realizar una historiografía del mismo, ni nada parecido, pues ello compete a la Ciencia Política, materia que excede a nuestro objeto principal. Simplemente ofrecer al lector una visión de aquellos movimientos y las causas de su aparición para que pueda formarse una opinión propia acerca de su identificación (terrorismo v/s delincuencia política), y pueda, al mismo tiempo, comprenderse la reacción social e institucional frente a los mismos.

II. LA VIOLENCIA POLÍTICA.

1. Aproximación conceptual.

El intento por conceptualizar y caracterizar a un fenómeno de tanta complejidad y difusión social como el de la violencia política supone una difícil empresa. La multiformidad y multipolaridad que ella presenta le hace factible de ser abordada desde distintos niveles de análisis y diversas perspectivas teóricas que no consideraremos en su totalidad dados los límites de esta investigación. Quizás deberíamos comenzar por preguntarnos a qué nos estamos refiriendo cuando a la "violencia" agregamos el adjetivo "político".

La *violencia* ha sido definida como "toda interacción social como resultado de la cual personas u objetos resultan dañados físicamente de manera intencionada, o a los que se amenaza de manera creíble con padecer dicho quebranto"²¹. Existe un componente físico en el concepto del que no puede prescindirse aún cuando reconocemos también los efectos psíquicos que la violencia produce. De todas maneras, cuando hablamos de violencia nos estamos refiriendo necesariamente a un componente genérico de lo social, una forma de relación social inserta en cualquier conformación particular de las sociedades. Todo proceso de vertebración o reproducción social conlleva *violencia* si por ésta entendemos - como acierta ARÓSTEGUI - "un proceso de resolución no pautada de conflictos"²². Por lo *político* debemos entender "tanto la distribución del poder en el seno de una sociedad dada, como las instituciones que regulan las pautas de comportamiento que su presencia implica o a los procesos mediante los cuales tales configuraciones se modifican"²³. Ello lleva a suponer que "lo político" en algunas ocasiones se refiere a continuidad y en otras a cambios en el poder estatal.

²⁰ ARROYO ZAPATERO, L. A. 1985. p. 158.

²¹ TILLY, Charles. *From mobilization to revolution*. Nueva York, Random House, 1978. p.176.

²² ARÓSTEGUI, Julio. "*La especificación de lo genérico: la violencia política en perspectiva histórica*" en *Violencia y Política*. Monográfico, Revista Sistema, N° 132-133, 1996. p.12.

²³ REINARES, Fernando – BENEDICTO, Jorge. "*Las transformaciones de lo político desde una perspectiva europea*" en *Las transformaciones de lo político*. Editorial Alianza, Madrid, 1992. p.9. Dos han sido las tradiciones políticas. De una parte encontramos la *tradicción liberal* iniciada por Hobbes que explaya Max Weber, para quien las relaciones de poder son relaciones de mando y obediencia, de donde se desprende que no puede desconocerse la indisoluble unión que existe entre lo político y la dominación, y la violencia en cuanto instrumento para ejercer ésta. De otra parte, la *tradicción republicana* que se inicia con la democracia ateniense y que explayan Benjamín Barber y Hannah Arendt para quienes las relaciones de poder suponen la *capacidad de actuar de manera concertada*. Desde este prisma debemos entender que la violencia no es el medio para ejercer la política pues ella empieza con el diálogo y la instauración de las libertades y por tanto la violencia pertenecería a una etapa *pre política*. Véase entre otros, ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Seix Barral, Barcelona, 1974; la misma, *Crisis de la República*. Editorial Taurus, Madrid, 1984. pp.200-222. BINABURO, J.A.- ETXEBERRÍA, X. (eds.). *Pensando en la violencia*. Bakeaz, CDEP, Bilbao, 1994. pp.39-59.

Atendiendo a la interacción de estos dos conceptos podemos aproximarnos a la violencia política entendiendo por ella un epifenómeno que, cuando se circunscribe a la afectación de las estructuras de poder presenta una multiformidad patente en cuanto a su capacidad destructiva y su frecuencia en la repetición de actos. Así podemos encontrar violencia que tiende a la defensa o mantención de las estructuras de poder político o violencia que tiende a la desestabilización del mismo en pro de la consecución de un cambio sustancial en la distribución del poder.

Desde este prisma debemos entender que: *Primero*, la violencia ejercida por la sociedad sobre los integrantes de la misma, con el objeto de someterlos a sus requerimientos, viene a ser una violación a las cualidades, identidad y necesidades; aliena a esos individuos en la medida que dichos requerimientos no correspondan a los intereses de sus miembros. Así cada vez que dentro de la sociedad haya un conflicto de intereses y se prefiera a unos sobre otros, habrá prácticas de violencia o coerción. Esto es lo que puede llamarse “*violencia sistémica*”, la incapacidad de la estructura social para satisfacer los intereses y expectativas de los sujetos. *Segundo*, la *contraviolencia* o *violencia defensiva* viene a ser la reacción de los sectores que ven insatisfechas sus expectativas, e intentan quebrar el orden social, en la medida que la estructura de ese modelo de sociedad no les satisface. Puede entonces hablarse de una “*violencia reactiva*” que representa una acción de reivindicación de sus intereses frente a la estructura social y a los intereses contradictorios preferidos por ésta.²⁴

En resumen, entre los distintos intereses y requerimientos en el interior de las sociedades, se produce un choque, siendo la dinámica para su defensa o afianzamiento, el escenario en donde ocurren los fenómenos de la violencia política. En palabras de TOURAINE y desde una perspectiva amplia, la violencia política aparece cuando unos actores sociales se transforman en cuasi -Estados, luchando contra otros Estados, e identificándose con valores que están directamente amenazados por un enemigo definido como el mal o barbarie.²⁵ La violencia política, por tanto, es un "procedimiento" o "medio" que conlleva la utilización de la fuerza para la obtención de un determinado fin, la manifestación más aguda, como señala DAHRENDORF del conflicto entre gobernantes y gobernados.²⁶

2. *Legitimidad en el uso de la violencia política.*

En el enfoque clásico la violencia es considerada una perturbación del orden social. Éste es considerado una realidad de Derecho Natural ordenada hacia el bien común, en la que existe una especie de poder benévolo cuya misión es preservar la paz social. Se trata de un verdadero ordenamiento normativo subyacente en la naturaleza no sólo del hombre, sino de la sociedad y el Estado²⁷. El deber de obediencia al Poder aparece entonces como un deber de derecho natural, y su contravención (violencia) es considerado una infracción al orden natural de la sociedad²⁸, que debe ser reparada (castigada) a través de los medios de justicia que están confiados al que en esos momentos detenta el poder (el Príncipe).

²⁴ PONCIANO TORALES. “*La violencia origenes sociales*”. Trabajo de Investigación del Instituto de Sociología de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1971. pp.14-15. Para otros la violencia es un fenómeno social en el que pueden predominar factores tanto de tipo biológico, como social. Así la hipótesis de la frustración-agresión elaborada por Dollard, Doob y Miller, Monwrer y Sears en 1949. El factor determinante de la violencia política se basa en la percepción por parte de los sujetos, de la discrepancia entre los valores que esperan recibir y los que pueden adquirir (frustración), con relación a la suerte de uno y la de otras personas o grupos que sirven como marco de referencia. Así, la opresión nacional y las injusticias, serían los factores responsables de la situación de violencia (agresión). DENKER, R. “*Dilucidaciones sobre la agresión*”. Editorial Amorrurtu, Argentina, 1973. p. 17.

²⁵TOURAINE, Alain. *América Latina. Política y Sociedad*. Trad. Mauro Armiño. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1989. p. 320.

²⁶ DAHRENDORF, R. “*Hacia una teoría del conflicto social*” en A y E. Etzioni (comps) *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*. Editorial F.C.E., México, 1979. p.97-107.

²⁷ BODENHEIMER. *Teoría del derecho*. Editorial F.C.E., 1964. pp. 142-154.

²⁸ BARNES & BECKER. *Historia del pensamiento social*. Vol. I. Editorial F.C.E., 1954. p.253.

Si estas perturbaciones del orden social llegan a una gravedad extrema, se aumenta proporcionalmente la entidad de los medios de justicia, y se elucubra sobre las condiciones a priori bajo las cuales es lícito y noble el uso de la violencia: la guerra justa, el derecho a rebelión y el tiranicidio, siendo su esencia análoga a un acto de jurisdicción. Se asimilan en este pensamiento, las concepciones de delito político y delito común. El delito es definido como "perduelio", y traición o de "lesa majestad", es decir, incumplimiento de los deberes de obediencia y fidelidad a la autoridad, una conducta rebelde y criminal frente al orden de origen divino instituido.

La obligada presencia histórica de la violencia en el complejo de las relaciones sociales, es un concepto que se origina en Marx y Engels. Para ambos, solo en las sociedades capitalistas es realmente posible diferenciar con nitidez el acto de violencia, ya que en las sociedades precapitalistas la violencia es connatural a las mismas. Desde allí se va desarrollando un proceso lento que cada vez más la va configurando como un fenómeno específico, pasa a ser un acto de poder o un acto contra el poder y la lucha por controlar ese poder adquiere un carácter estructural.²⁹ El origen de la violencia se encuentra, por tanto, inserto en la dinámica propia de las estructuras sociales y no puede desligársela de la transformación decisiva que representa la expansión del capitalismo, en donde la violencia que ejerce el Estado adquiere un carácter monopolístico cuya contrapartida es el reordenamiento de las relaciones sociales.

Es cierto que la violencia ha adquirido el carácter de dato real en la historia, como instrumento de lucha política y social, pero son sus formas las consonantes o disonantes con la estructura existente, y por lo tanto funcionales o disfuncionales lo que puede llevar a prácticas de cooperación o de conflicto, respectivamente. Por una parte, los actores sociales de determinadas luchas han cometido, en reiteradas ocasiones, el error de caer en una intransigencia propia del "voluntarismo político", consecuencia muchas veces del "infantilismo revolucionario" a que ácidamente se refirió Lenin. Esto trae como consecuencia que la reivindicación política, de un carácter social pase a tener un carácter subversivo. Por otra parte, el aparato estatal en su intento de dominación ha cometido similares equivocaciones dando paso al terrorismo de Estado. En ambas la utilización de la violencia es un método de imposición de determinadas ideas.

Esto nos lleva a una interrogante, cuya respuesta completa exige un examen pormenorizado que excede a nuestra investigación, pero cuyo esbozo es imprescindible para establecer los lineamientos político criminales que guiarán el análisis sustantivo del terrorismo: *la legitimidad en el uso de la violencia política*. Con esto queremos decir que no somos neutrales ante la violencia en sí, y que no nos es indiferente su utilización. En otras palabras, si existe una lógica en el desarrollo de la violencia, esto no significa que vayamos a aprobarla sólo en mérito a su carácter de lógica, sino que buscamos valorizarla por lo que su propia utilización implica. Debe entonces precisarse el concepto de violencia que se adoptará en el análisis sobre el terrorismo. Por tanto, ¿Cuándo podemos considerar que el ejercicio de la violencia tiene el carácter de legítimo?. ¿Cómo podemos diferenciar la violencia política legítima y el terrorismo?.

La violencia es en cierto modo una forma de poder, una forma de hacer política por otros medios, enfrentando al Estado o ejerciendo su control, un instrumento de coacción y herramienta para forzar cambios³⁰. Forma parte de la estrategia que un grupo de actores escoge en un contexto sociopolítico determinado para alcanzar unos objetivos concretos, y que se apoya en la utilización más o menos exclusiva de medios de coacción física y psíquica para vencer al adversario u obligarle a aceptar sus propuestas.³¹ Y su única justificación ética posible consiste

²⁹ ARÓSTEGUI. 1996. pp. 11-14.

³⁰ CLAUSEWITZ. *El arte de la Guerra, Libro IV, Cap. XXVI, "Armando al pueblo"*, cit. por BAPTISTA GUMUCIO, A. *De las guerrillas a la escalada nuclear*, edit. Alfa, Montevideo, 1970.

³¹ TEJERINA, Benjamín. "*Ciclo de protestas, violencia política y movimientos sociales en el país vasco*" en *RIS*, N° 16, 1997. pp.121-148.

en "mostrar que su uso es inevitable precisamente para hacer posible que los sujetos sean verdaderamente autónomos, para que puedan desarrollar su auténtica autonomía"³². Será, por tanto, violencia injusta cuando se la emplea como instrumento para la opresión de un pueblo, será violencia justa cuando se plantea como instrumento de liberación social o nacional³³.

Pero, ¿dónde están los límites a esta justificación?. No parece ser que la recurrencia a factores o fines "psicológicos" sea el elemento determinante para diferenciar la violencia legítima e ilegítima, y dentro de esta última la violencia terrorista. No estamos ante psicopatías o perversiones de "sujetos" cuya finalidad sea solo la de insertar en la mente de los "objetivos" determinados conceptos³⁴, sino ante conductas reñidas con los marcos impuestos por una determinada sociedad y en un contexto histórico específico. De allí lo imprescindible de *analizar la violencia en el contexto histórico, social y político* en el que se esté desarrollando para poder establecer cuales son los aspectos que justifican su necesidad y legitiman su existencia ante los ojos de la sociedad civil, y de ello dependerá el éxito o el fracaso en la consecución de sus objetivos.

Lo que persigue la violencia política, legítima o ilegítima es la transformación de las estructuras de poder en favor de un sector determinado de la sociedad que puede ser mayoritario o minoritario. La fuente de legitimidad de todo cambio en el Poder es *la voluntad soberana del pueblo*, expresada mediante los mecanismos de participación política que debe tener el sistema democrático material. Por tanto, si las vías de participación de ese pueblo tienen un carácter meramente formal³⁵ y no reflejan el querer de los gobernados sino el de una clase social (dominante) a través del juego político partidista, ¿puede considerarse ilegítima la violencia que se da en tal sociedad?. Todo parece indicar que se trataría de una *violencia legítima*. Y con mayor razón si se trata de sistemas autoritarios y dictatoriales en los que ni formal, ni materialmente existe la democracia.

A los gobernados en tales tipos de sociedades no queda mas alternativa que utilizar la fuerza para ser efectivamente oídos. En los sistemas dictatoriales, porque no se les permite expresar libremente sus ideas. En las democracias formales, porque los mecanismos a través de los cuales se faculta su expresión no posibilitan su efectiva realización. La institucionalidad solo permite la efectiva realización de los intereses de quienes ostentan el Poder. Pero el recurso a la fuerza tiene sus límites. Dicho de otra manera, ¿Cuándo esa violencia - en principio legítima- deviene en ilegítima y en terrorismo?. La respuesta debemos encontrarla en el marco fijado por las Convenciones relativas a los Derechos Humanos, y en las doctrinas sobre el derecho a la legítima defensa y a la rebelión contra las tiranías, y en códigos más específicos como las constituciones y leyes de cada país, si han sido producto del querer de la población. El terrorismo viene a ser una especie de violencia ilegítima, cuyas características más relevantes en este sentido son, por una parte, la violación a los derechos humanos y por la otra, la finalidad política, que provoca graves retrocesos desde la óptica democrática.

³² CORTINA, Adela. "*Ética y violencia política*" en *Violencia política*. Monográfico, *Revista Sistema*, Núm 132-133, 1996. pp.58-59.

³³ Como señaló en su día, Concepción ARENAL: "No hay culpa en combatir con la fuerza a los poderes que abusan de ella... el delito político...consiste en recurrir a la fuerza para derribar poderes, que no abusan de ella en alto grado, o que permiten que se los combata con razones, aunque la libertad de discusión parezca algo limitada, porque esta limitación es mas aparente que real, y tiende por necesidad a disminuir o desaparecer...Cuando en la apelación a la fuerza no hay culpa de parte del que a ella recurre, es el caso de una guerra justa, y de aplicarle aquella sentencia de Montesquieu: *el responsable de la guerra no es el que la declara, sino el que la hace necesaria*".ARENAL, Concepción (1820-1893). *El delito colectivo*, Edit. Asencio, Lima, Perú, 1978, pp. 62-63.

³⁴ En este sentido Al Ries y Jack Trout recurren al concepto de violencia psicopolítica para establecer los límites entre la legitimidad e ilegitimidad de la violencia. Los propósitos de las conductas psicopolíticas serían semejantes a los del marketing pues buscan insertar determinados conceptos en la mente de la población seleccionada como "blanco". AL RIES & JACK TROUT. "*Posicionamiento*". Editorial Mc Gaw Hill, 1989. Cit. en *Revista Pluma y pincel*. Editorial Epsa, Santiago de Chile, Mayo de 1991.

³⁵ Pensamos especialmente en el caso de Perú bajo el gobierno de Fujimori, y en la "institucionalización" de los gobiernos autoritarios en países como Chile (1980 en adelante) y Argentina.

Específicamente, los factores que determinan la legitimidad o ilegitimidad en el ejercicio de la violencia política serían: por una parte, los *medios empleados* para ejercer la violencia y los *objetivos o blancos* a los cuales afecta en último término, y por la otra, el *contexto político* en el que se ejerce.³⁶ Si los medios empleados poseen un carácter necesariamente brutal como para atacar directamente derechos fundamentales como la vida o la integridad física o psíquica de las personas, y si en su utilización no se escatima en la asunción como "costo" de víctimas ajenas a la lógica de una guerra (abierta o no abierta), nos encontramos ante un desvalor que confiere al acto el carácter de *delito contra la humanidad*; es decir, *un acto de terrorismo*³⁷. Ya puede existir una guerra civil declarada, abierta o no abierta, o un tiempo de paz, ya puede ser ejecutado el acto por parte de un gobierno democrático o por parte de una organización popular contra una dictadura. Ello resulta irrelevante para su calificación como actos de terrorismo. La colocación de una bomba en plena vía pública en donde transita numerosa población civil es un acto de terrorismo, querámoslo o no, démosle la connotación o significado político que le demos. No existe lucha revolucionaria- refiriéndonos tanto a la pretendida revolución de las izquierdas como de las derechas - capaz de justificar este tipo de acciones. La acción que ataca directamente a la población cuyos derechos se dicen defender, o a personas inocentes, no es un acto político sino un acto de terrorismo.³⁸

Para determinar la ilegitimidad de la violencia como forma de lucha, sea ella política, armada o económica es imprescindible distinguir entre violencia interna y externa. La *violencia interna* - en general -, es aquella vinculada a los conflictos intrasociales, mientras que, la *violencia externa* dice relación con las colisiones de hostilidad entre sociedades y naciones, colisiones que normalmente se manifiestan en forma de guerras. Entendemos siguiendo a CLAUSEWITZ que *la guerra* es "un acto de violencia (Gewalt) dirigido a obligar a nuestro adversario a acatar nuestra voluntad" que se manifiesta siempre como "la colisión de dos fuerzas vivas", y no "la acción de una fuerza viva sobre una masa sin vida". De ello puede desprenderse que *si la guerra es una actividad recíproca entre dos fuerzas similares, el terrorismo es una relación de un solo sentido entre factores desiguales*.³⁹

La violencia política - y por tanto el terrorismo -, tiene por regla general un carácter interno, y aquí nos referimos en específico a la violencia que se ejerce por el Estado en contra de la población para la perpetuación del poder, o la que se ejerce por grupos u organizaciones populares en contra del Estado. Pero también debemos considerar dentro de esta violencia interna, como expone CLAUSEWITZ⁴⁰, a los *movimientos nacionales de resistencia* que suelen adoptar formas directamente relacionadas con la subversión y la guerrilla, como hipótesis de defensa civil frente a una invasión extranjera. En su esencia nada tienen que ver con el terrorismo⁴¹. Es un hecho palpable y concreto que cada vez que una nación se ha visto ocupada

³⁶ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. pp.140-141.

³⁷ SERRANO PIEDE CASAS, José Ramón. 1988. p. 140.

³⁸ A este respecto, parece ser que para el fascismo y el nacionalsocialismo es mucho más fácil justificar este tipo de acciones, debido a sus tres negaciones principales: antiliberalismo, anticomunismo y anticonservadurismo. Allí se enmarca la autojustificación de tales sectores respecto del genocidio en contra de la población judía y las muertes de republicanos durante la guerra civil española. Sin enmarcarse estrictamente dentro del fascismo y el nacionalsocialismo, gobiernos dictatoriales también justifican estas acciones. Es el caso del Gral. Pinochet frente al genocidio, a los asesinatos, torturas y desapariciones forzadas de personas entre 1973 y 1990. Pero un grupo revolucionario que, desde la izquierda, dice actuar "en nombre del pueblo" o de una clase social determinada, y justifica actos como éstos, comete el mas irreversible error político cuya consecuencia es el rechazo y no el apoyo de la población: la creación de un estado de confusión y división de la clase a la que pretende unir.

³⁹ CLAUSEWITZ, *El arte de la Guerra, Libro I, Cap.I "Sobre la guerra"*. Cfr. TOWNSHEND, Charles. "*El proceso de terror en la política irlandesa*" en *Terrorismo, ideología y revolución*. O'Sullivan (Ed.). Editorial Alianza, Madrid, 1987. pp.116-117.

⁴⁰ CLAUSEWITZ. *El arte de la Guerra, Libro IV, Cap. XXVI, "Armando al pueblo"*, cit. por BAPTISTA GUMUCIO, A. *De las guerrillas a la escalada nuclear*, edit. Alfa, Montevideo, 1970.

⁴¹ Por ejemplo, en América Latina, los *tupamaros* (Uruguay) y los *montoneros* (Argentina), fueron la respuesta para la creación de los Estados Nacionales y la emancipación de los pueblos, utilizando la estrategia y la táctica guerrilleras, produciéndose un estallido revolucionario que fue particularmente violento en este último país. (TOURAINÉ. 1989. pp. 350-352). En Europa, tanto ETA, como el IRA y la OLP, mas concretamente su facción

y reprimida por una potencia extranjera, se ha recurrido a tácticas insurreccionales para defender su derecho a la autodeterminación y recuperar su existencia nacional.

Existe, por tanto, un entrelazamiento evidente entre los conflictos internos y los internacionales que, en la mayoría de los casos, ha transformado la violencia política en actos de *terrorismo internacional*⁴². La historia nos proporciona numerosos ejemplos: muchos grupos fascistas y monarquistas de Europa fueron contactados por Hitler y Mussolini para dar paso a una conquista a través de actuaciones sediciosas y atentados. En este contexto sucedieron los asesinatos, en Francia, de Luois Barthou, Ministro de Asuntos Exteriores y ex jefe de gobierno; en Austria, y en Yugoslavia, de Alejandro I; y también las sublevaciones de la Guardia de Hierro en Hungría y las de los Freikorps en Estonia y Lituania que convulsionaron la inmediata preguerra, acciones todas cuya consecuencia directa fue la celebración de la Conferencia contra el Terror de 1937 que dio lugar a los convenios de Ginebra.⁴³ Por otra parte, recordemos la ayuda que otorgaron los países del ex bloque socialista a los Movimientos de Liberación Nacional y su contrapartida, el apoyo de occidente a las guerrillas anticomunistas de Angola, Afganistán, Nicaragua, y a los antiguos Movimientos Ustaches, Brensiska y Ucraniano que desde el exilio perpetraban atentados a las embajadas y bienes de la ex URSS y Yugoslavia.⁴⁴

Dentro de la violencia interna debemos, a su vez, considerar el problema del Poder del Estado y su control, y entonces puede hablarse de la “violencia desde arriba”. Aquella ejercida por aparatos y agentes de Estado que buscan perpetuar el sistema de dominación imperante, apoyando su actividad normativa y política ya sea mediante actividades sujetas al ordenamiento jurídico, como las labores de defensa del orden público, ya sea a través de actividades totalmente contrarias a derecho y que desbordan el orden jurídico, como el Terrorismo de Estado y su correlato, la violencia privada paraestatal. Como contrapartida, encontramos la “violencia desde abajo” o “violencia subversiva”, lo que analizaremos al hablar de las clases de violencia política.

Recapitulando, la falta de legitimación del recurso a la violencia puede darse tanto en el caso de *violencia interna* ejercida por parte de un Estado contra la población en el intento por mantener su poder,⁴⁵ como en el caso de la *violencia externa*, esto es la desencadenada por un determinado gobierno, que se proyecta en la acción internacional,⁴⁶ como también tratándose de la *violencia que desde abajo ejercen determinadas organizaciones políticas en un Estado democrático de derecho*⁴⁷. Por último, no puede soslayarse que la legitimidad o ilegitimidad en el ejercicio de la violencia supone la existencia de determinados patrones normativos generales en el seno de la sociedad civil y política que indican cuál es el contenido y la interpretación que debe dárseles a las nociones de justicia y paz vigentes.

3. *Tipos de violencia política.*

Antes de analizar las distintas clases de violencia política es imprescindible diferenciarla en cuanto a su origen de la denominada *violencia social*.

La cualidad de la *violencia política* es el manifestarse a través del conflicto central a

disidente, el FPLP pretenden una liberación nacional y la formación de nuevos Estados. Lo que es objeto de rechazo a título de terrorismo no son sus objetivos, sino los métodos empleados para conseguirlos en el contexto de los sistemas democráticos occidentales.

⁴² Pueden definirse como "la comisión de actos de terror que involucran diversas soberanías y planteamientos de Derecho Internacional". BLISCHENKO Y ZNADOV. *El terrorismo como crimen internacional*. Editorial Progreso, Moscú, 1983, p.75.

⁴³ BLISCHENKO Y ZNADOV. 1983, pp. 22 y ss.

⁴⁴ BLISCHENKO Y ZNADOV. 1983, p.6.

⁴⁵ PISAPIA. “*Terrorismo, delito político o delito comune*” en *Guitizia Penale*, 1975. pp.257.

⁴⁶ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p. 141.

⁴⁷ ARROYO ZAPATERO, L.A. 1985. p. 158.

toda sociedad (gobernantes v/s gobernados). Aún siendo una forma específica del género (violencia), absorbe en sí misma otros conflictos globales, como el de clases, en el entendido que no es éste el único conflicto posible ni decisivo, y que además encuentra solución en el terreno de la política⁴⁸. Además, la *violencia es política* "en cuanto se elige, prescribe o exalta como forma específica y necesaria de la acción revolucionaria, en cuyo modelo ideológico está previsto como un elemento normativo: como deber de la violencia"⁴⁹. De acuerdo a estas consideraciones puede señalarse que son elementos de esta categoría de violencia: el elemento ideológico y la intencionalidad estratégica; la referencia a lo político y su determinación por una ley histórica; y la pertenencia al mundo de los valores explicable políticamente⁵⁰.

La *violencia social* en cambio, es aquella que aparece en los conflictos donde no se implican directamente problemas de poder, sino desajustes en el plano del "orden social" y se manifiesta en todo conflicto cuya solución no es pauta, pero no exhibe el extrapolar y desequilibrio de la violencia política⁵¹. La *violencia social* carece del elemento ideológico normativo y de la intencionalidad estratégica que asiste a la violencia política.

Se ha discutido si el terrorismo es una forma de violencia social o política. Recogiendo las concepciones de SERRANO PIEDECASAS, el terrorismo es la violencia política ejercida dentro del marco de un Estado de derecho⁵². Ha de tenerse cuidado en esta distinción por cuanto la calificación como terrorismo a cualquier forma armada de acción política, ha sido utilizada comúnmente para la descalificación en el uso de estos medios sin ningún matiz o consideración. Y viceversa, aplicar a cualquier movimiento rebelde el calificativo de guerra revolucionaria ha sido también un error frecuente. El terrorismo se ha consolidado como una forma específica de violencia política que ha sido interpretada como un problema de desafío al Estado democrático y en reiteradas ocasiones al orden internacional, acciones frente a las cuales los Estados movilizan diversos tipos de recursos.⁵³ Para SERRANO PIEDECASAS "sólo la violencia política organizada, sistemática y planificada tendente a romper el monopolio que el Estado de Derecho tiene en el uso de la coacción, deviene en terrorismo"⁵⁴.

Según lo expuesto, quedan excluidas del concepto de terrorismo toda violencia social espontánea o individual, y aquella violencia política cuyo objetivo no es precisamente destruir las bases democráticas del Estado. Realizadas estas consideraciones, examinemos las formas que puede adquirir la violencia política.

3.a. De acuerdo a la ideología.

Conforme a su contenido ideológico puede hablarse de violencia de izquierda o revolucionaria y violencia de derecha, conservadora o reaccionaria.

3.a.1. La violencia revolucionaria o de izquierda.

La violencia revolucionaria tiene como fuente el período del terror durante la

⁴⁸ ARÓSTEGUI. 1996. p.16.

⁴⁹ FERRAJOLI. "El Derecho Penal Mínimo" en PC, N° 0, 1986. p.66 y ss.

⁵⁰ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p.147.

⁵¹ ARÓSTEGUI. 1996. p.16.

⁵² SERRANO PIEDECASAS adopta las posiciones de LAMARCA y BONANATE que indican que es pertinente calificar como terroristas al conjunto de acciones violentas diferentes imputables a un mismo sujeto- la organización política- que es el que dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo. Véase LAMARCA, Carmen. "Tratamiento Jurídico del terrorismo", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 90, BONANATE, Luigi. "Dimensioni del terrorismo politico" en Luigi Bonanate (Ed.) *Dimensioni del terrorismo politico: Aspetti interni e internazionali, politici e giuridichi*. Editorial Franco Angeli, Milán, 1979.

⁵³ REINARES, Fernando. "Las democracias europeas ante el desafío terrorista: algunas consideraciones" en *Revista de estudios Europeos*. Madrid, 1995. pp.3-9.

⁵⁴ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p.148.

Revolución Francesa, en la que la burguesía se yergue como clase dominante y triunfante ante los resabios del Antiguo Régimen⁵⁵. La virtud y el terror, como método de dominación política y social institucionalizado, fueron los pilares sobre los que se sostenía el gobierno revolucionario. La violencia era entendida como el único factor capaz de generar el progreso político, un nuevo orden jurídico y en definitiva, la libertad.

Desde 1789 y hasta 1968 la violencia fue progresivamente aumentando y cambiando de forma, a mediados del s. XIX numerosos grupos anarquistas y nihilistas adoptaron los lineamientos de esta violencia jacobinista declarando la guerra frontal al viejo orden⁵⁶. Ya con posterioridad, grupos marginales de izquierda pertenecientes en su mayoría a las clases medias adoptan estas mismas políticas, "sustituyendo las banderas pero no los contenidos burgueses heredados"⁵⁷. Fue con la revolución mundial de 1968 que se acabó con un período en la historia que, según WALLERSTEIN, demostró la imposibilidad de eliminar la violencia en el centro y la mantención de la opresión de las clases tradicionales a la par que la aparición de movimientos de liberación nacional. Los movimientos armados que surgen en África, Asia y América se caracterizan por un componente radicalizado de reivindicación social, y las concepciones de violencia política procedente de los sectores de izquierda de ideología marxista leninista, parecen haber tenido en este período su punto más elevado⁵⁸. Pero estas teorías parecen vaciarse de contenido cuando se observa la radicalización de la violencia política como "única forma de lucha", que transforma los procesos revolucionarios en movimientos de carácter francamente nihilista e incluso antisocial. "La reducción de la realidad - afirma SERRANO PIEDECASAS -, al racionalizarla, determina una concepción compulsiva de los principios revolucionarios de inspiración marxista"... se impone el "realismo político fundamentado en un exasperante pragmatismo alejado de la realidad social".⁵⁹

Llegados a este nivel de análisis observamos que, desde la guerra fría las políticas estatales, los organismos oficiales y los servicios de inteligencia de países como Estados Unidos y de dictaduras militares, así como también cierto sector de la doctrina desde un prisma conservador⁶⁰, han venido sosteniendo que el marxismo y el leninismo son los culpables de la institucionalización de la violencia política como única forma de acceso al poder. Desde aquella época no han dicho otra cosa, y tememos, basados en un análisis parcial tanto de la teoría como de la praxis marxista. Y más allá, como acierta ARÓSTEGUI, ciertos sectores, fuera del sector académico, han venido sosteniendo que el terrorismo es la guerra declarada por el marxismo y del Tercer Mundo en contra del Occidente rico y desarrollado⁶¹. Corresponde pues hacernos cargo de estas críticas.

MARX y ENGELS concibieron la violencia como un epifenómeno asentado sobre la dialéctica del desarrollo de la fuerza productiva y sus imperativos⁶². Las contradicciones que

⁵⁵ CALAMANDREI, Franco. *La violencia en la sociedad actual*. 1982. pp.44 y ss.; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. pp.141 y ss.

⁵⁶ El Comité Central de la Revolución de San Petesburgo convocó a través de un manifiesto (abril de 1862) a la "última guerra Santa contra el viejo orden de Europa". BARBERO SANTOS, M. "*Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados en el Decreto 21 de septiembre de 1960*" en *Problemas actuales en Derecho Penal y Procesal*. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 1971. p.156. También pertenecen a esta línea grupos como el Narodnya Volya que operó a fines del siglo XIX.

⁵⁷ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p.142.

⁵⁸ ARÓSTEGUI. 1996. pp.26.

⁵⁹ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p.142.

⁶⁰ Véase por ejemplo a LAQUEUR, Walter. 1980. pp.102-110; DOMINGUEZ, Carlos Horacio. *El terrorismo en el Estado de Derecho*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1983. pp.24, 44 y 45. Para un análisis desde distintas perspectivas académicas o no académicas puede consultarse el trabajo de Martha CRENSHAW. "*Current Research on Terrorism: The Academic Perspective*" en *Studies in Conflict and Terrorism*, Vol. 15. Núm.1, 1992. Londres - Washington..

⁶¹ ARÓSTEGUI. 1996. p.30.

⁶² Véase ENGELS, F.; "*Teoría de la violencia. Del libro Anti-Dühring*" en *Temas militares*. Selección de trabajos 1848-1895. Editorial Cartago, Buenos Aires, 1974. pp.16-45. DANGEVILLE, R. *Marx et Engels: Ecrits Militaires. Violence et constitution des États européens modernes*. Trad. de Roger Dangeville, París, Editions de l'Herne, 1970; FELDMAN, D. *El pensamiento vivo de Engels*. Editorial Centro de Estudios, Buenos Aires, 1970. pp. 34 a 37.

envuelven las relaciones sociales de producción generan un desfase, una disfuncionalidad de la que emergen de manera constante actos de violencia, que son en esta etapa sobrestimados por la situación política y el desarrollo de las fuerzas productivas. La violencia es, por tanto, un dato histórico de la realidad, consecuencia de un sistema de dominación económica, en el que los medios de producción se encuentran en manos de una clase que impone las condiciones para el funcionamiento tanto de la economía, como de la política en un país; clase que en suma ejerce el poder⁶³.

Por ello es que puede afirmarse que, ante todo, ha sido utilizada por el Estado burgués en contra de las clases dominadas. Pero también ella puede ser usada para "derrocar todo orden social existente... único medio para abreviar la agonía homicida de la vieja sociedad y el parto sangriento de la nueva"⁶⁴, expresiones que son empleadas por el Manifiesto Comunista de 1848, y que dieron lugar a interpretaciones de la mas diversa índole, e inclusive malintencionadas y letales para el desarrollo del movimiento obrero internacional. Marx y Engels en múltiples obras posteriores se preocuparon de aclarar este concepto⁶⁵, realizando una interpretación desde el punto de vista de la clase obrera, quitándole cualquier connotación jacobinista⁶⁶. Ya en 1877 Engels criticaba duramente el *voluntarismo intelectual o académico* de *Dühring* y otros que consideraron la violencia como "único método de cambio político", señalando que la cuestión consiste en un proceso de maduración de las condiciones objetivas (económicas y políticas) y no en una superposición de las condiciones subjetivas a la realidad⁶⁷. Esto mismo es sostenido en sus críticas a los sectores anarquistas, especialmente frente a Bakunin.

Sintetizando esta línea de pensamiento, LENIN advirtió que el Estado se encuentra relacionado con la lucha de clases desde dos ámbitos. Por un lado, es su marco de desarrollo, y por el otro, es uno de los actores implicados como órgano de represión de una clase sobre otra. De aquí que la violencia sea entonces ejercida por el Estado y el orden social en general bajo la forma de una violencia reaccionaria, depositaria de la clase dominante. A ella debe hacerse frente a través de una "actividad revolucionaria" que importa una violencia distinta, pues se dirige hacia la abolición de la explotación existente en la sociedad clasista del viejo orden. En *El Estado y la Revolución* manifiesta: "La sustitución del Estado burgués por el Estado proletario es imposible sin una revolución violenta" puesto que el Estado es un producto del carácter irreconciliable de las contradicciones de clase, "una fuerza que está por encima de la sociedad" y que "se divorcia" cada vez mas de ella.⁶⁸

Pero a la vez critica, por considerarle un método ineficaz, el ultraizquierdismo, el idealismo jacobino de Bujarin y a los llamados comunistas de izquierda" (*Programa Bolchevique*, 1918) en *El izquierdismo, enfermedad infantil del comunismo* y las *Aclaraciones complementarias de Engels: Polémica con los anarquistas*. Hay que recordar que cuando Lenin comenzó a darse a conocer en el movimiento obrero ruso (PSR) reprochaba que éste siguiera aferrado al viejo método. Pasar del viejo "terrorismo individual" a la "acción revolucionaria de las masas" era su principal argumento frente a los partidarios de los atentados. En 1905 insistió en ello: "Por fortuna han pasado los tiempos en que, a falta de un pueblo revolucionario, la revolución la 'hacían' terroristas revolucionarios individuales. La bomba ha dejado de ser el arma de los 'bombistas' solitarios y se

⁶³ El Estado burgués se manifiesta como órgano político que impone las condiciones de funcionamiento de la economía y de la política reprimiendo la disidencia interna, represión que en sus inicios persigue diluir el movimiento obrero (consecuencia natural de la concentración industrial de la que fluye el sindicalismo) para posteriormente alienarlo.

⁶⁴ En consecuencia, corresponde a la revolución proletaria, que sin duda es violenta, abolir el viejo orden y la violencia estatal, abolir la explotación de clases y dar paso a la construcción de una nueva sociedad.

⁶⁵ Véanse los escritos de Marx sobre *La guerra Civil en Francia*, y los comentarios de Lenin a ellos en *El Estado y la Revolución*, 1972, pp.93-99; la correspondencia mantenida entre Marx y Engels acerca de la Comuna de París en 1871, y a Engels en el *Anti Dühring*, ya citado.

⁶⁶ CALAMANDREI. 1982. p.49.

⁶⁷ Concretamente Engels critica a todos aquellos quienes "siguen atribuyendo a la fuerza la génesis o la palingénesis de todos los procesos políticos". ENGELS, Federico. "*Teoría de la violencia. Del libro Anti-Dühring*" en *Temas militares*. Selección de trabajos 1848-1895. Editorial Cartago, Buenos Aires, 1974.

⁶⁸ LENIN, W. "*El Estado y la Revolución*". Editorial Ateneo, Buenos Aires, 1972. pp. 80, 15.

convierte en un artefacto necesario en el armamento del pueblo”.

El marxismo desaconseja, por tanto, los procedimientos terroristas considerándoles continentes de una actitud individualista, irresponsable y contraproducente. Sus excesos son nocivos para el movimiento revolucionario, pues se sustituye la disciplina de las masas conscientes y disciplinadas, por la acción directa de falsos héroes. Podría conceptualizarse, desde esta perspectiva, como la estrategia a la que normalmente recurren grupos separados de las masas (que en realidad no confían en ellos), para provocar cambios políticos, económicos y/o sociales; es decir, actos aislados que poco o nada tienen que ver con el sentir del pueblo y sus necesidades, y que no conducen sino a provocar una desconfianza hacia el movimiento revolucionario.

3.a.2. *La violencia conservadora o de derecha.*

En el otro extremo y como contraria a la anterior existe la violencia desplegada por los sectores de la derecha política. Su origen puede encontrarse en las ideologías corporativistas como la nacional socialista y la fascista que inspiraron los regímenes de Hitler y Mussolini. A estas ideologías corporativistas pertenecen movimientos como los antiguos *völkisch* en Alemania (anteriores a 1914) y la *Liga Pan Germánica*; las organizaciones de autodefensa que surgieron con posterioridad a la Primera Guerra Mundial destinadas a reivindicar los intereses de la clase media ante los bolcheviques; y grupos paramilitares como los *Freikorps* cuya misión específica era la represión del comunismo. También la “*Reichswer Negra*” a la que se incorporaron después de 1923 las SA como organización paramilitar semiautónoma, y la *OC de Ehrhardt*, que en un principio se caracterizó por ser un movimiento organizado sometido a un partido político hasta 1933 y luego se transformó en una organización clandestina dedicada a la subversión mediante el terror⁶⁹. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial adscribe a esta ideología el NDP (*Partido Nacionalista Alemán y Democrático*), que particularmente ejerció sus políticas en la ex RFA. En Italia con similares planteamientos operaron los *Camisas Negras*, *Nuevo Orden* y *Avanguardia Nazionale*. Así también en el Reino Unido de Gran Bretaña grupos paramilitares unionistas, como las *UVF (Ulster Voluntary Force)* y el *Loyalist Democratic Party*, las *UFF (Ulster Freedom Fighters o Combatientes por la libertad)* y sus milicias las *LVF (Fuerzas de Voluntarios Lealistas)*. En España los *GCR (Guerrilleros Cristo Rey)*, la *AAA (Alianza Apostólica Anticomunista)*, *ATE (Antiterrorismo de Eta)*, *VNR (Vanguardia Nacional Revolucionaria)* y desde el aparato estatal los *GAL*. En América Latina merece la pena mencionar a *Patria y Libertad* en Chile, los *grupos paramilitares* en Colombia, y organizaciones ilegales que operan en Perú, al amparo de las Fuerzas Armadas, para contrarrestar a la guerrilla senderista (p.ej. *Grupo Colina*).

3.b. *Atendiendo a los sujetos activos.*

Aún cuando el objeto de esta investigación no es específicamente el terrorismo que se propicia por parte de los aparatos de poder, resulta importante su descripción por cuanto la violencia que ejerce el Estado no siempre será legítima. Y puede tratarse tanto de aquella que propician en contra de otros Estados, como la que ejerce al interior de su mismo territorio, a través de organizaciones armadas que no se encuentran "formalmente" amparadas por la legislación, y cuya misión es el contraterrorismo. ¿Hasta qué punto está el Estado legitimado para propiciar y amparar conductas que en sí mismas se contraponen a la Constitución?

Para poder comprender esta dicotomía y la legitimidad o ilegitimidad de las conductas de violencia política, hemos de apuntar que ésta cumple al menos tres funciones: *Primero*, una función *instrumental referida a su utilización como medio para alcanzar determinados fines*, *Segundo*, una función *comunicativa*, en el entendido de que en muchos casos quien recurre a la

⁶⁹ NOAKES, Jeremy. “*Orígenes, estructura y funciones del terror nazi*” en O’Sullivan, Noel. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial alianza, Madrid, 1987. pp.91 y ss

violencia persigue la transmisión de una determinada idea o mensaje, *Tercero*, una función *expresiva*, en cuya virtud se ejecutan acciones violentas por el goce que ellas proporcionan⁷⁰. ¿En qué casos puede justificarse la violencia política? Adela CORTINA ha indicado, desde el prisma ético: "La única ética racional capaz de enfrentar con altura humana el problema de la violencia es *una ética de la convicción responsable o la responsabilidad convencida*. Sólo de ella es posible introducir un orden entre los principios, en caso de conflicto; un orden que, en el caso del Estado Moderno, parece haber alumbrado la justificación de un mínimo de violencia, siempre que la monopolice un Estado legítimo, y en el caso de las víctimas de un Estado injusto, ha dado a luz a las reflexiones de la violencia de respuesta liberadora"⁷¹.

Basados en estas consideraciones tenemos que concluir forzosamente que la violencia política se justifica solo en las dos primeras funciones, ya en cuanto instrumento para alcanzar determinado fin, ya en cuanto forma de comunicar una determinada idea, y *cuando ya no existe otra alternativa dentro de los cánones democráticos de participación*. Sabemos que la violencia se desata en un espiral de contradicciones y que en muchas ocasiones aún existiendo esas otras alternativas democráticas ella es utilizada de manera indiscriminada. Sabemos también que algunos que propician la violencia parecieran no tener más fin que el disfrute de la misma. No estamos haciendo reflexiones de carácter psicológico, sino constatando una realidad que se da acaso con mayor precisión tratándose de aquellos sujetos insuficientemente ideologizados con la propuesta política de la organización armada⁷².

Realizadas que sean estas consideraciones abordemos la tarea de dilucidar las diferencias entre ambos tipos de violencia política: la violencia estatal y la insurgente.

3.b.1. La violencia del Estado.

El monopolio de la violencia estatal surge como consecuencia del poder político que ostenta. Esta violencia se manifiesta a través del ius puniendi cuya misión es el ejercicio del control social y formal de los ciudadanos en aras a la prevención y castigo de conductas delictuales, en el marco del Estado de Derecho. Esto es lo que llamamos *violencia legítima y legal*. Pero existen también casos en los que los principios del Estado de Derecho resultan vulnerados en su esencia cuando en el interior de un sistema democrático, el Estado ampara abierta o tácitamente el ejercicio de una violencia que no se corresponde con los mandatos constitucionales; como por ejemplo, la violación a derechos humanos elementales a través de la tortura, la presunción de la culpabilidad en lugar de la inocencia, la dilación en los procesos que se llevan a cabo en contra de quienes combaten - igualmente de manera violenta - al Estado. Parece ser que ello resulta impensable, más la praxis histórica ha demostrado lo contrario. Parece ser que la dicotomía no se encuentra en la posibilidad del Estado de ejercer violencia en contra de los ciudadanos, poder que formalmente tiene, ya que el sistema penal es en sí mismo el ejercicio de una coacción, sino en su respeto a los límites que impone la legalidad y la legitimidad en el marco de los derechos humanos.

El Estado de derecho se construye sobre la base del respeto a los derechos fundamentales, y es el aparato estatal el llamado a cumplirlos, garantizarlos y hacerlos respetar. Cuando existe una crisis en el poder político, y el Estado se siente amenazado, y su estructura jurídica resulta insuficiente para ejercer el control social sobre las conductas delictivas que amenazan el normal desenvolvimiento de las actividades de un país, entonces se recurre a la represión y utilización de métodos ilegales e ilegítimos para combatir el terrorismo. Pero, ¿existe alguna justificación para que el Estado viole los derechos humanos, con la finalidad de mantener el poder, y una vez erradicado el terrorismo vuelva a cumplir su misión de respetarlos

⁷⁰ CORTINA, A. 1996. p. 63. Más ampliamente WALDDMANN, P. "*Diferentes formas de violencia política*" en *RIS*, Núm. 2, 1992. pp. 121-148.

⁷¹ CORTINA, A. 1996. p. 63. Lo destacado en cursiva es nuestro.

⁷² Nos referimos a aquellos casos en que tras el abandono de la organización armada el sujeto se transforma o bien en mercenario o en delincuente común.

y garantizarlos?.

La respuesta a esta interrogante puede hallarse en un problema que cruza no sólo la represión ilegal, sino también la que se ejerce desde la legalidad a través de la excepción. Es la apelación a la *razón de Estado*, "que se da en los casos en que el poder político viola algunos de los fundamentos de su propia legitimidad, justificando esa actuación en aras de la conservación y mantenimiento del propio poder, que se considera excepcionalmente amenazado"⁷³. La apelación a la razón de Estado no justifica la violación a los derechos humanos en ningún sistema político, sea éste autoritario o democrático. Su mayor peligro reviste en el caso en que se la utiliza en este último tipo de sistemas ya que sólo sirve para abrir un proceso de deslegitimación de las instituciones democráticas.

1.a. Violencia estatal ilegítima e ilegal.

Teniendo claro lo anterior y en concordancia con lo expuesto en nuestro primer capítulo podríamos distinguir al menos dos tipos de violencia - dicotómicas con el Estado de derecho -, que el Estado puede ejercer: violencia ilegítima y violencia ilegal.

a) Por *violencia ilegítima* se entiende la que puede encontrarse en un Estado cuyo poder político es legítimo procedimentalmente, pero incrementa la violencia no sólo informalmente, sino a través de la misma legalidad. Ejemplo de ello lo constituyen los excesos "permitidos" por las legislaciones de excepción destinadas a la represión de conductas como las terroristas, todo lo cual deja al ciudadano en una posición de desventaja frente al *ius puniendi*. Se trata de tendencias autoritarias en el marco de un Estado de Derecho que, en los países que forman el área del capitalismo avanzado, aparece como consecuencia necesaria de las "contratendencias políticas" que se emplean para solucionar la crisis. En los países que forman parte del capitalismo periférico es imposible establecer este tipo de solución puesto que "las propias contratendencias políticas son una expresión desnuda de autoritarismo".⁷⁴

En ambos casos el autoritarismo se legitima a través de formulaciones teóricas destinadas a mantener el sistema. En los países del capitalismo maduro, mediante las teorías de Luhmann, y en los países del capitalismo periférico (Latinoamérica, en concreto) a través de la Doctrina de Seguridad Nacional. Ambas son formulaciones teóricas que si bien tienen diferencias profundas, guardan similitudes suficientes como para suponer la posibilidad de un acercamiento, por lo menos objetivo, entre ellas. GARCÍA MENDEZ decía ya hace más de diez años que "este acercamiento podría inducir a un refinamiento del control social en el cono sur y a una práctica mas abierta de la represión en el capitalismo avanzado"⁷⁵ y no se equivocó.

En la actual situación observamos que, en los procedimientos de control social en las democracias latinoamericanas, como la chilena, se sigue manteniendo, aunque encubiertamente, la DSN como eje rector de la represión institucional, claro está, revestido con mayores garantías que bajo el gobierno militar. Ya no se habla directamente de DSN sino de la necesidad de preservar la "seguridad ciudadana" al interior del Estado democrático, pasando ésta a constituirse en la herramienta de estabilidad del sistema. Pero no se ha logrado erradicar instituciones antidemocráticas herencia de años anteriores, y el control social se da con un mayor refinamiento. Este control social se manifiesta en una ley penal que establece un trato desigual para cierto tipo de delitos considerados de mayor gravedad en relación al mantenimiento del sistema, los delitos de terrorismo. A su vez, en el capitalismo avanzado, las tendencias autoritarias se han institucionalizado en el campo jurídico relativo al tratamiento del

⁷³ ESTÉVEZ ARAUJO, José A. "*Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)*". en JpD, Núm. 22, 2/1994, pp. 14-16.

⁷⁴ GARCÍA MENDEZ, Emilio. "*Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*". Ediciones Hammurabi, Buenos Aires, 1987. p.88; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. 1988. p. 145.

⁷⁵ GARCÍA MENDEZ. 1987. p.91.

terrorismo, ejerciendo una práctica mas abierta de la represión mediante la introducción de la excepcionalidad (propia de los estados de emergencia) en la ley penal común.

Estas consideraciones nos hablan de situaciones en las que el poder político, el Estado origina una violencia que va más allá de sus facultades, aunque actúe dentro de la legalidad y se trate de un poder legítimo en su nacimiento. La distinción clave se encuentra en la legitimidad o ilegitimidad de esta violencia institucionalizada. La *violencia institucionalizada legítima*, decíamos, es aquella que origina el derecho penal y sus órganos de aplicación de justicia; y por tanto, sólo puede ser ejecutada por el Estado en ejercicio del ius puniendi. La *violencia institucionalizada ilegítima* se distingue porque puede ser ejercida tanto por las personas como por el Estado y ésta puede ser puntual como institucionalizada.

En este sentido Juan BUSTOS indica: "La violencia ilegítima no proviene tanto de los ejecutores directos sino de las instituciones mismas de ese sistema social. Por eso ese sistema social en definitiva afectará la democracia, el derecho de los pueblos y la paz... esta violencia puede ser de carácter indirecto, en razón de las características mismas de las instituciones (así un largo plazo de detención favorece la tortura; aceptar *cualquier* tipo de prueba en un proceso penal, aún la obtenida por medios ilegítimos, favorece también la tortura) o bien, directa, así como el desaparecimiento masivo de personas en el cono sur... La violencia institucionalizada es siempre un grado superior de dominación... y por ello mismo afecta intensamente a la democracia".⁷⁶ En una postura similar encontramos a Roberto BERGALLI que personifica la violencia "ilegítima" del Estado en los aparatos policiales, los que en reiteradas ocasiones han practicado la tortura, práctica que es *tolerada* por el Estado y sus instancias. Se trata del "ejercicio extralegal de la violencia punitiva por grupos o facciones, o también de ejercicio de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de personas o movimientos que intentan reducirla."⁷⁷

Manifestación de esta violencia ilegítima es también la que nace de la característica del sistema capitalista referida a la dominación (económica y política) de los pueblos más débiles, a fin de que sirvan como productores de materias primas o mano de obra barata para los países mas avanzados. La división internacional del trabajo, apuntaba GALEANO, consiste en que unos países se especializan en ganar y otros países se especializan en perder⁷⁸. Es así como los países del capitalismo avanzado, profitando de esta desigualdad económica, intervienen en los países del cono sur y en los menos desarrollados, llegando, en ocasiones, a violar las normas del derecho internacional humanitario. Es lo que BUSTOS denomina "la concepción imperialista que va como característica básica del sistema estructural internacional capitalista"⁷⁹.

Manifestación de violencia ilegítima es también la *violencia estructural* que puede definirse como "toda situación en la cual las necesidades reales fundamentales y derechos humanos, entendidos en la perspectiva histórica ya indicada, son reprimidos y violados"⁸⁰. La identificación de "necesidades reales" con "derechos humanos" permite atribuir el significado de injusticia social a la violencia estructural, pues este tipo de violencia se origina en la insatisfacción de las necesidades básicas de una amplia mayoría de una población, mientras "las minorías se aprovechan cada vez más del trabajo ajeno". La violencia estructural se materializa en hechos violentos como el desempleo, la vagancia, la prostitución, el hambre. "Si los bienes existentes se encuentran en manos de unos pocos existe en los hechos una violencia

⁷⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan. "El Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973-1979)" en *Control Social y Sistema Penal*. Editorial PPU, Barcelona, 1987. p.515. También en Nuevo Foro Penal, Núm 6. Medellín Colombia, 1980.

⁷⁷ BERGALLI, Roberto. "La violencia del sistema penal" en *Control social punitivo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996. p.21

⁷⁸ GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de America Latina*. Editorial Siglo XXI, enero de 1985. p.1.

⁷⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. 1987. p.518.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. "Notas para una teoría de la liberación" en *Poder y Control*, N° 1, 1987. p.107.

estructural".⁸¹ Por ello es que en las sociedades dependientes, como las latinoamericanas, la violencia siempre está presente. Y la violencia limitada que pueden llevar en sí los movimientos sociales se transforma inevitablemente en violencia política, dado que "el poder económico es, en gran parte extranjero y a menudo está mantenido por la intervención política y militar de una potencia extranjera"⁸².

Esta violencia estructural puede ser directa o indirecta. Será *directa* cuando el sistema tiene por finalidad la violencia. Será *indirecta* cuando se origina en las características de desigualdad del sistema social, y al igual que la violencia institucional conlleva la dominación). *La violencia estructural siempre será ilegítima*, a diferencia de la violencia institucionalizada que en ocasiones puede ser legítima, pues siempre la primera impedirá la autorealización de las personas y de los pueblos. Como acertadamente ha expuesto Juan BUSTOS y en conexión con la violencia que se ejerce por unos Estados sobre los otros a que se aludía anteriormente: "Se podría decir que la violencia estructural internacional (en virtud de la tendencia universal que tienen los sistemas sociales existentes) condiciona la violencia de un sistema particular, ésta a su vez condiciona la violencia de carácter personal. En definitiva, se provoca una espiral de violencia ilegítima; en otros términos se cumple el adagio que la violencia engendra violencia"⁸³.

b) La *violencia ilegal* es aquella que se propicia por parte de un Estado legítimo pero cuyas actuaciones se alejan del marco de legalidad. Ante ello debemos indicar que en este caso el Estado tiene una responsabilidad mayor frente a los ciudadanos toda vez que se ha constituido en garante de la seguridad de los mismos y en ejecutor e impulsor de los derechos y garantías constitucionales que la Carta Fundamental consagra. Tiene que someterse a los procedimientos judiciales y legales para el ejercicio del ius puniendi y no alejarse de ellos, pues el Estado se constituye en ejemplo ante la ciudadanía. La actuación contraria lleva a dos consecuencias que parecen ser las fundamentales: por una parte, a una pérdida de la credibilidad en el sistema político por parte de los ciudadanos, y por la otra a una responsabilidad política que el Estado no puede eludir ya que "la legitimidad procedimental no exime de responsabilidades"⁸⁴.

Hemos de precisar un poco más, si la violencia ilegal puede ser ejercida en el marco de un Estado o poder político legítimo, con mayor razón puede - y de hecho lo es -, ser ejercida en aquellos sistemas en los que el poder político carece de legitimidad o bien procura dotarse de un manto de legitimidad a través de mecanismos formales (p.ej. aprobación de Constituciones). Nos referimos al caso de los sistemas dictatoriales. Es importante hacer esta salvedad toda vez que el terrorismo de Estado, coherentes con los planteamientos aquí expuestos, es ante todo violencia ilegal además de ilegítima. Ilegal porque es posible que en el interior de un sistema democrático pueden existir prácticas de terrorismo de Estado, aunque jurídicamente resulte discutible su admisión⁸⁵. Ilegítimo, por supuesto, ya que las facultades del poder político instituido en una democracia no puede sustentarse, en caso alguno, en el amparo a situaciones de violación a los derechos fundamentales. Más adelante nos referiremos al terrorismo de Estado tanto desde el punto de vista histórico y sociológico como jurídico⁸⁶.

3.b.2. *La violencia insurgente.*

Llamaremos violencia insurgente a aquella que nace con el objetivo de oponerse a un sistema político, económico y social determinado. Violencia insurgente que constituye una

⁸¹ CANO, Carmen y CISNEROS, María Teresa. *La dinámica de la violencia en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. p.197.

⁸² TOURAINE. 1989. p.321.

⁸³ BUSTOS RAMIREZ Juan. 1987. p.517.

⁸⁴ CORTINA. 1996. p. 64.

⁸⁵ En esta postura, por todos, LAMARCA. 1985. p. 35 y 1993. p. 541-542.

⁸⁶ Véase en este mismo Cap. II, IV.2.b. *El terrorismo de Estado* y Véase Cap.VI, Apdo. 1º, 5. *Digresión acerca del terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno*

respuesta frente a la violencia estructural que trae tanto el Estado autoritario mismo (ej. Dictaduras militares), como las tendencias autoritarias en el interior de un sistema formalmente democrático.

Esta manera violenta de oponerse al sistema ha tomado varias formas de las cuales pueden considerarse como las más importantes al terrorismo y la guerrilla, distinción que obedece a un criterio diferenciador en torno a la legitimidad en el uso de la violencia. Dicho criterio, desde el punto de vista ético, y según algunos autores es la *ética de la responsabilidad o de la convicción responsable*⁸⁷ lo que permite no condenar la violencia insurgente de manera a priori. Apelando a estas consideraciones han identificado con el adjetivo *terrorismo* al terrorismo político y al étnico-nacionalista que se da en Europa, Asia y África; y el vocablo *guerrilla* con las guerrillas latinoamericanas⁸⁸.

En nuestra opinión, el calificar como *terrorismo* a las situaciones de violencia política que se producen en Europa, Asia y África, y como *guerrilla* a las que se producen en Latinoamérica, parece incoherente con los criterios de legitimación del sistema. En primer lugar, porque si hablamos de ética estamos apelando a un criterio de justicia social como responsabilidad del Estado, justicia social cuya carencia trae aparejada una falta de integración armónica en los distintos sectores. Esta carencia si bien es mas palpable en América Latina, no puede desconocerse que también se encuentra presente en Asia y África, y en menor medida, en Europa. En segundo lugar, porque también hay que reconocer que en el interior de las democracias occidentales existen tendencias autoritarias, como manifestación de la crisis del Estado de Bienestar, con lo cual el concepto de violencia insurgente como respuesta a la violencia estructural del Estado puede ser aplicado en algunos casos. En este sentido Peter WALDMANN ha señalado que el terrorismo étnico - nacionalista como ETA o IRA -, ejerce una violencia defensiva, a diferencia del político, como RAF, que ejerce una violencia de aspiración.⁸⁹

2.a. *La guerrilla y el terrorismo.*

La guerrilla tiene como fuente ideológica el marxismo y se le concibe como una estrategia insurreccional destinada a la toma del poder político. Su característica principal radica en ser una forma de lucha sistemática que, en un primer momento pretende la desestabilización de la normalidad social y política, para pasar ya en un segundo momento a la implantación de un régimen alternativo al imperante, como consecuencia lógica de la perspectiva de toma del poder. GUILLESPIE, la define como "una forma de guerra no clásica librada en zonas urbanas o suburbanas para lograr objetivos políticos"⁹⁰.

Este tipo de violencia surge en una situación de desigualdad económica y falta de participación política, situación que algunos autores definen como: "la negación injusta y masiva de los derechos más básicos de una gran parte de la población, habitualmente de la mayor parte de ella, empezando por el derecho a la vida"⁹¹. De acuerdo a los estudios realizados por TOURAINÉ, las luchas sociales en América Latina han tenido matices. Mientras que países colonizados u ocupados como los de América Central y el Caribe, defienden la identidad nacional ante la dominación extranjera, lo que ha determinado que los movimientos de liberación nacional sean nacionales y sociales a la vez; en América del Sur la violencia política algunas veces se identifica con una lucha étnica (población indígena dominada), y en otras se traduce en un nacionalismo encendido por la crisis nacional, económica o política.⁹²

⁸⁷ CORTINA, A. 1996, pp.63 y ss.

⁸⁸ CORTINA, A. 1996, pp.66-71.

⁸⁹ WALDMANN, Peter. "*Diferentes formas de violencia política*" en *RIS*, Núm 2, 1992. pp. 125 y ss.

⁹⁰ GUILLESPIE, Richard. "*La Guerrilla Urbana en América Latina*" en O'Sullivan Noel. *Terrorismo Ideología y Revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. p. 189.

⁹¹ LAPORTA, Francisco. "*Violencia, nación, autodeterminación*" en *Leviatán*, N° 34, 1988. pp.57-70.

⁹² TOURAINÉ. 1989. p.321.

La tesis leninista de la insurrección destaca tres características que deben darse para la presencia de una situación de violencia revolucionaria: *Primera*, la imposibilidad para las clases dominantes de mantener su dominio en forma inmutable; una crisis política capaz de abrir una brecha por la que irrumpieran el descontento y la indignación de las clases oprimidas. Para que estalle la revolución no basta que los de abajo no quieran vivir como hasta entonces. *Segunda*, una agravación superior a la habitual de la miseria y de las penalidades de las clases oprimidas. *Tercera*, una intensificación considerable de la actividad de las masas que en tiempos *pacíficos* se dejan expropiar tranquilamente, pero que en épocas turbulentas son empujadas, tanto por la situación de crisis en conjunto como por las *alturas* mismas, a una acción histórica independiente. En otros términos: la existencia de condiciones objetivas, independientes de la voluntad de determinados grupos o partidos⁹³.

La guerrilla como estrategia insurreccional y parte de la guerra revolucionaria, se transforma entonces, en el camino fundamental de la lucha armada para destruir la oligarquía y llevar a las masas al poder. Su carácter de lucha de clases, hace que necesariamente se desenvuelva por medio de fases distintas y bien caracterizadas, independientes y relacionadas entre sí, que siempre van ajustadas a las leyes de la guerra. La primera etapa está dirigida a lograr la desestabilización del sistema imperante, pasando por el aniquilamiento del enemigo entendiendo por ello el exterminio de la capacidad de éste de combatir militarmente, capturando sus armas e imposibilitándolo de proseguir la guerra de maniobras para llegar finalmente a la toma del poder⁹⁴.

Tal estrategia, en principio, y conforme a sus lineamientos ideológicos, critica los métodos y acciones terroristas. No obstante hay que reconocer que, en determinadas ocasiones, ha hecho uso de este tipo de métodos como recurso táctico, como acción eficaz en contra del enemigo. Esta utilización táctica responde a la "necesidad instrumental" para lograr la toma del poder, la reparación de agravios específicos o la liberación de un país dominado por una fuerza extranjera (Movimientos de Liberación Nacional).

La violencia insurgente se legitima solo en cuanto se constituya como último recurso frente a una situación de injusticia social, un "haberse agotado los medios no bélicos"⁹⁵. Es decir, cuando la violencia pasa a ser *la única forma* de combatir al opresor. Como escribió MARIGHELA antes de justificar "totalmente" las tácticas terroristas: "*No creemos en la solución pacífica. Las condiciones para la violencia nada tienen de artificiales, y están creadas en el Brasil desde que la dictadura se impuso por la fuerza. Violencia contra violencia, y la única salida es hacer lo que estamos haciendo: utilizar la violencia contra los que tuvieron la primacía de usarla para perjudicar los intereses de la Patria y de las masas populares. La violencia que anunciamos, defendemos y organizamos es la lucha armada del pueblo, concebida como guerrilla*"⁹⁶.

Pero hay una primera y principal diferencia que no podemos soslayar: las prácticas terroristas no respetan las normas humanitarias de los conflictos, sino por el contrario, lo característico de ellas es violarlas. Por ello es que, como acierta MONTEALEGRE no existe "posibilidad alguna de ver en los grupos terroristas propiamente tales a combatientes legítimos"⁹⁷. Otra diferencia radica en la forma de organización. Mientras el terrorismo (a decir de Lenin) se

⁹³ LENIN, V. I. *El Estado y la Revolución*. Editorial Ateneo, Buenos Aires, 1972.

⁹⁴ MARIGHELA, Carlos. 1971. p.101.

⁹⁵ CORTINA. 1996. p.70.

⁹⁶ MARIGHELA. 1971. pp. 129-157. En "*Terrorismo revolucionario y sabotaje*"; especifica: "Todo acto terrorista revolucionario que se practica...es una operación táctica cuyo efecto consiste en desmoralizar a las autoridades y al imperialismo, cercenar sus medios de represión, interrumpir sus comunicaciones, dañar la propiedad del gobierno, de los grandes capitalistas y latifundistas. El terrorismo en la guerrilla y el sabotaje, no tienen por objeto matar hombres del pueblo, intranquilizarlos o provocarles miedo...al terrorismo que la dictadura ejerce contra el pueblo, los revolucionarios respondemos con el terrorismo revolucionario".

⁹⁷ MONTEALEGRE, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Editorial Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979. pp.270.

organiza en grupos pequeños, *separados de las masas*; la guerrilla está conformada por un ejército regular, integrado por civiles, que utiliza las mismas tácticas y estrategias que cualquier otro ejército, y que además, cuenta con el apoyo popular. Es el propio pueblo quien le otorga el carácter conductor, para lograr así una mayor justicia social y la liberación de los sectores proletarios, los oprimidos y los socialmente marginados.

Pese a esta postura originaria del marxismo, la dinámica histórica ha mostrado que los procesos revolucionarios se han manifestado de diversa manera. La tesis leninista de la insurrección presentó una evolución distinta en la Revolución China. Allí el concepto de insurrección evolucionó hacia otro superior y más acorde con la realidad de este país: *Guerra Popular o Guerra Revolucionaria*⁹⁸. Y en Latinoamérica tomó la denominación de “*foquismo*”, convulsionando a este continente a partir de la década de los sesenta⁹⁹ y cuyas líneas de acción vinieron a significar un rompimiento absoluto con el planteamiento tradicional de las izquierdas latinoamericanas¹⁰⁰.

A nuestro entender, *la utilización de la violencia como última ratio no es criterio suficiente para su legitimación*. Deben, por una parte, excluirse las tácticas terroristas entendiendo por tales acciones de violencia indiscriminadas y que se dirigen a la población (la población no es el enemigo), y por la otra denunciarse la violencia estructural del sistema, para que la violencia insurgente sea una verdadera y legítima “respuesta” a la violencia originaria.

Así las cosas, tenemos necesariamente que distinguir entre las situaciones de violencia política que existen en Europa y América Latina¹⁰¹. Es evidente que en ambos casos la finalidad político social está presente, pero hay ciertos matices. En América Latina está claro que la violencia surge frente a un sistema de desigualdad e injusticia social. Cosa que las tempranas democracias latinoamericanas, como la chilena, intentan disminuir. Pero no podemos olvidar la materialidad de la participación política como elemento fundamental de toda democracia, materialidad que se ve obstaculizada desde que el sistema conserva en gran parte el autoritarismo que dejara como herencia la dictadura militar. Y es claro también que mientras las guerrillas rurales de Colombia o Perú surgen como consecuencia de la descomposición o debilidad del sistema político; y que las guerrillas urbanas como la uruguaya, y más limitadamente la brasileña y argentina, fueron consecuencia de la crisis de los regímenes nacional populares, constituyéndose en verdaderos Movimientos de Liberación Nacional.¹⁰²

⁹⁸Esta estrategia fue desarrollada por Mao Tse Tung y plantea que el camino para derrotar al enemigo no consiste en meros levantamientos de proletarios y obreros, en el copamiento de los centros de poder en las ciudades, sino que con el apoyo de las masas campesinas (dada la extensión geográfica de China) que tienda hacia la formación de la lucha guerrillera. Lucha que debe crecer hasta formar una ejército regular de carácter popular capaz de enfrentarse al ejército estatal. La táctica para el desarrollo de esta estrategia consiste en la realización de operaciones ágiles y en la promoción de milicias rebeldes locales que de manera simultánea van conquistando los campos, estableciendo en ellos “bases rojas” o “zonas liberadas” que cercan las ciudades, centros del poder estatal, acorralan y golpean al enemigo, y una vez en la ciudad lo reducen definitivamente con las operaciones clásicas de toda insurrección. Véase MAO TSE TUNG; “*¿Por qué puede existir poder rojo en China?*” en *Escritos Militares*. Editorial La Rosa Blindada, Buenos Aires, 1972.

⁹⁹ Dentro de este tipo de estrategia encontramos a grupos como el MIR (Chile), los Tupamaros (Uruguay), el ELN (Bolivia), los Montoneros (Argentina), etc.

¹⁰⁰ No debe esperarse “la madurez de las condiciones” a que se alude en las tesis leninistas de insurrección, existe el convencimiento de que hechos políticos avanzados, como lo es la insurgencia de guerrillas, apresura su aparición. En otras palabras, “sólo la acción revolucionaria permite la acción revolucionaria, resuelve sus problemas y prepara las condiciones para la toma del poder.” Véase, LABROUSSE, A. *Los Tupamaros*. Editorial Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971. pág. 163 y ss. Por otra parte, la figura de Partido, presente en las tesis leninistas, es reemplazada por el foco guerrillero como agente de la revolución.

¹⁰¹ Acerca de apreciaciones respecto a qué es terrorismo y qué no lo es dentro de las diversas manifestaciones de violencia política en el mundo véase desde diversas ópticas: CRENSHAW, M. “*The concept of Revolutionary Terrorism*” en *JCR*, XVI, N°3, sept. 1972. pp.383 y ss.; WILKINSON, P. *Terrorism and the Liberal State*. Bolingstoke, Macmillan, Londres, 1986; WIEVIORKA, M. *Sociétés et Terrorisme*. París, Fayard, 1988; GILBERT, P. *Terrorism. Security and Nationality*. Londres & New York, Routledge, 1994; REINARES, F. “*Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas*” en *RIS*, Núm.5, mayo-agosto, 1993. pp.35-37.

¹⁰² Más ampliamente, TOURAINE, A.1989. pp. 320-353. *De las guerrillas al poder revolucionario*, en relación al

Sabemos que en Europa la violencia insurgente tiene al menos tres fuentes de origen: a) La violencia étnico-nacionalista (p.ej. ETA, IRA), b) La violencia izquierdista, opuesta al sistema neoliberal (p.ej. GRAPO, RAF, BR), c) La violencia fascista (p.ej. grupos antiterroristas y grupos neonazis). Y sabemos también que a la violencia “patriota” latinoamericana se la considera propia de movimientos de liberación nacional, y que al “nacionalismo” en Europa se le considera terrorismo. Lo mismo ocurre con la violencia izquierdista. GRAPO, las BR en Europa han sido considerados organizaciones terroristas, y sin embargo, nadie se atrevería a decir que p.ej. los tupamaros (Uruguay), el FPMR, el MIR (Chile) fueron organizaciones terroristas en su lucha contra los militares y el imperialismo norteamericano.

Se nos ha señalado en muchas oportunidades que la diferencia entre la violencia política latinoamericana y la europea, es la diversa naturaleza del escenario político y social en que han tenido lugar sus respectivas luchas. Más este escenario, desde el punto de vista del sistema capitalista, no nos parece tan distinto, si atendemos a los rasgos de autoritarismo creciente en el Estado democrático. Luego, ¿podemos afirmar de manera tajante que lo que hay en Europa son puramente organizaciones terroristas?. Al menos, en el caso de la violencia izquierdista (p. ej. GRAPO, BR) no aparece tan claro.

La respuesta a esta interrogante pasa por reconocer (o desconocer, en su caso), la falta de vínculo entre "la práctica de la violencia y el movimiento de un sujeto social realmente identificable como fuente de un proyecto histórico". De ser así, se explicaría que "la violencia que se expresa en esas formas de terrorismo no sea sino la violencia criminal y que nada tenga que ver con la violencia popular"¹⁰³. Estamos reiterando - siguiendo a WIEVIORKA¹⁰⁴ -, *que el apoyo popular es otro factor de legitimación de la violencia*¹⁰⁵. Pero hay un **plus**. No toda violencia que cuente con apoyo popular se excluye de caer en el terrorismo por este hecho, ni pasa a transformarse en violencia social. De lo contrario tendríamos que justificar el genocidio de judíos a manos de los nazis. Parece ser que tenemos que reparar también en la manipulación del flujo informativo, que incide en la reacción social desvirtuando muchas veces el sentido y finalidad de una acción terrorista, exacerbándola o silenciándola. De otra manera no se explica el porqué existe tanta información relativa a la violencia terrorista de izquierda y tan poca respecto de la de derechas, consecuencia de la selección que desde el poder político se realiza¹⁰⁶.

2.b. *La violencia nacionalista.*

Nos referíamos en el capítulo anterior al problema de los nacionalismos desde el punto de vista de la teoría política. Corresponde ahora intentar comprender el por qué ellos, en determinadas ocasiones, degeneran en violencia. Siguiendo a LAITIN hay que distinguir entre un nacionalismo integral o excluyente y un nacionalismo propenso a la violencia. Entendemos por *nacionalismo integral o excluyente* aquel referido a las guerras étnicas como ocurre en los Estados postcoloniales de Africa y Asia, víctimas del desarraigo que genera el sistema capitalista. El *nacionalismo propenso a la violencia* surge como consecuencia del cambio social y la ideología de legitimación (el nacionalismo) que traen consigo el capitalismo. Esta ideología

nacionalismo revolucionario pp.350 y 351.

¹⁰³ BARATTA, Alessandro. “*Integración – Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*” en Doctrina Penal, Año 8, 1985 a). p.20.

¹⁰⁴ WIEVIORKA, Michel. 1988. pp.461-491.

¹⁰⁵ Discrepamos en cierto sentido de Adela Cortina quien señala que, desde el punto de vista ético, el apoyo de parte de la población no es relevante ya que en Sociedades democrático pluralistas deben considerarse los principios éticos universalistas. Más acertada parece ser la posición de TEJERINA quien señala el necesario apoyo social con el que deben contar los grupos que intentan cambiar el orden social, incluidos los que practican la violencia, de donde surge que para realizar un análisis de la evolución de los grupos terroristas debe previamente analizarse la relación entre violencia política y movimientos sociales. TEJERINA. 1997. pp. 7-38.

¹⁰⁶ En este sentido, BARATTA, Alessandro. 1985 a). p.21.

es un elemento que se utiliza como justificación de la violencia por parte de los perdedores en este cambio social¹⁰⁷.

Quizás esta última forma de violencia permitiera explicar el por qué, inclusive dentro de un mismo Estado, se observen nacionalismos violentos y no violentos. El escenario histórico de Euskadi y Cataluña nos sirven de ejemplo. Pese a la similitud en su origen histórico, ya que surgen a mediados de los 60s con similares programas, se advierte que los brotes de violencia nacionalista en Cataluña no pueden compararse con sus homólogos en el País Vasco. La clave para esclarecer esta diferencia parece estar en lo que han señalado algunos autores bajo la siguiente paradoja: "Cataluña ha sido una espina histórica en el costado derecho del Estado español, mientras que el nacionalismo vasco fue únicamente una irritación local"¹⁰⁸. Esto explicaría que si la violencia se desatara en Cataluña, podría llegar a establecerse una hegemonía interclasista capaz de desarrollar una guerra de maniobras real ante el Estado español. Nos encontramos con una estructura social distinta en ambas regiones: "si bien el País Vasco era fuerte en grupos sociales, era débil a nivel de organizaciones locales de partidos conectadas con las instituciones políticas del conjunto de España, la investigación catalanista resalta la importancia de los grupos de base económico (los sindicatos) y sus conexiones con los partidos políticos nacionales... Si Cataluña fue fuerte en desarrollo de partidos, era más débil en desarrollo de grupos sociales autónomos en ciudades pequeñas". Además, existe una elite nacionalista hegemónica en Cataluña y dividida en el País vasco.¹⁰⁹

Pero no queremos entrar aquí en materias de competencia de la macrosociología y la antropología, simplemente dejar establecidos al menos los criterios mínimos para indicar que *la violencia no es consubstancial al nacionalismo* - entendido éste en su correcta acepción -, pero que es una de sus formas de lucha. Esto no implica que desconozcamos la violencia casi intrínseca del nacional socialismo alemán, el fascismo italiano y el franquismo español. Pero tampoco podemos olvidar que la violencia de los Movimientos de Liberación Nacional en Latinoamérica permitieron la emancipación de los pueblos respectivos, el paso de la guerrilla al poder revolucionario. La guerra de liberación nacional significa en estos casos que los movimientos sociales se han visto impulsados naturalmente a priorizar este tipo de lucha contra "el enemigo exterior, el imperialismo, y contra un poder político al servicio de esa dominación exterior"¹¹⁰. Como indicó LAITIN: "La herramienta de la violencia no está determinada ni histórica ni culturalmente; se desencadena por factores incidentales a los factores macrosociológicos y a la ideología nacionalista predominante"¹¹¹.

Finalmente, coherentes con nuestra metodología de análisis y para concluir este punto se hará referencia a los antecedentes históricos de la violencia política en Europa y América Latina ciñéndonos a los Estados cuya legislación será objeto de comparación. Repararemos especialmente en España y Chile.

4. Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina.

4.1. España.

La violencia política en España comenzó hace más de un siglo con la actuación de grupos anarquistas. La espiral de violencia desatada en torno a las acciones de la "propaganda por el hecho" trajeron como consecuencia el desmantelamiento del movimiento libertario, que cada vez más vulnerable a la violencia estatal fue paulatinamente alejándose

¹⁰⁷ LAITIN, David. "*Resurgimientos nacionalistas y violencia*" en *Violencia y Política*. Monográfico, *Revista Sistema*, Núm. 132-133, 1996. p.195.

¹⁰⁸ STANLEY, Payne. *Basque Nationalism*. Reno, University of Nevada Press, 1975. p.250; LAITIN. 1996. p. 199.

¹⁰⁹ LAITIN. 1996. p.210- 213.

¹¹⁰ TOURAINE. 1989. p.323.

¹¹¹ LAITIN. 1996. p.229.

de las masas¹¹². Durante el presente siglo otros han sido los elementos y factores que han determinado el aumento de la violencia política en España, siendo sus manifestaciones del más diverso tipo. Desde la violencia desarrollada por el Estado, durante la dictadura franquista hasta llegar a la violencia desarrollada en la sociedad democrática (GAL). Desde la violencia insurgente perpetrada por grupos nacionalistas (ETA) hasta la violencia de la izquierda (FRAP, GRAPO, etc.). La historia de la violencia política contemporánea en España reconoce cuatro grandes etapas: *Primera*, desde 1880 hasta la crisis de 1917, *Segunda*, desde el final de esta crisis hasta la culminación de la guerra civil (1939), *Tercera*, la dictadura franquista y *Cuarta*, la transición democrática que advino tras el régimen del General Franco y la consolidación democrática constitucional posterior.¹¹³ Por los límites de esta investigación hemos de referirnos a la tercera y cuarta etapas.

Las contradicciones originadoras de la violencia se agudizan durante la República, y la colisión entre la insubordinación y la represión llevan al alzamiento militar de 1936 y a la guerra civil que marcó el fin de los fenómenos de violencia de las dos primeras etapas instaurándose el franquismo. El régimen del General Franco supo coordinar la opresión social y la persecución política, régimen que podría ser caracterizado en su globalidad ideológica y operatividad política como "una síntesis de opresión y pseudojuridicidad", represividad que no varía con el paso del tiempo pero sí su instrumentación.¹¹⁴ Desde 1975 en adelante, a partir del advenimiento de la sociedad democrática, la violencia ha estado circunscrita a dos grandes elementos: el nacionalismo, cuyo más fiel representante ha sido la organización vasca ETA, y la ideología de la izquierda marxista leninista, cuyos exponentes más claros han sido el GRAPO y el antiguo FRAP.

4.1.a. *La violencia nacionalista en España.*

Se ha dicho en el capítulo anterior que los nacionalismos han sido impulsores de cambios violentos en las sociedades. El caso español no ha sido excepción a ello siendo su más alto exponente la organización vasca *ETA (Euzkadi ta Askatasuna)*. Fueron el carácter antidemocrático del Estado y la represión los elementos que contribuyeron a legitimar la violencia de ETA durante el franquismo, en cuanto forma de acción colectiva cuya finalidad fue la movilización de la sociedad toda. Concordando con Sagrario MORAN: "Cuando nace ETA, alcanza enseguida una legitimidad histórica política, un reconocimiento internacional porque lucha contra un régimen autoritario"¹¹⁵, aunque no puede sostenerse que el régimen franquista sea la única causa de su nacimiento. Es probable que ETA habría nacido de igual manera sin Franco por cuanto "aunque el gobierno vasco hubiera seguido como lo había hecho en 1936 cuando se constituyó, y se hubiera concedido un estatuto como el de *Estella* en 1937, de igual forma una parte del pueblo vasco habría seguido insatisfecha y se habrían encendido igual las llamas del nacionalismo intransigente para reclamar la total independencia de Euskadi"¹¹⁶.

ETA nace en 1959 como un movimiento nacionalista de resistencia¹¹⁷. El

¹¹² Sobre el anarquismo en España véase: NÚÑEZ FLORENCIO, Rafael. "*El terrorismo en España hace un siglo*" en *Rev. CdRP*, N° 82, mayo 1998, p. 52 y ss. él mismo; *El terrorismo anarquista, 1888-1909*. Madrid, 1983; ROMERO M., J. "*Terrorism in Barcelona and its impact on Spanish Politics, 1904-1909*". *Past and Present*, XII, 41, Londres, 1968. pp. 130-183; GABRIEL, P. "*Historiografía reciente sobre el anarquismo y el sindicalismo en España, 1870-1923*" en *HS*, Núm. 1, Valencia, 1988; PANIAGUA, J. "*Una gran pregunta y varias respuestas. El anarquismo español desde la política a la historiografía*" en *HS*, Núm. 12, 1992. pp. 31-57.

¹¹³ ARÓSTEGUI. 1995. pp. 32-34.

¹¹⁴ ARÓSTEGUI. 1996. p.38.

¹¹⁵ MORÁN BLANCO, Sagrario. "*ETA entre España y Francia*". Editorial Universidad Complutense de Madrid, 1997. p.130.

¹¹⁶ MORÁN BLANCO, Sagrario. 1997. p.130. En sentido similar sosteniendo que la violencia originaria se encuentra en el interior de la misma sociedad vasca CAMPELO G., José. "*Nacimiento y origen de la violencia etarra*". Serie Noveles. Grupo Libro 88, S.A., Madrid, 1994. pp. 7-11 y 139- 141.

¹¹⁷ TEJERINA. 1997. pp.11-13; MUÑOZ ALONSO, Alejandro. *El terrorismo en España. El terror frente a la*

nacionalismo en su concepción significó una reformulación del hasta entonces conocido. Le despojó de su elemento racial, enfatizando el elemento cultural, con especial relevancia en la lengua (*euskera*), factor sobre el que la represión franquista actuó de manera particular prohibiendo su utilización. Paralelamente a fines de los años sesenta la violencia insurgente y el terrorismo en Europa cobraba fuerza a través de las actuaciones de la RAF en Alemania y las BR en Italia. Las guerrillas se erguían en Latinoamérica teniendo como punto de referencia la estrategia diseñada por el Che Guevara. La estrategia militar de ETA recordaba en mucho a la adoptada por los MLN latinoamericanos en contra del colonialismo. Obedecía a una estrategia de la acción-represión-acción e insistía en la necesidad de contar con el apoyo popular. Esta estrategia tuvo resultados ambivalentes, de un lado la represión policial del franquismo dejó prácticamente desmantelada la organización, y de otro lado trajo consigo el apoyo popular, apoyo que se vio favorecido con la resonancia pública que tuvo el *Juicio de Burgos*¹¹⁸.

El proceso de Burgos vino a favorecer a ETA en un momento de crisis, no sólo por su desmantelamiento a raíz de la represión franquista, sino por las propias divisiones internas que venía experimentando a raíz de discusiones estratégicas o ideológicas, especialmente en materia de las relaciones entre ETA y el movimiento obrero¹¹⁹.

En 1973, dada la debilidad política del régimen franquista, Carrero Blanco asume como presidente de Gobierno. El 20 de diciembre de ese mismo año ETA realizó un atentado explosivo al paso del vehículo presidencial, muriendo Carrero Blanco, su escolta, un policía y el conductor¹²⁰. Estos hechos precipitaron la caída del régimen perdiéndose toda posibilidad de continuismo, por cuanto dicha acción provocó un sentimiento de alegría en gran parte de los sectores políticos españoles y franceses. En 1974 ETA como producto de sus refriegas internas sufre una nueva escisión (ETA V). La VII Asamblea dio origen a algunas organizaciones que funcionaron paralelamente, lo que provocó un cambio en la Dirección. Nacen *ETA Militar* y *ETA Político Militar* (PM). La primera oficialmente fue designada como *Organización Militar Socialista Revolucionaria Vasca de Liberación Nacional, Euskadi ta Askatasuna* ("milis"), y su labor se centró en la lucha contra la opresión nacional evitando la opresión de clases. La segunda, los "polimilis" dieron la importancia necesaria a la clase trabajadora en una orientación marxista leninista. Con ello pretendieron entrelazar la lucha de masas y la lucha política y militar.

Es importante señalar, a efectos de nuestro posterior análisis en el plano sustantivo penal, el concepto que de esta organización realiza la jurisprudencia, a objeto de aplicarles la

convivencia pluralista en libertad, Ed. Planeta, Instituto de Estudios Económicos, 1982, pp.22-29. Sobre los orígenes de ETA; JÁUREGUI, G.; *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*. Siglo XXI, Madrid, 1981; él mismo: "National identity and political violence in the Basque Country" en *EJPR*, Núm 14, 1986. pp. 587-605; LETAMENDIA, F. "On nationalisms in situations of conflict (reflections from the Basque case)" en Beramendin. *et. al.* (Eds.) *Nationalism in Europe. Past and Present*. Vol. I. U. de Santiago de Compostela. 1994; el mismo: *Historia del nacionalismo vasco y de ETA*. 3 Vols. R & B, San Sebastián, 1994.

¹¹⁸En 1968 ETA dio muerte a Melitón Manzanas, alto funcionario del Estado español, como manifestación simbólica de su destrucción. DE ZUNBELZ, K. *Iraultza*. Euzkadi, 1968. p.133. Por estos hechos fueron juzgados en diciembre de 1970 dieciséis militantes de ETA en lo que se llamó "el proceso de Burgos". Nueve fueron las penas de muerte solicitadas para seis de ellos. Paralelamente la violencia se desencadenaba en las calles de las principales ciudades españolas en señal de protesta. Finalmente tras la presión social e internacional manifestada en intervenciones diplomáticas de Francia, Bélgica e Italia se conmutaron las penas de muerte aplicándoseles la inferior en grado. Más ampliamente LURRA. *Burgos, Juicio a un pueblo*. Editorial Hordago, San Sebastián, 1978; DE ARTEAGA, F. *ETA y el proceso de Burgos*. Editorial Aguado, Madrid, 1971.

¹¹⁹ Cabe destacar la fracción nacida tras la V Asamblea (1966) denominada *ETA Berri*, de tendencia más obrerista que nacionalista, y que en 1969 toma el nombre de *Kommunistak*, integrando el MCE. Un análisis más exhaustivo en MUÑOZ ALONSO, Alejandro. 1982. pp.26-28; MORÁN BLANCO, Sagrario. 1997. pp.94-98.

¹²⁰ PORTELL, J. M. *Los hombres de ETA* Editorial Dopesa, Barcelona, 1974. pp.250-262; MUÑOZ ALONSO, Alejandro. 1982. pp.30-34.

legislación antiterrorista. La Audiencia Nacional ha indicado que ETA es un “grupo que, mediante el empleo de acciones violentas y armadas contra personas y bienes, trata de lograr la independencia del país Vasco del resto de España”¹²¹, mientras que ETA-Militar es una “entidad dotada de armas que, con invocadas metas abertzales, realiza actos violentos contra personas y patrimonios”¹²². Lo que destaca es “la finalidad de conseguir la independencia del País Vasco a través de la lucha armada, mediante ataques a la vida e integridad de personas y bienes, directa o indirectamente relacionados con el Estado español”¹²³.

A partir de 1975 se acentúa la violencia de los atentados y su punto álgido se concreta a finales de dicha década. ETA, después de esa fecha fue perdiendo paulatinamente su capacidad operativa, y la sociedad vasca experimenta un vuelco al aglutinarse en el *Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV)* las organizaciones que ETA había logrado aunar como periferia.

Las elecciones de 1977 marcaron el inicio de la consolidación democrática legalizándose los partidos políticos, entre otros, el PNV y el PCE. Este mismo año a través de la ley 46/77 de 15 de octubre se dictó una *amnistía general* para los prisioneros políticos del régimen franquista. Pero lo cierto es que, las causas que motivaron la violencia política desatada con anterioridad a la transición continuaban existiendo desde el punto de vista de la izquierda *abertzale*¹²⁴. Paralelamente, a nivel europeo, el 27 de enero de ese mismo año se aprobó la Convención Europea para la supresión del terrorismo, que determinó una restricción del concepto de delito político y del privilegio extraditorio. En 1978 recrudecieron los atentados contra las Fuerzas de Orden Público y se aprobaron leyes destinadas a reprimir el terrorismo: El Decreto Ley 21/78, contra la actuación de bandas armadas, derogado luego por la Ley 56/78, que amplió el número de conductas delictivas; y la Ley 82/78 que integró los antiguos delitos de terrorismo en figuras delictivas comunes¹²⁵. En 1980 ETA causó 91 muertos, en su mayoría policías y guardias civiles, y en 1981 hay un descenso en esta cifra, con 20 víctimas de ETA¹²⁶.

El 6 de diciembre de 1978 se aprobó la Constitución. En su art. 8 intentó proporcionar una respuesta democrática a los nacionalismos consagrando las Autonomías. Por otra parte en el art. 13.3 consagró el privilegio extraditorio para los delitos políticos, excluyendo de este concepto a los delitos de terrorismo. El art. 55.2 autoriza la suspensión de derechos fundamentales para determinadas personas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

Si para los españoles la Constitución representó un cambio ideológico y el asentamiento de la democracia, la sociedad vasca no opinó de la misma manera¹²⁷. ETA manifestó su rechazo a la Constitución considerándola centralista y antivasca por cuando su fundamento es la "indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles" (art.2). Sostiene, por tanto, su legitimidad para actuar fuera de la Constitución afirmando que, al menos en Euzkadi "el régimen político imperante no es una democracia, sino una dictadura militar oligárquica encubierta"¹²⁸.

¹²¹ SSAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860), 24-6-1999, núm. 24/1999 (ARP 999/2197). Sala de Lo Penal, Secc. 1ª.

¹²² SSAN de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095), 2-6-1998, núm. 30/1998 (ARP 1998/3076), 26-6-1998, núm. 38/1998 (ARP 1998/3023), 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/ 5654).

¹²³ SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161).

¹²⁴ MORÁN BLANCO, Sagrario. 1997. p. 145.

¹²⁵ LAMARCA. 1985. pp.168-176.

¹²⁶ MORÁN BLANCO, Sagrario. 1997. pp.153-154.

¹²⁷ La multiplicidad que caracteriza a la sociedad vasca, unida a la marginación (o automarginación) de los partidos nacionalistas en la elaboración de la Constitución, llevaron a esta opinión divergente.

¹²⁸ Zuzen, Octubre, 1980. p.3; Zutik Núm. 69, Febrero, 1978. p.25. Para ETA el Gobierno es una "dictadura

Los procesos de transformación política que suceden a la muerte de Franco van determinando una paulatina pérdida de apoyo social a ETA, puesto que tales procesos posibilitaron la utilización de vías o canales democráticos de participación, los partidos políticos, las organizaciones políticas autonómicas y las organizaciones sociales. Esto hace que ETA se vea incapacitada en un determinado momento para legitimar su propia violencia¹²⁹. Sin embargo, no puede desconocerse *el apoyo social real* con que cuenta su propuesta política en el País Vasco, apoyo del que dan cuenta indicadores electorales y la constitución de partidos políticos legales (p.ej. *Herri Batasuna*)¹³⁰.

Quizás debido a esta pérdida de legitimidad - frente al resto de la sociedad española -, es que ETA en 1978 manifiesta su intención de dar una tregua al gobierno, exigiendo como condición que las negociaciones se llevaran de cara al pueblo, cuestión que el Gobierno de Suárez no aceptó¹³¹. Este criterio se mantuvo en sus términos generales hasta 1998.

Durante el gobierno del PSOE, la lucha *de* ETA¹³² y *contra* ETA se intensificó. Felipe González que antes del triunfo electoral había manifestado que era partidario de negociar con esta organización, durante su gobierno puso en marcha en 1983 el *Plan Zen* (Zona Especial Norte), estrategia policial destinada a acabar con ETA. Cuatro clases de medidas eran las que se consideraban apropiadas en materia de seguridad interior para cumplir con este objetivo: a) Intentar unificar a todas las fuerzas políticas en contra del terrorismo, dando origen al acuerdo de *Ajuria Enea* (1988); b) efectividad y eficacia policiales; c) cooperación internacional manifestada, aunque tardíamente, en la hispano-francesa dada la existencia de *Iparretarak*, considerada como la rama francesa de ETA y que opera en *Iparralde*; d) la implementación de la política de reinserción social destinada a reducir a ETA-M. Pero paralelamente el Estado desarrolló una estrategia contraterrorista mediante la creación de un organismo "no oficial" (GAL) que reprimió a ETA violando el ordenamiento jurídico vigente.

En el ámbito de la lucha antiterrorista, 1991 fue la clave para diezmar los comandos que quedaban en España¹³³. En 1992 y con el fin de forzar una negociación,

reformada". En *Zuzen* N° 40, Febrero 1984; se refiere al "Estado opresor y régimen militar que lo encuadra". Véase MORÁN BALANCO, Sagrario. 1997. p.155-156.

¹²⁹ Como expone LETAMENDIA: " La situación cambió radicalmente después de 1977-79, cuando ETA tiene que enfrentarse con un Estado que ya no era franquista sino una democracia parlamentaria, y se va aislando de la mayoría de los nacionalistas vascos que consideran legítimo el marco político e institucional creado con el Estatuto de Autonomía. En este contexto, el grado de violencia física que la organización armada necesitaba desarrollar para mantener la cohesión de aquella parte de la Comunidad nacionalista que legitimaba la violencia era mucho mayor que el ejercido durante el franquismo". LETAMENDIA BELZONIE, Francisco. *Historia del nacionalismo vasco y de ETA*. III Vols. Editorial R&B, DL 1994. Vol. I: Introducción a la Historia en el País Vasco (1951-1976); Vol. II: ETA en la transición (1976-1982). p.261. Vol. III: ETA y el gobierno del PSOE.

¹³⁰ HB y su antecesora EE se erigieron como el soporte político de la estructura militar. HB nace en 1979 a partir de una coalición formada por los partidos HASI, ANV, ESB y LAIA, y representaba a los sectores próximos a ETA-M. Desde 1979 y hasta 1986, HB y EE tuvieron un apoyo electoral ascendente. En 1982 desaparece ETA-PM y se produce la reinserción de sus miembros a través de indultos del Gobierno. En 1986 HB logra el punto máximo de apoyo social obteniendo 231.722 votos. A partir de ese momento se produce un descenso que ha sido constante. Si en 1989 alcanzó 217.278 votos, en 1996 obtuvo 180.979. (TEJERINA, B. 1997. pp.20-21). Ni siquiera ha logrado un ascenso tras la plataforma electoral que implementa después de la tregua (1998), Eusko Alkartasuna. En las elecciones autonómicas del País Vasco de 1998, EA obtuvo solo 108.635 votos. Ante esta derrota, las siguientes autonómicas (mayo 2001) serían enfrentadas a través de la coalición PNV-EA. Dicha coalición obtuvo 33 escaños, con un total de 596.162 votos, y se colocó en el 41% de los votos frente al 36% que sumaron ambos partidos en las autonómicas de 1998. No obstante, la mayoría de tales votos corresponden al PNV y no a EA. *El País*, 14-05-2001.

¹³¹ MORÁN B. 1997. pp.163-164.

¹³² Sin duda el atentado explosivo al supermercado *Hipercoor* de 19 de junio de 1987 ha sido el más grave en toda la historia de la organización. ETA se atribuyó la autoría del mismo, pero trasladando al Estado la responsabilidad sobre la muerte de las 21 personas que se encontraban en el recinto. Este hecho aceleró el proceso de deslegitimación de la violencia reivindicada por ETA que se venía produciendo desde la muerte de Franco.

¹³³ MORÁN BLANCO, Sagrario. 1997. p.482.

ETA dio inicio a una estrategia de atentados que se enmarcaron en los Juegos Olímpicos. Este mismo año vio caer lo que se llamó "el santuario" de ETA en Uruguay, en una operación dirigida conjuntamente por la policía uruguaya y española, mientras que en París comenzaba un proceso contra la organización armada (*Sumario Delta*). En 1993 ETA destacó en el escenario político con cerca de trescientas acciones armadas en el País Vasco, siendo sus objetivos principales la *Ertzainza* (Policía Autonómica Vasca) y las empresas y organismos del capital francés. Desde esa época hasta 1998 la violencia de ETA no menguó, y su ataque continuó dirigiéndose hacia los representantes o símbolos del Estado español, pero mas bien pareció encaminarse a una lucha reivindicativa. Las mayores operaciones que ETA llevó a cabo, secuestros y/o asesinatos de funcionarios del Estado o representantes de partidos políticos, amedrentamiento de jueces, no tenían como objetivo inmediato la consecución de la independencia vasca, sino el constituirse como mecanismo de presión frente a la política penitenciaria diseñada por el gobierno del *Partido Popular* que abogaba por la dispersión¹³⁴.

Pero ni ETA ni el gobierno parecían dispuestos a hacer concesiones. Fue a raíz del proceso de paz norirlandés que comenzó a manifestarse públicamente la intención de llevar adelante una negociación. *Herri Batasuna* buscó el apoyo de otros partidos nacionalistas y finalmente lo obtuvo, entre otros, del *PNV*. Esto motivó la reacción airada del Gobierno¹³⁵. En Septiembre de 1998 se da inicio a una negociación política en la que ETA anunciaba una tregua indefinida y el Gobierno se comprometía a iniciar una política de acercamiento de los presos de ETA y sobre la situación de algunos miembros de la antigua Mesa Nacional de HB que se encontraban en la cárcel. Tal negociación se plasmó en el *Acuerdo de Lizarra-Garazi* (12 sept. 1998), quizás el método –hasta ahora– más razonable de resolver el conflicto político.

En el comunicado en que anunció la tregua ETA señaló: "*El objetivo no es la pacificación que propone Ardanza*¹³⁶... *estarán engañando a la sociedad los que, tras este importante paso de Euskadi Ta Askatasuna, busquen la normalización con una falsa paz que no cambie nada y fortalezca el actual marco... eso sería tan falso como decir que el conflicto Euskal Herria es que ETA haga frente al enemigo por medio de la lucha armada. No habrá paz si no se asienta en los derechos de Euskal Herria... Es hora de apostar clara e inequívocamente por la Soberanía...*"¹³⁷.

¹³⁴ Sin duda los atentados más graves que ha realizado ETA durante la década de los noventa han sido: En 1995 el intento de regicidio en Palma de Mallorca, delito que no llegó a consumarse por cuanto sus eventuales autores fueron sorprendidos mientras realizaban actos preparatorios. Fueron juzgados y condenados a elevadas penas de prisión (30 años). En enero de 1996 el secuestro del funcionario de prisiones J. Ortega Lara que permaneció en poder de un comando de ETA durante 532 días, siendo liberado en el invierno de 1997 por la Guardia Civil. En 1997 el secuestro y posterior asesinato del concejal del Partido Popular, M.Á. Blanco, como respuesta "advertida" de antemano por la organización, frente a la negativa del gobierno de poner término a la política de dispersión. Este último suceso marcó el punto más álgido en la tensión ETA-Gobierno, puso en jaque la supervivencia política de ETA y favoreció las políticas represivas que se venían implementando desde el Estado.

¹³⁵ El Presidente de gobierno J.M. Aznar criticó duramente al *PNV* por dialogar con *HB* y promover la negociación con ETA declarando en Vitoria: "¿De qué quieren que hable con los asesinos de ETA y sus esclavos, la basura de HB?...El Estado no va a claudicar. ETA y HB acabarán todos en la cárcel...". Hacía una semana desde estas declaraciones que ETA había matado a un concejal navarro de UPN, hecho que en definitiva no afectó las conversaciones. Fuente: *El País*, 7 y 10 de mayo de 1998.

¹³⁶ Se refiere al documento de *pacificación* del *lehendakari* José Antonio Ardanza, que intenta desarrollar el punto 10 del *Pacto de Ajuria Enea* referente al final dialogado de ETA, y exige el abandono de las armas como condición para iniciar el diálogo. Texto publicado en *El País*, 12 de marzo de 1998, p.17.

¹³⁷ "... Teniendo en cuenta la situación de Euskal Herria, las posibilidades que hay y el deseo de marchar hacia la Soberanía, Euskadi ta Askatasuna da a conocer la intención de comenzar el cese indefinido de las acciones armadas, limitando sus tareas solamente a trabajos de abastecimiento, mantenimiento de estructuras y derecho a defenderse de posibles enfrentamientos. Este alto al fuego comenzará el día 18 de septiembre de 1998". *Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna*, Texto íntegro en <http://www.arrakis.es/castilla>; *Eta, saliendo de las sombras*, reportaje emitido por la BBC de Londres y algunos medios de comunicación vascos y catalanes el 24 de octubre de 1998.

A principios de 1999 el gobierno comenzó la política de acercamiento a paso lento trasladando a los primeros presos etarras que se encontraban en Canarias. Pero por otra parte, resulta paradójico que mientras ETA a partir del Acuerdo de Lizarra cesaba en su accionar, el aparato estatal a través del Poder Judicial se volcara de manera especial hacia el desmantelamiento total de la organización¹³⁸.

La verdad es que es difícil encontrar algún sector de las sociedades políticas española y vasca que realmente haya creído que con esta negociación acabaría la violencia. Lo que ETA declaró fue una “tregua”- y no una “falsa tregua” como la denominan algunos sectores- un cese *temporal* en su estrategia de violencia. No se había comprometido, en caso alguno, a deponer las armas, porque no puede olvidarse que ella apunta a un único objetivo: la independencia. Y no parece estar dispuesta a ceder en ello. Durante la segunda mitad de 1999 la izquierda abertzale y ETA reafirmaron la validez del *Pacto de Lizarra*, y criticaron la escasa implicación de algunos firmantes con su contenido. Esto develaba que, al parecer, el acuerdo era letra muerta, y que simplemente era utilizado por los sectores del nacionalismo moderado para extender el periodo de tregua y evitar la posible vuelta a las armas.

Es en este contexto que ETA rompe la tregua a fines de 1999, con un atentado que fue frustrado por la Guardia Civil¹³⁹. De ahí en adelante se inició una ola de atentados que podrían clasificarse dentro de lo que se denomina “terrorismo selectivo”: sus víctimas han sido dirigentes políticos (PSE-EE), concejales (PP), militares, guardias civiles, magistrados. Ya a fines del 2000 los homicidios se sucedían con un intervalo de cuatro o cinco días, alcanzando en algunas ocasiones a personas ajenas a la lógica de su guerra. Baste recordar el coche bomba destinado a matar a un magistrado, que alcanzó un autobús lleno de pasajeros, produciéndose la muerte del chofer del mismo, hecho acaecido en octubre del 2000¹⁴⁰. La situación no varió sustancialmente en el 2001, los atentados continuaron intensamente, y ETA amplió su objetivo político militar hacia el sector de los medios de comunicación, atentando mortalmente contra periodistas¹⁴¹.

En opinión de algunos sectores de la izquierda abertzale, la reactivación de la vía armada, debió suponer una intensificación del Acuerdo de Lizarra. No obstante la reacción de la mayoría de los sectores políticos, y principalmente del nacionalismo moderado, ha sido hasta ahora la de declarar “congelado” el Acuerdo, y manifestarse a favor de fórmulas similares al Pacto de Ajuria Enea. Prueba de ello es la ruptura del diálogo institucional con el independentismo más radical (Euskal Herritarok)¹⁴².

La violencia de ETA ha ido poco a poco adquiriendo los ribetes de indiscriminada y ciega, consecuencia de una inminente muerte política. Pero la reacción del Estado no ha sido menos insensata en la lucha contra el terrorismo. Durante los últimos diez años se ha esmerado en encontrar soluciones más bien en el ámbito policial y judicial que políticas. La “eficacia policial” llevó a que la policía autonómica vasca, *Ertzainza*, desmantelara, entre otros, el *comando Vizcaya*, en Gernika, operación que tuvo como resultado 14 detenidos y la muerte de

¹³⁸Véase por ejemplo, prórroga del decreto de cierre de EGIN y nueva detención del periodista del mismo Pepe Rey, *El País*, 8 de marzo de 1999; la detención en París de siete miembros de ETA, entre ellos el jefe de los *comandos fichados* y otros miembros de los *comandos Donosti y Matalaz*. *El País*, *El Mundo*, 11 de marzo de 1999. Hechos todos ocurridos poco después de la tregua.

¹³⁹ Fue el descubrimiento de un coche bomba destinado a Madrid, y otros tantos en Vizcaya. Fuente: *El País*, 22-12-1999, pp.19 y ss. *Diario 16*, 13-01-2000.

¹⁴⁰ Los atentados han sido en tal cantidad que resulta imposible describir uno a uno y sus consecuencias. Amplia información en la prensa de la época (*El País*, *El Mundo*, de enero 2000 en adelante), y en *Asociación de Víctimas del Terrorismo*, www.avt.org/nuevo.

¹⁴¹ Entre ellos, al director financiero de *El Diario Vasco*. Véase, *El País*, 25-5-01.

¹⁴² El lehendakari J.J. Ibarretxe, a pocos días de resultar electo, rompió las conversaciones con EH, mientras ésta siguiera amparando la violencia de ETA. La reanudación de las mismas depende de que EH manifieste un cambio en sus políticas y opte por condenar abiertamente la violencia. Cabe destacar que la decisión de Ibarretxe no ha sido unánime en la coalición PNV-EA que le llevó al poder. *El País*, 23-05-01, p.13.

I.C.A., miembro de ETA (Junio 1998)¹⁴³. Otros tantos comandos han sido “desarticulados” durante 1999, 2000 y 2001, pero ETA no parece experimentar daños orgánicos con estas operaciones. Es preciso recordar que la acción policial y judicial no sólo se ha dirigido hacia la banda armada sino también a su brazo político, y al denominado “entorno” de ETA. *HB*, partido legal, ya se había visto afectado a raíz de la detención de los miembros de su mesa directiva, a quienes se les imputó la comisión del delito de colaboración con banda armada por la difusión de un vídeo de ETA, en el marco de la campaña electoral de 1996.

En abril de 1997 fue clausurado el periódico *EGIN* a raíz de un proceso iniciado en la Audiencia Nacional por el mismo delito, deteniéndose a su director, el periodista Pepe Rei¹⁴⁴. Mas tarde fue clausurada la emisora *Egin Irratia*, y nuevamente detenido Pepe Rei (enero 2001), en su calidad de director de la revista de investigación y denuncia social “*Ardi Beltza*” imputándosele ya no la colaboración con banda armada, sino su pertenencia a la misma¹⁴⁵. Todo ello ha puesto en tela de juicio el respeto por parte de las autoridades a la libertad de expresión, especialmente si consideramos que su recorte ha afectado no solo a medios informativos de tendencia abertzale (*Egin*, *Egin Irratia*, *Ardi Beltza*), sino también a medios de comunicación nacionales (*Caso Tele Madrid*)¹⁴⁶.

A lo anterior se suma la declaración de ilegalidad de organizaciones políticas. Fue el caso de KAS (*Komites Abertzales Socialistas*) que, ilegalizada en 1998, fue sucedida por EH (*Euskal Herritarok*), cuyos dirigentes y miembros también han sido víctimas de detenciones. También el caso de *Ekin* (“Hacer”), colectivo que se constituyó durante la tregua de 1998, cuyos dirigentes fueron puestos en libertad (abril 2001), al mismo tiempo que la AN declaró ilegal a tal entidad¹⁴⁷. Hacía unos meses atrás, tan solo, que se había hecho algo similar en relación a la asociación europea *Xaki*, el supuesto “Ministerio de Asuntos Exteriores de ETA”. Sus dirigentes fueron excarcelados, pero *Xaki* fue declarada ilegal, aún cuando en la sentencia se reconoce que ella no persigue fines ilegales, y que lo que motiva la declaración de ilegalidad es la actuación particular de sus miembros¹⁴⁸. Hay que considerar también las constantes detenciones de dirigentes y miembros de organizaciones abertzales, en el marco de la represión a la lucha callejera (*Kale borroka*), tales como jóvenes pertenecientes a *Jarra*¹⁴⁹, miembros de las ya mencionadas KAS y *Ekin* (octubre 2000), de *Xaki*. Asimismo de la Fundación *Joxemi Zumalabe*, de *AEK*, de *Zabaltzen*, de *Haika* (Marzo 2001), etc¹⁵⁰. En ocasiones se ha alcanzado a familiares, amigos e incluso a sus abogados defensores¹⁵¹.

Considerando lo expuesto, y que las operaciones policiales realizadas en contra de estas organizaciones políticas y sociales van cada vez mas en ascenso, *no aparece claro si lo que se busca es acabar con el terrorismo de ETA, o ilegalizar la actividad de cualquier movimiento independentista que surja en España*. Al menos, nadie puede

¹⁴³ *El País*, 6 de junio de 1998.

¹⁴⁴ Éste pudo acceder a la libertad provisional, más el decreto de clausura del medio informativo se mantuvo hasta octubre de 1999. La reapertura fue autorizada judicialmente pero mantuvo por seis meses la administración judicial sobre las empresas del grupo Orain-Egin. *El País*, 7 de agosto de 1999.

¹⁴⁵ *El País*, 20-01-01. Información amplia en *Etxera*, Núm. 47. 7-02-01, www.etxera.org.

¹⁴⁶ En enero del 2001, el director de TeleMadrid hubo de dimitir, tras la emisión de un reportaje sobre el conflicto vasco. La causa era que en el reportaje “*Los caminos de Euskadi*” se aportaban, entre otras muchas opiniones y propuestas, las de portavoces de EH y Gestoras Pro Amnistia (organización de apoyo a prisioneros vascos). Información obtenida de www.etxera.org/html/telemadrid.htm, www.etxera.org/realaudio/telemadrid.ram

¹⁴⁷ *El País*, 5-04-01. Más información en *Etxera* Núm. 43. 06-10-00, www.etxera.org

¹⁴⁸ Sumario 18/98, Sección 4ª de la Sala de Lo Penal de la AN. Información obtenida del periódico *Gara*, www.gara.net/01/03/08/egunekoa.htm

¹⁴⁹ P.ej. detenciones de sept.2000 en contra de portavoces de *Jarra* y concejales de *HB* entre otros. *El País*, 14-9-2000.

¹⁵⁰ Véase p. ej. *El Mundo*, de 5-10-00, *Rev. Estrella Digital*, de 5-1-01, www.estrelladigital.es, *Etxera*, Núm.43, de 6-10-00, www.etxera.org, y www.joxemi.org. También prensa española (*El País*, *El Mundo*), de 7-3-01.

¹⁵¹ Es el caso de Txema Matanzas, abogado de Gestoras Proamnistía, arrestado en Madrid a mediados de septiembre de 2000. Su detención impidió la celebración del juicio contra 9 presuntos miembros de ETA. *El País*, 14-9-2000.

negar, a la luz de los hechos, que esta ilegalización de cualquier movimiento independentista es consecuencia segura de la implementación de medidas policiales como las que se han venido aplicando.

4.1.b. *La violencia revolucionaria en España.*

Durante la última década del franquismo, las movilizaciones democráticas alcanzaron un nivel que no se veía desde antes de la Guerra Civil. En este marco nacen algunas organizaciones que adscritas al marxismo-leninismo, plantearon la vía armada como método de lucha¹⁵². Tras la ruptura entre la ex URSS y China Popular se producen escisiones en los Partidos Comunistas occidentales que generan la aparición de grupos maoístas¹⁵³. En 1964, varios grupos descontentos con la política del Partido Comunista pro-soviético fundan el Partido Comunista de España (marxista-leninista), PCE (m-l), de orientación maoísta y que plantea la lucha armada como camino para combatir al franquismo. Como consecuencia de la política de organización de frentes de masas antifascistas impulsada por este partido, en base a la necesidad de aplicar el principio de unidad en la lucha revolucionaria, nace en 1971 el FRAP (*Frente Revolucionario Antifascista y Patriota*), que agrupó varias organizaciones sociales y políticas¹⁵⁴. Se proclamaron representantes del pueblo español, antiimperialistas y antifranquistas sosteniendo la necesidad de la creación de un Ejército al servicio del pueblo¹⁵⁵. Desde 1973 el FRAP desarrolla numerosas acciones armadas, en el marco de lo que denominaron Guerra Popular Antifranquista. Durante 1975 incrementa su accionar en contra de miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas causando algunas muertes. Cabe destacar también la notoria influencia que tuvieron los medios de comunicación en la exaltación de estos atentados¹⁵⁶.

Pero Franco no quería que se hablara de violencia, y responde prohibiendo informar sobre las acciones que ETA llevaba a cabo en esos momentos y las de las Fuerzas de Orden Público. Decreta el Estado de excepción que se extendió hasta julio ese año. El 27 de Agosto promulga el Decreto Ley sobre Prevención del Terrorismo en cuya virtud se amplió el plazo de detención de sospechosos de actos de terrorismo, amplió las facultades policiales para efectuar registros domiciliarios, agravó las penas, etc. En Septiembre de ese año la policía prácticamente desmanteló al FRAP. En este marco fueron juzgados miembros tanto de ETA como del PCE (m-l) y del FRAP, en Consejos de Guerra (Burgos, Madrid, Barcelona), solicitándose un total de once penas de muerte, de las cuales ocho correspondían a militantes del PCE (m-l) y FRAP. Finalmente, tras el Consejo de Ministros que concedió seis indultos, fueron ejecutados en la madrugada del 27 de Septiembre de 1975, cinco personas¹⁵⁷. Los fusilamientos provocaron el rechazo unánime de la opinión internacional¹⁵⁸.

¹⁵² En la última década del franquismo aparecen también organizaciones de inspiración anarquista, como el MIL (Movimiento Ibérico de Liberación) y la OLLA (Organización de Lluita Armada) que operaron principalmente en Cataluña durante un breve espacio de tiempo, el primero fue desarticulado en 1974 y el segundo en 1975. También actuó en Cataluña un grupo separatista, el FAC (Front d'Alliberament Català) a quien se atribuía conexión con ETA y el IRA. Fue desarticulado en 1972. Internacionalistas de tendencia anarquista actuaron en Francia y España: GAR (Grupo de Acción Revolucionaria Internacionalista) y de índole anarquista los GAI (Grupos Autónomos Internacionalistas), GAC (Grupos Autónomos de Combate) y ORA (Organización Revolucionaria Anarquista). Más ampliamente, MUÑOZ ALONSO, A. 1982. pp.35-37.

¹⁵³ MUÑOZ ALONSO, A. 1982. p.35.

¹⁵⁴ Formaron en FRAP: PCE (m-l), CAI (Comités Antiimperialistas), FELN (Frente Español de Liberación Nacional), VS (Vanguardia Socialista), entre otros. Véase: *FRAP, 27 de Septiembre de 1975*, por Equipo Adelvec. Ediciones Vanguardia Obrera. España, 1985. p.61.

¹⁵⁵ EQUIPO ADELVEC. *FRAP, 27 de septiembre de 1975*, Ediciones Vanguardia Obrera S. A., España, 1985. pp.14-15.

¹⁵⁶ MUÑOZ ALONSO, A. 1982. p. 36.

¹⁵⁷ Los fusilados fueron: F. Baena Alonso, R. García Sáenz y J.L. Sánchez Bravo, militantes del PCE (m-l) y del FRAP; Paredes (a) *Txiki* y Otaegui, militantes de ETA. EQUIPO ADELVEC. 1985. pp. 187-191; MUÑOZ ALONSO, A. 1982. p.43.

¹⁵⁸ México pidió a la ONU una sanción para España y su expulsión, diecisiete países europeos retiraron sus embajadores, Vietnam y Yugoslavia protestaron públicamente, al igual que numerosas organizaciones y asociaciones del mundo. EQUIPO ADELVEC. 1985. pp. 265, 209-219; MUÑOZ ALONSO, A. 1982. pp.43-44.

El FRAP golpeó en Madrid, Cataluña, Valencia, País Vasco y Andalucía consiguiendo dificultar la transición democrática en sus términos iniciales. Y hay que reconocer que contó con un importante apoyo popular, dada su tendencia obrerista y al mismo tiempo crítica de la estrategia separatista de ETA¹⁵⁹. La acción policial se dirigió hacia su desarticulación, mas lo cierto es que la eficacia policial no fue la razón principal de su desaparición: el FRAP sólo paralizó sus acciones cuando su fuerza principal, el PCE (m-l) lo consideró políticamente oportuno¹⁶⁰.

En julio de 1975, durante el gobierno de Suárez, cerca de treinta bombas estallaron en respuesta a las medidas que pensaría adoptar el gobierno en relación a la amnistía para los presos de la dictadura de Franco: la amnistía y el indulto no procederían tratándose de delitos que hubieren atacado la vida o la integridad física de las personas. Cuatro días antes de la aprobación de estas medidas por referéndum fue secuestrado el Ministro del Interior (J.M. Oriol). El 1º de Octubre de ese mismo año fueron ejecutados 4 policías nacionales en respuesta a los fusilamientos del 27 de septiembre. Con este hecho nace al escenario político una nueva organización, de ideología maoísta: *GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre)*¹⁶¹, en cuanto expresión armada del Partido Comunista de España (reconstituido), PCE (r), nombre que desde 1975 asume la Organización de Marxistas Leninistas de España (OMLE), otra agrupación maoísta cuyos orígenes se remontan al año 1968¹⁶².

La tensión política aumentó a fines de enero de 1977, y la violencia particularmente la de la extrema derecha fue en ascenso hasta culminar el 24 de enero de ese año con la *Matanza de Atocha* (véase epígrafe siguiente). Hasta 1978 GRAPO destina sus esfuerzos al ataque de las Fuerzas de Orden Público. A partir de ese año - al igual que ETA -, las amplía al Ejército perpetrando algunos atentados los que fueron interpretados por el gobierno como un claro intento por desestabilizar la democracia¹⁶³. En 1979 y 1981 se sucedieron duros golpes al GRAPO al producirse una serie de detenciones tanto de sus militantes como del PCE(r). Quizás la característica más destacable de GRAPO es su infinita capacidad de rearticulación. Desde 1981 hasta la actualidad tantas veces ha sido desmantelado, y otras tantas se ha reorganizado para manifestarse en forma intermitente. En 1994 realizaron algunas acciones que causaron daños materiales en Madrid y Cataluña. En 1995 secuestraron al empresario Publio Cerdón siendo este hecho el que ha despertado mayor interés para el gobierno y los sectores políticos¹⁶⁴.

¹⁵⁹ En 1975 casi el diez por ciento de la población de Huesca fue detenida acusada de pertenecer al FRAP, y en Valencia se llegó a los 800 detenidos por el mismo motivo.

¹⁶⁰ El FRAP no consiguió sus objetivos, pero sí logró dificultar la maniobra continuista e impedir que ésta se llevara a cabo como lo había previsto Franco y su gente. Son varias las razones por las que el FRAP no logró la totalidad de sus objetivos. "Podemos señalar... la traición de Carrillo y su equipo... Y también hay que señalar la miopía política de ETA en aquellos momentos, la cual, cegada por su nacionalismo pequeño burgués, no comprendió el alcance y la importancia el FRAP en la *lucha común de los pueblos de España*, y no sólo del vasco... se negó a llegar a acuerdos de acciones conjuntas, a coordinar esfuerzos, etc. Es ésta una responsabilidad histórica de la que los dirigentes de ETA en aquellos momentos deberán responder en su día". EQUIPO ADELVEC. 1985. p.17.

¹⁶¹ Estos hechos acusaron confusión en los sectores políticos e incluso hay quienes sostuvieron que se trataba de una "fachada de los sectores de la derecha" por cuanto pretendía entorpecer el proceso democrático y la reconciliación nacional. MUÑOZ ALONSO, A. 1982. pp.64-65, 77-79.

¹⁶² Esta relación no tuvo - y no tiene-, un carácter orgánico mecánico en el sentido de considerar al PCE(r) como proveedor de nuevos miembros al primero. GRAPO declaró ser parte de "un Comité de Enlace que aglutinaba a otras organizaciones entre ellas al PCE (r) que mantenían un mismo programa: autodeterminación de los pueblos vasco, catalán, gallego, y de Canarias considerado colonia africana. Entrevista a GRAPO publicada en *Bandera Roja*, núm, 51, órgano oficial del PCE (r), sept. de 1979.

¹⁶³ El GRAPO afirmó que sus acciones no se dirigían contra el Ejército como institución y recordaron su "*Programa de Alto al Fuego*" a cuyo cumplimiento supeditaban el abandono de las Armas: 1.amnistía completa y general; 2. Depuración de los altos mandos; 3. Libertades políticas y sindicales; 4. Rechazo de la integración en la OTAN; 5.Disolución del actual Parlamento y convocatoria de auténticas elecciones libres. *Bandera Roja*, N°51, Sept. 1979.

¹⁶⁴ Publio Cerdón fue secuestrado en junio de 1995 en Zaragoza. GRAPO se adjudicó el hecho en julio de ese año. Publio Cerdón no ha aparecido pese a que el GRAPO insiste en haberle puesto en libertad en París tras el pago de un cuantioso rescate. Mientras la familia Cerdón, el gobierno y otros sectores políticos sostienen la hipótesis de que fue asesinado. Fueron juzgados por estos hechos en 1998 varios de sus militantes. Desde 1995 hasta ahora los GRAPO

En 1996 se inició un proceso de negociación entre el Ministerio del Interior y el GRAPO y el PCE (r) que se extendió por casi un año, hasta que en 1997 se interrumpieron como producto de las consecuencias que trajo la política penitenciaria de dispersión y ante la negativa de una Amnistía para los presos de GRAPO¹⁶⁵. Como producto del fortalecimiento del control policial que ha supuesto la ola de atentados por parte del grupo independentista ETA, estos controles alcanzaron a otras organizaciones. Así, la cúpula del GRAPO fue detenida en París en noviembre del año 2000¹⁶⁶. Hay que precisar que sus actuaciones, tras el bullado caso de Publio Cordón, han sido intermitentes, centrándose fundamentalmente en robos a entidades bancarias y en el envío de artefactos explosivos a diferentes organismos, amén de la colocación de estos artefactos en empresas de trabajo temporal. Quizá esta sea la razón que inspiró al legislador español para tipificar como delitos de terrorismo, los atentados contra la propiedad en el art. 575 CP.

4.1.c. *La violencia de la extrema derecha.*

La extrema derecha en España ha actuado en reiteradas oportunidades a lo largo de su historia golpeando particularmente a la izquierda. No entraremos en mayores detalles por cuanto la misma parece no haber adquirido mayor relevancia después del primer gobierno de la transición democrática. De hecho sus organizaciones en la actualidad prácticamente no operan y sus objetivos parecen encuadrarse más bien dentro de los propios del neonazismo xenófobo.

Es probable que sus orígenes más cercanos los encontremos en la época de la dictadura franquista: El grupo *Defensa Universitaria (DU)* que operó entre 1963 y 1969. *DU* estuvo integrada por sectores falangistas, carlistas, del catolicismo integrista y monárquicos, entre otros, y su objetivo era frenar el predominio de la izquierda en la Universidad. Posteriormente se transforma en *GCR (Guerrilleros Cristo Rey)* quienes concentran su accionar en atentados y asaltos a cualquier manifestación de la ideología izquierdista y a violentar manifestaciones de partidos políticos. Mantuvieron relaciones con *AAA (Alianza Apostólica Anticomunista)*, *AN italiana* y con la extrema derecha de El Líbano. Con un matiz claramente neonazi, pero desde la legalidad actuó el *CEDADE (Círculo Español de Amigos de Europa)*. Otros grupos son el *GAS (Grupos de Acción Sindicalista)* que actuaron en Barcelona, el *PENS (Partido Nacional Sindicalista)*, *Orden Nuevo VI Comando Adolfo Hitler* en Madrid que amenazó a medios culturales e informativos¹⁶⁷. También el *FAE (Frente Anticomunista Español)* en Málaga cuyos integrantes eran antiguos legionarios y combatientes de la *División Azul*, *VNR (Vanguardia Nacional Revolucionaria)* y *ATE (Antiterrorismo ETA)*.

Expone MUÑOZ A. refiriéndose al agitado año de 1975: "El terrorismo también estuvo presente en estos dramáticos días pero fue, sobre todo el de extrema derecha que parecía prepararse para su auspiciado *franquismo sin Franco*"¹⁶⁸. Las últimas semanas del franquismo fueron cruzadas por incidentes de grupos que se identificaron como nacionalsocialistas o nacionalrevolucionarios, los GCR, Cruz Ibérica, Comités

han operado en contadas ocasiones a través de la colocación de algunos artefactos explosivos en señal de ruptura de las negociaciones con el Gobierno. *El País*, 14 de marzo y 2 de Junio de 1998.

¹⁶⁵ En el marco de la celebración de su IV Congreso el PCE (r) declaró: "...Esa Constitución que ahoya se pretende reformar, ya nos dejó fuera y de la forma más violenta durante la *primera transición* (o por mejor decir, nos dejó *dentro de las cárceles* a los comunistas, sometidos a regímenes especiales de tortura y aislamiento)... nosotros, el PCE (r), como representantes del proletariado revolucionario, *no nos vamos a reconciliar* con nuestros opresores y explotadores... por más *generosos* que se muestren a nuestra costa, y proseguiremos la lucha hasta el final contra ellos". *Antorcha*, Revista teórico-política del PCE (r), Núm. 4, enero de 1999.

¹⁶⁶ Véase *El Mundo*, 10-11-2000 que da cuenta de la detención de F. Silva Sande ("camarada Arenas") dirigente de GRAPO y otros integrantes de la organización, pp. 16-17.

¹⁶⁷ Entre otros, a la Edit. *Cuadernos para el Diálogo* y al periódico *El País*.

¹⁶⁸ MUÑOZ ALONSO, A. 1982. p.46.

Antiterroristas de Galicia.

El hecho que convulsionó a la sociedad española fue, sin duda, la *Matanza de Atocha* (1977). Ella fue precedida de una agresión perpetrada por grupos ultraderechistas a una manifestación en Madrid, que estaba convocada por la Comisión Pro Amnistía. El resultado fue la muerte de un militante de *CC.OO.* La AAA se atribuyó estos hechos y más tarde se comprobó la participación de militantes de *ATE* y de la *AN* italiana. Al siguiente día, 24 de enero de 1977, otro comando ultraderechista entró violentamente al despacho laboralista de *CC.OO. de Atocha* y disparó sobre los presentes matando a cinco personas y dejando otros tantos heridos. Se responsabilizó por estos hechos a varios personajes reconocidos de la extrema derecha, todos en relación con *LEA (Lucha Española Antimarxista)*, *ATE (Antiterrorismo ETA)*, e *IF (Internacional Fascista)*¹⁶⁹. En la actualidad representan a la extrema derecha española: *UCD (Unión de Centro Democrático)*, *AP, Fuerza Nueva, Unión Nacional* y el *Frente Nacional*¹⁷⁰.

4.1.d. *La violencia desde el Poder*¹⁷¹.

La necesidad de contrarrestar la actividad de la violencia insurgente y del terrorismo llevó al Estado a diseñar estrategias dentro del marco de la legalidad. Es así como, desde la época de la dictadura franquista, las primeras normas relativas a la prevención y represión del terrorismo se enmarcaron en lineamientos político criminales que respondían a la "emergencia" y la "excepcionalidad". Tras la dictadura de Franco advino el restablecimiento del Estado de derecho a través de la transición democrática, operando un proceso de "normalización" de la excepcionalidad. Pero la cuestión no acababa allí. Franco también utilizó mecanismos ilegales para reprimir el terrorismo, mecanismos ilegales que supusieron la violación a los derechos humanos de los considerados terroristas. La necesidad de mantenimiento en el poder lo llevó a combatir, por "cualquier medio", al "enemigo interno".

Ya en la transición democrática, la falta de una respuesta policial "eficiente" unida a la falta de cooperación intergubernamental por parte de Francia en la lucha contra el terrorismo¹⁷² llevaron a que durante el último gobierno de la UCD se reorganizaran las Fuerzas de Seguridad, reorganización que el gobierno del PSOE profundizó a partir de 1982. La estrecha interrelación entre Guardia Civil, Policía Nacional, Ertzainza y Policía francesa contribuyeron a un debilitamiento progresivo de ETA. Pero no bastó para desarticular la organización a los ojos del gobierno. Hacía falta un golpe aún más duro hacia la banda¹⁷³. Fue entonces cuando comenzó la "guerra sucia" contra el terrorismo y entran en escena los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación).

¿Quiénes eran los GAL y qué pretendían?. Algunos sectores han señalado que no eran propiamente una organización, sino una serie de operaciones dirigidas por el inspector de policía J.Amedo y el subcomisario M. Domínguez, cuyo objetivo era desarticular a ETA. "No eran un grupo terrorista, sino varios... los integrantes de la banda no estuvieron ligados por ninguna ideología que no fuera el interés por el dinero a cambio de la eliminación física de ciertas personas" explicaba en 1995 Rafael Vera¹⁷⁴. Los GAL estaban integrados por mercenarios del partido de centro francés, de la extrema derecha española, de la ex OAS, del

¹⁶⁹ "*La internacional Fascista*" en *Cambio* 16, 6 febrero de 1977. p.13.

¹⁷⁰ Más ampliamente, MUÑOZ ALONSO, A. 1982. pp. 37-39, 44-47, y 74-81 y JABARDO M., R. "*La extrema derecha española, 1976-1996: Estrategias de movilización y estructura de la oportunidad política*" en *Rev. Sistema*, Núm. 135, 1996. pp.105-122. En este último artículo se realiza una valoración de la transición democrática y de las estrategias seguidas por la extrema derecha, en relación con la violencia política y el terrorismo.

¹⁷¹ Considérese además epígrafe 3.b.1 de este mismo capítulo, relativo a la violencia del Estado.

¹⁷² Recordemos que antes de comenzar la cooperación francesa en esta lucha, Francia era considerada el "santuario" de ETA, lugar al que llegaban luego de perpetrar sus delitos, preparar sus acciones y adiestrar a sus militantes.

¹⁷³ TEJERINA. 1997. pp.18-19

¹⁷⁴ MORÁN BLANCO, S. 1996. pp.257-258.

"terrorismo negro" italiano, argentino y portugués¹⁷⁵. Más, el hecho de haber sido dirigidos por funcionarios del Estado demostró que, en realidad, tras la trama del GAL tendiente a acabar con ETA, estaba el Gobierno del PSOE.

La guerra sucia contra ETA comenzó en 1983, con los asesinatos de José Lasa e Ignacio Zabala, ambos militantes de ETA¹⁷⁶, y con el secuestro de Segundo Marey, ciudadano vasco francés¹⁷⁷. Por el lapso de cinco años desarrollaron una escalada de violencia en territorio francés, sólo comparable, según sagrario MORÁN "con los atentados libaneses que se registraron en París en 1986... la aparición de estos grupos del Medio Oriente, en septiembre de ese año, coincidieron con la desaparición del GAL"¹⁷⁸. En un principio se trató de terrorismo selectivo, sus objetivos eran solo militantes de ETA pero con el transcurso de los años fueron ampliando hacia el entorno familiar y simpatizante de los mismos, e inclusive poniendo en peligro, al igual que ETA, a personas ajenas al conflicto. No puede deducirse otra cosa de los atentados en bares y restaurantes de los Pirineos, que ocasionaron muertos y heridos¹⁷⁹.

A raíz de estos hechos las primeras acciones judiciales se iniciaron en Francia, en 1987, de donde surge el citado caso "Amedo" que conmocionó a la sociedad española. Fueron detenidos varios franceses acusados de los asesinatos y atentados cometidos. En julio de 1988 la Audiencia Nacional Española inicia la investigación de los GAL en España en el sumario 1/88 (Caso Amedo). En 1991 este mismo tribunal condenó a Amedo y Domínguez a 108 años y 8 meses de prisión, considerando que habían actuado por cuenta propia, y que el aparato del Estado nada tenía que ver en los GAL¹⁸⁰. Pero en 1994 el caso se reabrió acusándose a ex funcionarios del Estado como responsables directos de la creación de los GAL, entre otros, el ex gobernador civil de Vizcaya J. San Cristóbal, el ex secretario de Estado para la Seguridad, Rafael Vera. Las investigaciones pusieron en jaque a los miembros del Gobierno del PSOE, y se llegó hasta el Tribunal Supremo con las acusaciones en contra de: Felipe González, presidente del gobierno socialista, Narcís Serra, vicepresidente, J.M. Benegas, secretario del PSOE en Euzkadi y José Barrio Nuevo, ex ministro del Interior.

Tanto el ex presidente como el ex vicepresidente de gobierno fueron absueltos de los cargos que se les formularon, aunque parecía tener razón Damborenea (otro de los acusados, antiguo secretario de los socialistas vascos) cuando afirmó que: "los GAL no hubieran podido durar ni veinticuatro horas si no hubieran contado con una decisión de la Presidencia de Gobierno"¹⁸¹. Las investigaciones judiciales llevaron al procesamiento de doce personas por los delitos de pertenencia y colaboración con banda armada, secuestro, malversación de caudales públicos y detención ilegal. En julio de 1998 la Segunda Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia en este caso condenando a Barrio Nuevo, Vera y San Cristóbal, a la pena de 10 años de prisión por el secuestro de Segundo Marey y malversación de caudales públicos. No por

¹⁷⁵ Rev. *Euskadirekin*, núm. especial. Dossier especial sobre el proceso del GAL, junio de 1991, publicación del Comité de Solidaridad sobre Euskadi.

¹⁷⁶ Lasa y Zabala fueron secuestrados en Bayona el año 1983. Sus cuerpos fueron encontrados en Alicante. Hasta 1995 no se determinaron sus identidades.

¹⁷⁷ Con el secuestro de Marey los GAL se presentaron a la opinión pública asegurando que "Todo asesinato de ETA encontrará su venganza... cada asesinato por parte de los terroristas tendrá la respuesta necesaria, ni una sola víctima quedará sin respuesta... manifestamos nuestra idea de atacar los intereses franceses en Europa, ya que su gobierno es responsable de permitir actuar a los terroristas en su territorio impunemente...". Véase, MIRALLES, M. - ARQUES, R. *Amedo: El Estado contra ETA*. Editorial Plaza Janés, Barcelona, 1989. p.163. Cabe señalar que el secuestro de Marey fue un error fatídico en la lucha "contraterrorista" ya que los GAL pensaban que se trataba de un buscado militante de ETA. Tal vez ésta fuera la razón de liberarle.

¹⁷⁸ MORÁN BLANCO S. 1996. p. 256.

¹⁷⁹ Atentado de 25 de septiembre de 1985 en el bar "Mon bar" de Bayona, en el que fueron acribillados cuatro presuntos activistas de ETA, atentado de 23 de Marzo de 1984 en Biarritz, en el que resultó muerto un familiar de un activista de ETA. Ambos hechos dieron lugar a la instrucción de sumarios por parte del Juez de Instrucción de Bayona en 1987. MORÁN BLANCO, S. 1996. pp.260-261.

¹⁸⁰ MORÁN BLANCO, S. 1996. p.262.

¹⁸¹ *El Mundo*, 28 de Septiembre de 1995.

delitos de terrorismo¹⁸². A fines de diciembre de ese mismo año fueron indultados por el gobierno del Partido Popular¹⁸³, ordenándose su reingreso en prisión, por el TS, en mayo 2001, una vez que el TC desestimó los recursos de amparo que se habían interpuesto¹⁸⁴. Este reingreso duró tan solo diez horas dada la aplicación de beneficios penitenciarios¹⁸⁵.

Si bien la sentencia del Tribunal Supremo desestimó la existencia del delito de pertenencia a banda armada, lo cierto es que recuerda en uno de sus fundamentos - a propósito del delito de detención ilegal -, la gravedad que entraña el comportamiento de quienes son garantes de la seguridad ciudadana: "Nos hallamos ante un hecho sumamente grave, sobre todo por la circunstancia de que precisamente *aquellos que en la organización del Estado tienen encomendado velar por la libertad y el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos, sin justificación alguna y solo por unas razones de prestigio político* difíciles de entender e imposibles de compartir, cometieron la infracción de privar de libertad durante diez días en condiciones infrahumanas a una persona..."¹⁸⁶.

En opinión de algunos autores, los GAL fueron la respuesta del Estado español frente a la falta de cooperación por parte de Francia en la lucha contra el terrorismo. No se explica de otra manera el hecho de que sus acciones se ejecutaran principalmente en el territorio francés, sembrando el terror y el desconcierto entre la población vasca especialmente de Iparralde; y que por otra parte, desaparecieran inmediatamente después de que el gobierno francés tomara medidas en torno a la represión de ETA¹⁸⁷. Los GAL han significado una deslegitimación del Estado de derecho por cuanto sus métodos de acción y su manera de operar en nada se diferencian con los empleados por las bandas armadas contrarias y que son consideradas terroristas. De ahí que hay quienes opinen que sea un verdadero "fenómeno de criminalidad organizada surgidos en el seno de instituciones estatales..."¹⁸⁸. A ello se suma la diferencia exasperante en el tratamiento jurídico de unos y otros. Mientras se concede un indulto y privilegios penitenciarios a quienes amparados en la impunidad que les proporcionaba, directa o indirectamente, la infraestructura estatal, a los "enemigos" se les aplica todo el rigor de la ley. Y lo paradójico resulta ser que mientras se deslegitiman las instituciones del Estado democrático, con hechos como éstos, se legitima indirectamente la violencia desplegada por ETA, al menos en ciertos sectores de Euzkadi¹⁸⁹.

4.1.e Recapitulando; desde los años sesenta España se vio afectada por la violencia desatada por nuevas organizaciones armadas, cuyos exponentes fueron grupos de inspiración por un lado nacionalista (ETA) y por la otra marxista leninista y maoísta (FRAP y GRAPO). La violencia nacionalista se ha justificado a sí misma acudiendo al concepto de "España y Francia, Estados opresores del pueblo vasco", mientras que la violencia izquierdista se dice "respuesta" a un sistema socio económico y político

¹⁸² También fueron condenados otros diez funcionarios ya por los delitos de secuestro o detención ilegal. *El País*, 30 julio de 1998, pp.10-16; *El Mundo, Documentos: "Sentencia íntegra del caso Marey"*, 30 de Julio de 1998.

¹⁸³ *El País*, 24 y 25 de diciembre de 1998

¹⁸⁴ *El País*, 17-05-01. Este reingreso se haría en 3º de tratamiento penitenciario, lo que supone un régimen abierto. Sobre este tema, supra Cap. III, punto III, epígr. 2.c. *Tratamiento penitenciario...*

¹⁸⁵ En concreto a Barrio Nuevo, Vera, García Damborrena y San Cristóbal se les aplicó un régimen de cumplimiento de la pena que sustituye la obligación de pernoctar en prisión por la comparecencia, dos veces a la semana, ante las autoridades. *El País*, 31-05-01, Portada y p.16.

¹⁸⁶ Fundamento Vigésimo Séptimo, punto 2º de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1998. Los subrayados son nuestros.

¹⁸⁷ Así, Dennis Langlois en CEDRI; *El GAL o el Terrorismo de Estado en la Europa de las democracias*, Ed. Txalaparta, Navarra, 1990, prólogo. Opinión contraria sostiene Juan Mº Bandrés quien no cree que los GAL facilitaran un aumento de cooperación por parte de Francia ya que "no hubo ninguna nota diplomática de protesta de la embajada francesa a España del ministro de Asuntos Exteriores galo, que es la fórmula normal protocolaria de funcionamiento". MORÁN BLANCO, S.1996. p.264.

¹⁸⁸ En esta opinión, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "*Contra corrupción, legalidad en serio (algo sobre función pública, delito y justicia, aquí)*", en *Rev. Mientras Tanto*, núm. 59, 1994, p. 60.

¹⁸⁹ En esta última apreciación y en el mismo sentido; TEJERINA. 1997. pp.18-19.

capitalista amparado por el fascismo. La transición postfranquista se caracterizó por el entrelazamiento de la violencia de la izquierda y la violencia de los sectores de la derecha política inspirados por el neofascismo que operan entre 1975 y 1982¹⁹⁰. Desde esta época hasta la actualidad no han existido mayores episodios de violencia que los inspirados por el nacionalismo antiestatal (ETA) y el contraterrorismo (GAL). GRAPO, pese a que orgánicamente se encuentra activo, no ha logrado adquirir el carácter de perturbador del orden social. De hecho sus acciones de violencia han disminuido considerablemente.

4.2. Irlanda del Norte y Gran Bretaña.

El año 1761 se vio marcado por las luchas de independencia que desarrolló Irlanda en contra de Gran Bretaña, las que fueron amainadas parcialmente con la fundación del *Irish Free State* en 1922. Este nuevo Estado dejó bajo el control londinense, seis departamentos, los *Northern Ireland*. Esto produjo discrepancias en un principio de carácter religioso, por cuanto la mayor parte de sus habitantes adscriben a la religión católica, mientras que los londinenses, ingleses o escoceses, son presbiterianos. Pero el problema no radicaba en la sola diferencia de religiones, sino en un problema de carácter económico relativo a la propiedad de la tierra. En efecto, con el advenimiento de estos pobladores a Irlanda del Norte, a los católicos solo les quedó el 7% de la propiedad de la tierra afectando su situación socio económica¹⁹¹. Comenzó entonces una lucha por la "autodeterminación de los pueblos" y fue así como surgieron dos frentes totalmente antagónicos: El IRA (*Irish Republic Army*) y la UVF (*Ulster Voluntary Force*). El primero lucha por la independencia de Londres y el término de la dominación colonial británica y el segundo por la continuación de la unión con Gran Bretaña¹⁹².

El IRA asumió la defensa de los católicos y republicanos teniendo como su brazo político al partido *Sinn Fein* en el House of Common. Se origina formalmente en la Sociedad Fénix (1850-1859) cuya antecesora fue la Sociedad irlandesa del siglo XVIII. Informalmente sus orígenes pueden encontrarse en las sociedades secretas agrarias¹⁹³. Ello da razón para afirmar que el IRA ha librado la guerra más larga de la historia¹⁹⁴. Desde 1969 en adelante, la violencia del IRA fue in crescendo hasta alcanzar a todo el territorio británico. Su golpe mas grave fue la explosión de dos bombas en unos pubs de Birmingham (21 noviembre de 1984), causando 21 muertos y 184 heridos¹⁹⁵.

Desde su división en 1921 entre partidarios y adversarios de la partición de Irlanda, el IRA no ha cesado de sufrir escisiones. Su división principal se produjo a fines de 1969, tras el estallido de los disturbios en Irlanda del Norte y se disgrega en el *Provisional IRA* y el *Official IRA*. Este último ha abandonado las armas y cesado en su accionar violento desde 1972, mientras que el primero es militarmente mas activo aún. Cinco años mas tarde se creó el

¹⁹⁰ Más ampliamente; REINARES, F. *Terrorismo y sociedad democrática*. Editorial Akal, Madrid, 1982. El mismo; *"Democratización y terrorismo en el caso español"* en *La transición democrática española*. Editorial Sistema, Madrid, 1989. pp.611-644.

¹⁹¹ KAI AMBOS, *Terrorismo y ley: análisis comparativo, República Federal alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Comisión Andina de Juristas, Lima-Perú, 1989, p. 31.

¹⁹² El UVF o *Fuerza Voluntaria del Ulster* fue fundada en 1966 y su brazo político es el *Ulster Loyalist Democratic Party*, de religión protestante. En la misma línea unionista se encuentran el *Ulster Freedom Fighters (UFF)*, el *Red Hand Commando (RHC)*, y la *Fuerza de Voluntarios Lealistas (LVF)*, movimiento disidente formado por los irreductibles que se oponen a la paz y que reivindican la mitad de las muertes de católicos que se han producido desde 1997. Otros grupos que practican actos de violencia en dichos países son: En Gales, el *Free Wales Army* y el *Workers Army of the Welsch*. En Escocia: *Scottish Army of the Provisional Group*, *Scottish Republican Socialist League*. En los sectores de izquierda, son una marcada tendencia anarquista encontramos al *Freedom Fighters for All*, *Angry Brigade*. En los sectores de Derecha se encuentran también grupos de clara tendencia fascista-xenófoba. Sobre el análisis del terrorismo en Irlanda antes y después del nacimiento del IRA, con abundante referencia histórica véase TOWNSHEND, Ch. *"El proceso del terror en la política irlandesa"* en O'SULLIVAN, N. 1987. pp. 115-141.

¹⁹³ TOWNSHEND. 1987. p.138.

¹⁹⁴ STERLING, Claire. *"The terror Network". The secret war of international terrorims*. Reader's Digest Press, New York, 1981. p.150.

¹⁹⁵ KAI AMBOS, 1989, p. 32.

Ejército de Liberación Nacional Irlandés (INLA), grupo radical opuesto a cualquier alto al fuego¹⁹⁶.

Por otra parte, los grupos paramilitares unionistas han exacerbado la violencia de sus atentados en los últimos años. Si bien las UVF y el *Loyalist Democratic Party* han mostrado su intención por acceder a la paz en Irlanda del Norte, no ocurre lo mismo con otros grupos, principalmente las UFF quienes se han caracterizado por la espectacularidad de sus acciones. En Enero de 1998 este grupo violó la tregua que se había dado con el alto al fuego a que se llegó en 1994. Fue su reacción a las negociaciones de paz que se llevaban a cabo por el gobierno, cometiendo graves atentados en Belfast, a través de sus milicias (LVF), las que han reivindicado la mayoría de los asesinatos de católicos desde fines de 1997¹⁹⁷. Sus atentados explosivos, el seguimiento a sus adversarios políticos y el asesinato de obreros y jóvenes católicos han sido el caldo de cultivo para que la policía irlandesa reaccione para poner fin al terror, empleando métodos de represión que no sólo afectan a los unionistas sino también a los independentistas.

El constante choque entre las facciones del IRA con los soldados británicos, con la policía y con miembros de las UVF, UFF y LVF demuestran que los métodos de acción policial y la excepcionalidad legislativa que les ampara, lejos de erradicar las formas de violencia política llevadas a su más alto nivel, lo que han hecho es fortalecer el combate encarnizado que se ha desarrollado en Irlanda del Norte, traspolando sus efectos a la sociedad en su conjunto. Durante los últimos veinticinco años muchas comunidades locales de Irlanda del Norte han experimentado una cultura de violencia política cuyos efectos han marcado la compleja relación entre comunidad y violencia. Según MACCARTNEY, bajo ciertas condiciones la violencia ha tenido el efecto de endurecer las actitudes y polarizar la comunidad, lo que a menudo ha llevado a otras formas de violencia, aunque en otras, la violencia parece haber actuado como catalizador de la expresión popular de alternativas a la violencia.¹⁹⁸

El Estado ha reaccionado frente a esta violencia, de manera “oficial”, empleando una profusa legislación antiterrorista, extremadamente severa, y que ha dado lugar a desviaciones legales y procesales que han puesto de manifiesto su discordancia con los más mínimos principios del garantismo penal. Así por ejemplo, los seis condenados por el atentado de Birmingham, los cuatro de Guilford, los siete de Maguire, entre otros. De manera “extraoficial”, la política estatal ha sido la de combatir al terrorismo por cualquier medio. Pero no a través de la creación de organizaciones ilegales del contraterroismo, sino mediante la implementación de una política que los ingleses denominan “shoot to kill policy” (“tirar a matar”). El sistema consiste (o consistía) “en esperar, generalmente en un control de carreteras, al objetivo deseado. Una vez en el objetivo, las fuerzas armadas se encargaban de acribillarlo antes de que tuviera tiempo siquiera de mostrar el pasaporte”¹⁹⁹. En este contexto se produjeron las muertes de numerosos miembros del IRA, casos que fueron elevados al TEDH de Estrasburgo²⁰⁰. De acuerdo a las estadísticas realizadas hasta 1995, aproximadamente una décima parte de las 3000 muertes ocurridas a raíz del conflicto norirlandés, habían sido provocadas por las fuerzas de

¹⁹⁶ El INLA, dividido a su vez por luchas internas cuenta actualmente con una cincuentena de miembros activos. La decisión de Gerry Adams, jefe del Sinn Fein de reconocer en 1986 la autoridad del Parlamento Inglés provocó la defección de Ruari O’Bradaigh, ex jefe del IRA. Éste creó el grupo armado *IRA Continuidad* que cuenta con unas decenas de miembros. A raíz de la aprobación por el Sinn Fein del Acuerdo de Stormont (10 de abril de 1998) y la abolición de su tradicional estrategia abstencionista en el congreso extraordinario (Dublín, 10-05-1998), una cincuentena de activistas abandonaron para formar el *IRA Auténtico*, opuesto a cualquier compromiso en las negociaciones de paz que se llevan a cabo con el gobierno británico.

¹⁹⁷ *El País*, 25 de Enero de 1998.

¹⁹⁸ MACCARTNEY, Clemence. “*Political Violence and political Development in Northern Ireland: An Overview*” en *State and societal reactions to terrorism*. Editorial Oñati, IISL, 1997. p.95.

¹⁹⁹ VERCHER NOGUERA, Antonio, “*De sastres y terroristas*”, en *JpD*, n°24, nov.1995, p.38.

²⁰⁰ En el caso de la muerte en Gibraltar de tres activistas del IRA, por disparos de las fuerzas de élite del ejército británico, el TEDH declaró ilegal la actuación de estos últimos y contraria al art. 2 de la Declaración de Derechos Humanos. Ello generó una airada reacción por parte del gobierno británico. VERCHER, A. 1995, pp.58-59.

seguridad²⁰¹.

Cabe cuestionarse entonces, si la solución al problema del terrorismo se encuentra en manos del ordenamiento jurídico. Los años 1998-1999 marcaron una etapa en la historia política de Gran Bretaña demostrándose que esta solución, ante todo, ha de ser política. Eso es lo que se pretendió con las negociaciones de paz que se llevaron a cabo de manera constante desde 1994 en que hubo el primer alto al fuego verosímil. Sin duda, 1998 fue un año decisivo para Irlanda del Norte pues en él ha tenido lugar el más importante proceso de paz que se ha dado en este país²⁰²: el *Acuerdo de Stormont* suscrito el 10 de abril de 1998 por los principales partidos políticos norirlandeses y los gobiernos de Dublín y Londres²⁰³, y aprobado en referéndum por amplia mayoría el 22 de mayo de 1998²⁰⁴. El Sinn Fein, brazo político del IRA, tras una larga disputa, aprobó este acuerdo, abriendo una nueva página en su estrategia. Ella vino a resquebrajar “la acción combinada del voto y las armas”, vigente desde hace décadas, a favor de la lucha exclusivamente electoral. Lo que tiene gran trascendencia si consideramos que el Sinn Fein es una fuerza política que arrastra cerca del 20% del electorado norirlandés. Sin embargo, el IRA no proclamó el fin de la guerra, y mantuvo su postura de negarse al desarme ya que esto aparentemente sería una cuestión de política interna²⁰⁵. Pese a las intenciones por parte de las principales fuerzas políticas en el Ulster de acabar con la violencia política, la violencia no acabó de inmediato, y tampoco existe certeza de que ella definitivamente haya sido abandonada por algunos sectores sociales.

Si bien las UVF, unionistas, no apoyaron en un principio el acuerdo y declararon continuar con su accionar, finalmente hubieron de ceder. Por el otro extremo, el INLA, el IRA Continuidad y el a ese año naciente IRA Auténtico²⁰⁶ manifestaron su intención de continuar la guerra hasta que se lograra el fin del dominio británico en la Isla, y cuya lamentable demostración fue la explosión de un coche bomba en el centro de Omagh, el 15 de agosto de 1998 causando numerosos muertos y heridos²⁰⁷. Esto resulta paradójico si pensamos que mientras los principales partidos irlandeses condenan la violencia del IRA, todos comparten un ideal común: poner fin a la dominación británica.

²⁰¹ Fuente: *The Economist*, 30 sept.1995, p.45. Citado por VERCHER, A. 1995, p. 58.

²⁰² Sobre el proceso de paz en Irlanda véase GURRUCHAGA, I. *El modelo irlandés: historia secreta de un proceso de paz*. 1998.

²⁰³ Se trata del UPP (*Partido Unionista del Ulster*) y el SDLP (*Partido Social Democrático Laborista*), los principales grupos paramilitares unionistas las UFF (*Luchadores por la libertad del Ulster*) y las UDA (*Asociación para la Defensa del Uster*) Véase *El País*, 25 de Enero y 11 de Mayo de 1998.

²⁰⁴ El acuerdo se centró básicamente en tres niveles, el primero, recogió los problemas dentro de Irlanda del Norte, el segundo propuso mecanismos para la relación Norte Sur y el tercero, o foro Este - Oeste enfocó el futuro de la relación Irlanda e Irlanda del Norte con el resto del Reino Unido. *El País*, 8 de y 26 de abril de 1998. *El Mundo*; *El País*, 23 mayo 1998.

²⁰⁵ *Noticias Republicanas*, Semanario, Organo Oficial del Sinn Fein, 30 de abril de 1998. El texto del comunicado indica: “ La cúpula del IRA ha considerado cuidadosamente el documento del Viernes Santo. Nuestra posición sigue siendo que un acuerdo de paz duradero exige el final del dominio británico en Irlanda y el ejercicio del derecho del pueblo de Irlanda a la autodeterminación nacional... un cambio de la situación depende de la voluntad del gobierno británico, por tanto seguiremos observando la situación... el compromiso del IRA para insistir en la búsqueda de la paz y la justicia es público. Este compromiso permanece. Queremos aclarar que el IRA no se desarmará. Nosotros decidiremos y nos pronunciaremos sobre este tema... Alabamos los esfuerzos del Sinn Fein... Nos enfrentamos al futuro unidos y dedicados a la lucha por la unidad e independencia de Irlanda”. Esta negativa al desarme motivó una fuerte discusión a nivel de representación política. Los sectores derechistas, entre los que destaca el Partido Orangista, pugnaron por excluir al Sinn Fein del gobierno provisional de Irlanda del Norte que se formaría a mediados de 1999. Más ampliamente, *El País*, 14-15 Julio de 1999.

²⁰⁶ El INLA condenó la tregua aceptada por el IRA advirtiendo que no depondrá por ningún motivo las armas, pues a su entender este “proceso de paz” ignora la subyugación británica que viene desde hace siglos. El IRA Auténtico por su parte ha roto con la organización por aceptar la participación de sus representantes en las elecciones autonómicas de Irlanda del Norte de Junio de 1998. La escisión se presentó ante los medios de comunicación principales (*el Irish Independent* de Dublín y al *Irish Times* de Belfast) manifestando que “la máquina de guerra sería de nuevo dirigida contra el Gobierno Británico”. *El País*, miércoles 15 de abril y domingo 10 de mayo de 1998.

²⁰⁷ De acuerdo a las informaciones, hubo 29 muertos, dos de ellos españoles, y 350 heridos. A un año de este suceso, se produjeron nuevas revueltas en el lugar. Fuente: *Diario 16*, Lunes 16-08-1999, p.22

En materia de cooperación internacional nuevamente Estados Unidos intervino en los “procesos de paz”, mediante un mediador internacional, el ex senador demócrata Mitchell que elaboró la propuesta del acuerdo de Stormont. Clinton afirmó que se intervenía pues “el asunto irlandés es un asunto de política interna de los Estados Unidos ya que... la mayoría de los ciudadanos estadounidenses tienen ascendencia irlandesa”²⁰⁸. Pero también esta intervención política parece traer ventajas económicas, ya que con el fin de la violencia el Ulster llegaría a convertirse en una zona de inversión para las empresas norteamericanas, quizás tan atractiva como Escocia. También la Unión Europea como futura potencia política y económica no pudo estar ausente de estos acontecimientos intentando vanamente disputarle el poderío a los EE.UU. A nuestro modo de ver, la llamada cooperación internacional para combatir el terrorismo se va deformando cada vez más pues el objetivo de erradicar la violencia, que se lograría con el fin de la dominación británica en Irlanda del Norte, lleva implícito el objetivo de atenuar su carácter de *violencia estructural*, violencia que siempre aumenta cuando se trata de intervenciones económicas.

Ya iniciado el 2001, el IRA irrumpió en la campaña electoral británica, permitiendo a la Comisión Internacional de Desarme, la inspección de sus arsenales (la tercera desde 1998), reiterando que el contexto político llevará a la inutilización de sus armas “de una manera total y verificable”. Demostración más que patente de su intención de cumplir con el Acuerdo de Stormont. Ello a pesar de la intolerancia manifestada por los sectores unionistas norirlandeses (D. Trimbley) quienes calificaron este gesto como “insustancial”, que no implica “progreso” en el desarme. Su escepticismo se basa en que, a pesar de haber sido liberados muchos prisioneros del IRA, desde 1998 hasta esta fecha, la organización no se ha desarmado. En cambio, la CID, avala y conforma la seguridad del armamento y se ha declarado “convencida” de que el IRA ha “cumplido fiel y totalmente sus compromisos y que la cooperación continuará”²⁰⁹.

Finalmente cabe destacar que el proceso de paz norirlandés sirvió de base al Acuerdo de Lizarra (1998) en el conflicto vasco-español. Ello no implica, empero, el reconocimiento de una simetría entre ambos.²¹⁰

4.3. Alemania.

4.3.a. La violencia desde el Poder.

La utilización del terror como método de acción política fue una característica constante del nazismo, adquiriendo formas que se irían adaptando a los cambios políticos, sociales y económicos experimentados en dicho país. Durante 1933 y 1934 el terror nazi se caracterizó por el accionar de las secciones paramilitares el movimiento nazi, las SA y las SS., quienes con autorización del Partido ejercían la violencia, incluso a través de organizaciones locales y miembros de base. A partir de 1934 el terror se institucionaliza mediante una legislación de emergencia, que impedía las restricciones legales a las autoridades, y con la consolidación de las SS. como la *Gestapo (Geheime Staatspolizei)*. El terror comenzó a tomar la forma de campo de concentración y se plasmó en la legislación oficial a través de leyes y reglamentos. Esta compleja burocratización llevó a un control efectivo de la población. En opinión de Jeremy NOAKES, el viraje decisivo para la transición de una forma de terror a otra se produjo en 1934, a raíz de la destrucción de las SS como centros de poder, resultado de una purga que comenzó con la famosa “*Noche de los cuchillos largos*” (30-06-1934). Sin embargo el terror informal y

²⁰⁸ *El País*, 15 abril, 1998.

²⁰⁹ Información aparecida en *El País*, 1-06-01, p.3.

²¹⁰ Las opiniones a este respecto han sido encontradas. Herri Batasuna en junio de 1998 llevó a cabo un foro de debate sobre el acuerdo norirlandés que sirviera de base a un acuerdo de paz. Otros sectores políticos opinaron que ambos procesos son absolutamente disímiles por cuanto se trataba de una estrategia electoral por parte de HB en la que no había intención de pacificación. Así, las opiniones de J.A. Rekondo, alcalde de Hernani (Eusko Alakartasuna); *El País*, 5 de Junio de 1998. p.22.

arbitrario llevado a cabo por secciones del movimiento nazi continuó hasta el *pogrom* de 1938, la "*Reichskristallnacht*"²¹¹.

La politización de la policía, que había comenzado bajo la República de Weimer, tiñó su rol con un matiz ideológico político cuyo objetivo principal era la defensa de la seguridad interna de la "*nueva comunidad nacional*", incluso por sobre los derechos individuales consagrados en la Constitución alemana. Paralelamente surgían en Alemania organizaciones de autodefensa de los intereses de la clase media para proteger su propiedad frente a los bolcheviques²¹². Desde arriba el gobierno avaló a las autoridades militares en la creación de los *Freikorps* (*Cuerpos Libres*) movimiento destinado a reprimir a los comunistas y desarrollar la vieja política medieval de la "*justicia vigilante*" (*Vehmgericht*), que había nacido en un período en el que no había ningún sistema judicial efectivo. A partir de 1920 este movimiento se reagrupó bajo otro rostro, una organización clandestina terrorista, la *Organización Cónsul* (*OC*) cuya actividad se desarrolló entre 1921 y 1922. Su acción más espectacular fue el asesinato del Ministro de Asuntos Exteriores Walter Rathenau, de nacionalidad judía, dentro de un total de trescientos cincuenta y cuatro asesinatos políticos que perpetró la derecha entre estos años.

Los *Freikorps* y otros grupos paramilitares que proliferaron entre 1919 a 1923 tuvieron una importancia vital en la consolidación de una mentalidad militar, que sería la materia prima para los futuros cuadros nazis; pero también fueron determinantes para la respuesta al terror por parte de ciertos sectores de la población y de las instituciones estatales²¹³.

Después de la refundación del *Partido Nazi* (*NSDAP*, febrero 1925), Hitler cambió el papel de sus organizaciones paramilitares, y decidió que debían recuperar su rol original de piquetes de propaganda y ataque contra el pensamiento de izquierda²¹⁴. No sólo la anulación - ideológica y física -, del enemigo político fue el efecto de la violencia nazi sino la desestabilización del sistema político creando un clima de desorden que favorecería el retorno al orden bajo un régimen nazi. A partir de 1933, con el nombramiento de Hitler como Canciller el terror nazi fue adquiriendo caracteres formales, sistemáticos y burocráticos. Se logró destruir la organización política y económica de la clase obrera y la despojaron de todo medio de expresión independiente. "*La Noche de los Cuchillos Largos*" trajo como resultado que la dirección de las SA fuera purgada y destruida como centro de poder. Pero ello no puso fin a las actividades terroristas de los miembros de base del movimiento nazi, quienes esta vez - eliminados los enemigos políticos - se centraron en su enemigo ideológico, los judíos. Ya no se trataba de una defensa del régimen contra la subversión sino que, alimentado por la ideología nazi, sostenía que para ganar esa guerra, *Alemania necesitaba restaurar su unidad* y su espíritu. Y ello solo podía lograrse creando una comunidad nacional (*Volksgemeinschaft*) cuyos principios generales se inspiraban en la pureza racial y la eficiencia social.

A raíz del incendio del *Reichstag*, del que se acusó a los comunistas, y al día siguiente, el 28 de febrero de 1933, se dictó el Decreto de emergencia para la Protección del Pueblo y del Estado que suspendía los derechos básicos del individuo reconocidos en la Constitución de Weimar. Entre 1934 y 1939 la utilización del terror se vio limitada en parte por el grado de

²¹¹ NOAKES, Jeremy. "*Orígenes, estructura y funciones del terror nazi*" en O'Sullivan, Noel. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial alianza, Madrid, 1987. pp.91 y ss.

²¹² Los orígenes de la violencia nazi se remontan a la derrota bélica sufrida y la consagración de la Revolución rusa de 1917. Para una profundización en este tema véase, DIEHL, J. *Paramilitary Politics in Weimar Germany*. Bloomington, Indiana, 1977. y WAITE, R.G.L. *Vanguard of Nazism. The Free Corps Movement in Postwar Germany 1918-1923*. Cambridge, Mass, 1952.

²¹³ La clase política media y alta amparados en la ambigüedad de la respuesta legislativa del gobierno frente a la actividad paramilitar, llegaron a justificar el accionar terrorista, calificando de "patrióticas" sus acciones, ya que estarían dirigidas contra un Estado carente de legitimidad y en defensa del poder económico. La orientación del poder político, impregnó a los tribunales quienes se mostraron asimismo renuentes a castigar a los paramilitares. Se impuso la deificación del terror político por parte de los sectores de la derecha política.

²¹⁴ NOAKES, Jeremy -PRIDHAM, Geoffery. "*Nazism 1919-1945*". Vol. I. *The Rise to Power 1919-1934* (Exenter)1983. p.56. También, PAYNE, S. 1996, pp. 59-75, 96-107.

consentimiento existente en la Alemania nazi y también por el hecho de que la disidencia política en esos años no era total sino parcial en el sentido de pequeños grupos. Al estallar la guerra este consenso fue quebrándose paulatinamente al igual que el uso del terror. No obstante, decenas de pequeños grupos neonazis han desarrollado actividades terroristas durante la década de los ochenta y noventa, entre ellos el WGH (*Wehrsport Gruppe Hofmann*) y DA (*Deutsche Aktionsgruppen*).

4.3.b. *La violencia revolucionaria en Alemania.*

A principios de 1971 nace en la R.F.A. la *Rote Armee Fraktion* (Fracción del Ejército Rojo también llamado "*Baader –Meinhof Gruppe*"), grupo revolucionario de tendencia izquierdista, fundado por los jóvenes Andreas Baader y Ulrike Meinhof. Poco después surgieron el B2J o *Bewegung 2 Juni* (*Movimiento 2 de Junio*) y las RZ, *Revolutionäre Zellen* (*Células Revolucionarias*)²¹⁵, quienes pretendieron la sustitución del Estado alemán por un Estado socialista, definiendo al primero como capitalista, imperialista y fascista. La ideología expuesta por la RAF tenía una tendencia izquierdista cuya inclinación era más bien antiimperialista que leninista. El B2J y las RZ recibieron la influencia de la corriente anarquista-libertaria.

El contexto histórico que marcó el nacimiento de estas organizaciones se circunscribe a la lucha desarrollada por el movimiento estudiantil de los años sesenta, que pretendía la democratización de las universidades y la sociedad, se opuso al imperialismo norteamericano que azotaba Vietnam, a la explotación de los países tercer mundistas y a los resabios del nazismo alemán. La radicalización de las posturas de estos movimientos políticos, en un principio se manifestó en atentados contra la propiedad, para posteriormente dirigirse contra bienes jurídicos más relevantes. La liberación de Baader de la prisión por parte de la RAF en 1970, marcó el comienzo de la misma, el primero de los grupos armados que realizó acciones de envergadura en Alemania. En Julio de 1971, estudiantes de la Universidad Libre formaron el *B2J*.²¹⁶

Estudios realizados en torno a la ideología y estructura de la RAF determinan que su tendencia antiimperialista (más que leninista) le llevó a considerar a la clase obrera como un "actor potencial" de la revolución²¹⁷. Se estructuró como organización clandestina dividida en ocho grupos que operaban en seis ciudades alemanas desplazándose de una ciudad a otra según los requerimientos de apoyo logístico. A su cabeza se encontraban los líderes de la organización, Baader y Ennslin. Su estrategia obedecía en un principio a la guerra de guerrillas, combinando formas de acción legales y militares, pero cuando tuvieron que sumergirse en la clandestinidad este objetivo se hizo prácticamente inalcanzable de manera tal que en algunos periodos hubo de descentralizar su modelo organizativo dando paso a estructuras abiertas a simpatizantes, los *Comités Antifascistas*²¹⁸.

A diferencia de la RAF, el B2J definía sus objetivos como "antiautoritarios" y "revolucionarios", considerando que la clase obrera alemana era parte del sistema capitalista. Criticó la estrategia fundamentada en la clandestinidad excesiva y la estructura jerárquica, organizándose en pequeños núcleos autónomos. Las RZ tenían una posición ideológica poco

²¹⁵ Para un análisis de la estructura y dinámica de accionar de las organizaciones clandestinas de izquierda en Alemania e Italia véase DELLA PORTA, D. *Social Movement, Political Violence, and the State*. Nueva York, Cambridge University Press, 1995. Cap.4. La misma; "*Lógica de las organizaciones clandestinas*" en *Rev. Sistema*, Núms. 132—133. Monográfico *Violencia y Política*. 1996. pp 231-257.

²¹⁶ KAI AMBOS. *Terrorismo y ley: análisis comparativo, República Federal alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Comisión andina de Juristas, Lima-Perú, 1989. pp.27 y ss.

²¹⁷ En comparación con otras organizaciones análogas en Europa; por ejemplo, con las Brigadas Rojas italianas, quienes consideraban a la clase obrera el motor de la revolución. La RAF consideraba que la clase obrera alemana estaba sujeta a los intereses del capital multinacional y por tanto solo era un actor potencialmente revolucionario. Mas ampliamente DELLA PORTA. 1996. pp.251-252.

²¹⁸ DELLA PORTA, D. 1996. pp.234-235.

clara, compartiendo con el B2J la creencia que la clase trabajadora alemana no era el actor principal de una revolución. Las bases teóricas de su lucha armada estaban poco desarrolladas y se caracterizaron estructuralmente por una descentralización excesiva y falta de jerarquía interna²¹⁹. Atacaron la mentalidad elitista de la RAF, y apoyaron abiertamente la "lucha antiimperialista y antisionista" y deseaban estimular a las masas en Alemania para luchar contra la reunificación en Europa.

El año 1972 fue marcado por los ataques a bases militares, Baader, Meinhof y otros miembros de las RAF fueron apresados. El B2J asesinó al entonces presidente del más Alto Tribunal de Berlín Oeste. En mayo de 1976 Meinhoff se suicidó en prisión, y en 1977 su grupo asesinó a Siegfried Bupak, Fiscal de la ex República Federal Alemana. En respuesta, este mismo mes fueron condenados a presidio perpetuo Baader, Ennslin y Raspe, acusados de asesinato²²⁰, para finalmente, en señal de protesta por su encarcelamiento suicidarse en prisión (Baader). En los años siguientes a 1977, tres cuartas parte de los ataques fueron dirigidos contra los aparatos militares del Estado en acciones que incluían "venganza contra los traidores"²²¹. Poco a poco el contexto político, y la represión policial y legislativa fueron determinando el desmantelamiento de estas organizaciones. A lo anterior se une el aislamiento respecto de la clase obrera y los conflictos internos²²².

La caída del muro de Berlín y la reunificación alemana de 1990 parecieron haber sido el punto más alto de la inactividad - o reducción -, de la violencia política que se venía dando desde la muerte de Baader. No obstante, muchos se encontraron disconformes con ella previendo los problemas sociales y económicos que efectivamente trajo. A pocos meses de estos sucesos, el 16 de enero de 1991, las RZ se manifestaron a través de la voladura de la estatua de la Victoria en el centro de Berlín sin que se registraran víctimas. El 1 de abril de 1991 y como advertencia frente a los problemas socio económicos que trajo la política del Treuhand, la RFA dio muerte al director de Truhand, Detlev Karsten Rohweder. Ambas acciones - según DELLA PORTA -, tenían "claros objetivos propagandísticos cuyos destinatarios eran los sectores más insatisfechos de la sociedad" y más bien parecían buscar "un efecto simbólico"²²³. Acciones como éstas y en general como las que se dieron durante la década de los ochenta no han tenido una significación política relevante. De hecho el aislamiento político y social en el que se encuentran estos grupos conduce a negar la posibilidad de un resurgimiento, a corto o mediano plazo, de la violencia política de izquierdas en Alemania.

4.4. Italia.

4.4.a. La violencia desde el Poder en Italia..

El régimen de Mussolini impuso la ideología fascista como dogma, repudiando las libertades individuales en contraposición a la tendencia del humanismo occidental en que se basa el parlamentarismo liberal, y que comenzaba a hacer eco en el resto de Europa. El fascismo aglutinó a sectores del sindicalismo revolucionario que abrazaron el nacionalismo extremista, y cuyo programa (1919) pedía la instalación de una República, en lugar de la monarquía y reformas radicales que apuntaban a la descentralización del Poder ejecutivo²²⁴. Las fases por las

²¹⁹ DELLA PORTA, D. 1996. p.237.

²²⁰ A fines de Julio de 1977 el presidente del Dresdner Bank, J. Ponto fue asesinado en su casa. Durante Septiembre de ese mismo año la RAF secuestró y asesinó al Presidente de la Federación de Industrias Alemanas, H.M. Schleyer. Al mismo tiempo, otro grupo armado en colaboración con los palestinos secuestró un avión de Lufthansa con 86 pasajeros a bordo en su mayoría turistas alemanes, lo que dio lugar al impactante rescate en Somalia por parte de un grupo especial de la Policía.

²²¹ DELLA PORTA. 1996. p.246.

²²² La primera disputa en la RAF se produjo en 1972 tras la explosión de una bomba en la sede central de la editorial Springer, donde fueron heridos varios trabajadores. Ennslin criticó duramente esta acción. En 1977 otro dirigente de la misma, Dellwo declaró que "*las acciones de la RAF no debían golpear al pueblo*". DELLA PORTA. 1996. p.238.

²²³ DELLA PORTA. 1996. p.231.

²²⁴ PAYNE, S. 1996, pp. 51-53.

que atravesó el fascismo italiano no presentan similitud en su orientación y prioridades, de manera tal que es muy difícil establecer generalizaciones válidas. La primera fase (desde la Marcha sobre Roma y hasta principios de 1925) el régimen fue una continuación, constitucional, de los gobiernos de coalición. La segunda fase (1925-1929) fue la construcción de la dictadura. (1929-1932) se caracterizó por una falta de activismo y un consenso relativo, al que sucedió (cuarta fase) un periodo de política exterior activa y continuación de este consenso (1933-1936). La quinta fase (1936-1940) fue marcada por la autarquía y la seminazificación, a la que sucedió la Guerra (1940-1943), y por último el régimen de Saló (1943-195)²²⁵.

La base del régimen fascista la constituía el Partido, depositario de la ideología “nacional” cuya pretensión era hacer de todos los italianos una nación. Aunque jamás logró una ideología nacional plenamente unificada y carecía de una teoría política clara de un nuevo Estado. El propio Partido fascista estaba profundamente dividido en torno a la doctrina y la táctica, y la única verdadera unidad se derivaba de la jefatura de facto del *Duce*²²⁶. Solo a partir de 1925, Mussolini comenzó a utilizar el término de “totalitario” para aludir a los objetivos y estructura del nuevo Estado, aún cuando en estricto rigor, el régimen fascista no se pareciera a los dos modelos dominantes hasta ese entonces (Alemania nacional socialista y la URSS.)²²⁷. Por otra parte, antes de haber aceptado la tutela hitleriana, el fascismo no rechazaba en principio a ningún italiano, cualquiera que fuese la clase social a que perteneciese o su raza de origen. La unión definitiva de la política de Mussolini con el nazismo se consolidó con el llamado “Pacto de Acero” de 1º de noviembre de 1936, proclamando la constitución del eje Roma- Berlín²²⁸.

Esta unión repercutió gravemente en materia de seguridad ciudadana, Mussolini comenzó a adoptar los mecanismos que importaba de la Alemania nazi para reprimir a la disidencia política, y a todo aquel que se opusiera a la ideología de la comunidad nacional italiana. Ello a pesar de que, en sus inicios y por ambigüedades en la propuesta política del fascismo italiano, nunca existió “la intención de establecer un sistema policíaco total que tuviera el control directo sobre las instituciones”²²⁹. Mussolini asumió el puesto de Primer Ministro sin ningún plan específico de un sistema nuevo, dictatorial o no, pero comenzó inmediatamente a ejercer una violencia selectiva sobre sus opositores, dirigiéndose especialmente contra los sectores mas extremistas de la izquierda nacionalista (*annunzistas*) y de la izquierda internacionalista (comunistas).

En un principio y hasta 1943, la represión se llevó a cabo tanto a través de los organismos policiales dependientes del Estado, como de grupos paramilitares (*Camicie Nere*). A partir de ese año hasta 1945, con la intromisión de Alemania, fue la propia Gestapo quien realizó esta labor. Desde la intervención alemana en sus asuntos, la opinión italiana tuvo la sensación de estar sometida a la ocupación extranjera. Esto originó una crisis en el Partido Fascista (1942) que terminó con la formación de un nuevo directorio. Mussolini fue detenido el 25 de Julio de 1943 e internado en el Gran Sasso, y el nuevo gobierno procedió inmediatamente a la liquidación del fascismo²³⁰. Posteriormente, al ser vencido Hitler en su intento de dominar el mundo, Mussolini fue sorprendido por una multitud al intentar alcanzar la frontera en las inmediaciones del lago de Como, y fue ajusticiado.

4.4.b. La violencia insurgente en Italia.

²²⁵ Ampliamente, PAYNE, S. 1996, pp. 76 y ss.

²²⁶ PAYNE, S. 1996, pp. 50, 77 y 79.

²²⁷ Ampliamente sobre el Estado totalitario, PAYNE, S. 1996, pp.81 y ss.

²²⁸ PIRENNE, J. *Historia Universal*. Vol. VIII. “*La Segunda Guerra Mundial*”. Edit.Leo, Barcelona, 1958. p.119.

²²⁹ En esta opinión, PAYNE, S. 1996, p.82.

²³⁰ En Septiembre, en una operación aérea sobre el Gran Sasso, un grupo de paracaidistas alemanes liberó a Mussolini y lo trasladaron a Alemania, siendo recibido por Hitler en Berchtesgaden. PIRENNE, J. 1958. p.379. Seguidamente Mussolini anunció la formación de un gobierno republicano fascista y su decisión de continuar la guerra al lado del Reich.

Con posterioridad a la caída del fascismo, hay dos momentos cruciales de la violencia política en Italia: por una parte, el atentado de Piazza Fontana en Milán (1969), por la otra el secuestro y asesinato de Aldo Moro (1978). Estos dos puntos de referencia sirven para evidenciar que el terrorismo en Italia responde a una serie de manifestaciones de la violencia cuya intencionalidad persigue fines diametralmente opuestos²³¹.

El terrorismo perpetrado por sectores de la derecha política (*terrorismo negro*), especialmente el grupo *Camicie Nere (Camisas Negras)* se vincula a la ideología fascista y busca instaurar un régimen reaccionario no necesariamente conservador. Al uso del terror se le da un carácter *estratégico*, valiéndose preferentemente del atentado indiscriminado y no reivindicado. "Piazza Fontana" fue la primera acción de envergadura del *terrorismo negro*, a la que habrán de seguirle otras durante los años sucesivos hasta 1975 (el atentado de Brescia y el del Italicus) entremezclados con tentativas de golpe de Estado. Son los años de la "estrategia de la tensión", donde la tentativa subversiva secreta de derecha en contacto con instituciones del Estado con alto grado de autonomía táctica, tiene su punto culminante²³². Este proyecto de instaurar un Estado autoritario de derecha para frenar el avance del movimiento obrero, se revela, sin embargo, como un fracaso y pierde las posibilidades, que ciertas franjas extremas de la burguesía le habían vaticinado. Luego de cinco años de relativa inactividad, el terrorismo negro reaparece en 1980 para cometer el crimen más aterrador después del fin de la Segunda Guerra Mundial, el atentado en la estación de Bologna.

El terrorismo desarrollado por los sectores de izquierda (*terrorismo rojo*), se define a sí mismo como la vanguardia armada del movimiento proletario y de la lucha antiimperialista. Mediante sus acciones intenta atacar a las personas o a los lugares que constituyen símbolos del poder del Estado y del poder económico, así como las instituciones auxiliares (la policía, los jueces). Desde las primeras acciones (1969) hasta al menos mediados de la década de los 80, se puede constatar que, inversamente a lo que ocurre con el *terrorismo negro*, sus actos aumentaron cuantitativamente de una manera vertiginosa lo que condujo a un ascenso constante del nivel general de violencia. Los años setenta asisten al nacimiento de este tipo de grupos armados, de los cuales las *Brigadas Rojas*, con sus líderes Curcio y Franchescini, *Prima Linea (PL)* y las *Formazioni Comuniste Combattenti (FCC)*, destacan por la espectacularidad de sus acciones. De acuerdo a los estudios realizados por CASELLI y DELLA PORTA,²³³ en el desarrollo de este tipo de violencia o terrorismo rojo pueden distinguirse cuatro fases: La primera corresponde a la estrategia de "propaganda armada" (1970-1974). La segunda es la etapa de "ataque al corazón del Estado" (1974-1976), a la que sucedió la "estrategia del aniquilamiento" (1977-1978), para amainar posteriormente con la estrategia de "confrontación con el Estado para la supervivencia de la organización" (1978-1982). Este esquema nos servirá posteriormente para comprender la involución del sistema penal y procesal penal en Italia.

De formación marxista leninista, la estrategia seguida por las Brigadas Rojas en un principio se alineó con la idea de la guerra de guerrillas, al igual que la RAF. Su compleja estructura organizativa fundada en los principios de la compartimentación, la clandestinidad y la jerarquía determinaron un progresivo aislamiento de las masas. A diferencia de la RAF las BR respondían a una *Dirección Nacional* (y no a líderes), que era quien determinaba los lineamientos político militares que adoptarían las *columnas*.²³⁴ Para insertarse en la masa trabajadora, considerada el principal actor de la revolución, jerárquicamente se estructuraron en un *Frente del Trabajo de Masas* que organizó su accionar en torno a las fábricas como objetivo principal por ser considerados la principal referencia para los militantes de la izquierda que surgía en los años setenta²³⁵. De manera similar a la RAF, las BR tuvieron que descentralizar en

²³¹ BARATTA, Alessandro. 1985 a). p.11.

²³² BARATTA, Alessandro. 1985 a). p.18.

²³³ CASELLI, Gian Carlo - DELLA PORTA, Donatello. "*La Storia delle Brigate Rosse: strutture organizzative e strategia d'azione*" en *Terrorism in Italia*. Il Mulino, Bologna, 1984. pp. 153-221.

²³⁴ CASELLI- DELLA PORTA. 1984. pp. 160-161.

²³⁵ DELLA PORTA. 1996. p. 250.

algunos períodos su modelo organizativo creando comités de simpatizantes, los "*Núcleos del Movimiento Proletario de Resistencia*" que en los hechos cumplieron la función de aminorar la desvinculación entre las BR y el escenario político y social.

A diferencia de las Brigadas Rojas, *Prima Linea* y las *Formazione Comuniste Combattenti* poseían una estructura más descentralizada y menos clandestina, inclusive descompartimentada. Afirmaban los estatutos de las FCC que su principio rector era "la clandestinidad pero no el proselitismo", como una crítica abierta a las BR. En una orientación similar *Prima Linea* se oponía " a la clandestinidad absoluta y a la exclusiva definición de la acción como militar"²³⁶. A juicio de algunos autores, tanto PL como las FCC adoptaron una estructura ideológica relativamente nueva característica, de los movimientos radicales que surgieron en Italia de finales de los años sesenta. Conforme a esta estructura, la opresión social debía analizarse en el plano individual más que como explotación económica desde la que el poder estatal controla la vida privada de los individuos²³⁷.

A pesar de la necesidad de distinguir entre los dos tipos de violencia terrorista a que se ha hecho referencia (de derecha y de izquierda), así como las estrategias y las intenciones divergentes que se proponen, tienen elementos comunes que se manifiestan en sus actuaciones. En opinión de BARATTA, Piazza Fontana y el asesinato de Aldo Moro, presentan una singularidad que se vincula a la ocasión de los actos y a lo que sus autores entendieron afirmar o negar. La ocasión de estos dos hechos está constituida por dos procesos sucesivos de formación de la representación política y del Gobierno. En 1969 se formó la nueva coalición "centrosinista" caracterizada por una integración mayor del Partido Socialista en el Gobierno, y en 1978 nace el Gobierno denominado *de excepción y de unidad nacional* con la inserción del Partido Comunista en la mayoría²³⁸.

De una manera general se puede afirmar que esos dos momentos constituyen dos etapas sucesivas de un fenómeno que se podría definir como la *integración del movimiento obrero al sistema político gubernamental*. Ambas acciones tuvieron por objeto entabrar este proceso reformista. Necesario es recordar lo que grosso modo se ha dicho en los preliminares de este capítulo: si bien ambos tipos de terrorismo deseaban frenar el proceso de reforma, sus motivaciones eran distintas. El terrorismo de la derecha y los grupos de poder a los cuales servía no estaban dispuestos a aceptar que las clases dominantes aceptaran una pérdida parcial de su poder político, como producto de una cesión -aunque relativa- de ese poder a otros grupos sociales. Una posición por otra parte, marginal y apartada de la estrategia perseguida por la inmensa mayoría de los grupos y clases sociales que en ese entonces se encontraban en el poder, estaban dispuestos a pagar ese precio a cambio del avance del movimiento obrero.

El terrorismo perpetrado por los sectores de izquierda, por el contrario, advirtió en la política reformista y transformadora del partido obrero más importante, que éste se aprestaba bajo la presión de importantes luchas sociales, a entrar en el gobierno obteniendo relativos privilegios y para beneficiarse de la distribución del poder, y vio en ello un serio obstáculo al crecimiento de la conflictividad social y al nivel de la lucha de clases. En definitiva, el terrorismo patrocinado por la izquierda vio comprometida la realización de una posible revolución social²³⁹. En opinión de DELLA PORTA, la espiral creciente de violencia se interrumpió cuando surgieron conflictos sociales violentos en el seno de los movimientos sociales, que obligó a estas organizaciones a cambiar de estrategia y atacar mas bien a la

²³⁶ Ambas organizaciones criticaron a las BR por su intento de trasladar el estilo de guerrilla sudamericano a Italia y por tanto su concepción militarizada de Partido.

²³⁷ DINI, Vitorio – MANCONI, Luigi. *IL discorso delle armi. L'ideologia terrorista nel linguaggio delle Brigate Rosse e di Prima Linea*. Milán, Savelli, 1981; DELLA PORTA. 1996. p.251.

²³⁸ BARATTA. 1985 a). pp.18-19.

²³⁹ BARATTA. 1985 a). p.19.

propiedad que a las personas, como ocurrió tras 1977²⁴⁰.

Tendremos oportunidad de analizar la respuesta del Estado italiano frente al terrorismo. No obstante resulta imprescindible destacar que, si bien la represión legal y policial contribuyó a su desaparición, especialmente a través del *pentitismo*, no puede olvidarse que un elemento importante, unido a esta mayor represión, lo fue la creciente marginalización de estos grupos en relación a los conflictos sociales. Notorio fue en el caso de las BR que como producto de su marginalización se vio envuelta en un proceso de divisiones internas encarnado en dos sectores, los militantes en prisión y los militantes en libertad²⁴¹. La inactividad manifiesta que de las BR se observa data de 1986. Pese a que algunas acciones realizadas después de 1990 han sido reivindicadas por este grupo, o por grupos afines a ellas, concretamente en los años 1999 y 2001, no hay constancia de un rebrote de la violencia en Italia²⁴².

4.5. Francia.

4.5.a. La violencia desde el Poder.

Retomando lo que expuesto en los preliminares de este capítulo, la Revolución Francesa de 1789 marca el rasgo distintivo en la utilización del terror para el ejercicio del poder. El *terror revolucionario* fue asumido por los partidarios del nuevo gobierno que, en general, negaban la legitimidad de los actos individuales de terrorismo²⁴³. Robespierre, en una errada interpretación de Rousseau, justificó el uso del terror basado en la necesidad de “obligar a los hombres a ser libres”²⁴⁴. El ascenso de los jacobinos al poder y el establecimiento de un gobierno constitucional, y de un sistema nuevo de leyes que consagraron los Derechos del Hombre y del ciudadano, fueron consecuencia del proceso interno de cambio político. La oposición a él se produjo no al interior del territorio francés, sino por la creación de una coalición de amplitud europea destinada a suprimir el impulso de la revolución en otros lugares. Por esta razón, la violencia y el terror que aparecieron en respuesta a esta presión, surgieron precisamente en el período en que la Revolución necesitaba consolidarse, y de no ser por la dimensión internacional no hubiese tomado la forma que adquirió. Uno de sus rasgos decisivos es que el terror no estaba dirigido realmente contra los aristócratas²⁴⁵, sino que era más bien un método para legitimar a un gobierno minoritario, justificar el mantenimiento de su posición y la colonización de las provincias²⁴⁶. A pesar del método de acción política empleado, no debemos

²⁴⁰ DELLA PORTA. 1996. p.249.

²⁴¹ La militarización de la organización estimuló estos conflictos y a principios de la década de los ochenta se produjeron diversas escisiones en el seno de las BR. En 1979 un grupo de militantes se alejó de la organización y formó más tarde el Movimiento Comunista Revolucionario. En 1980 se escindió la *Colonna Walter Alasia* de Milán, y en 1981 lo hizo el *Frente de Prisiones*. Otros numerosos grupos escindidos se atribuyeron la representación de las BR, tales como “*Per il Comunismo*” (1979) y los *Nuclei* (1981). PL desapareció prácticamente cuando en 1981 un grupo de sus militantes pasó a engrosar las filas de las BR. Algo similar ocurrió con las FCC cuyos militantes se unieron ya a PL o a las BR, mientras que otros formaron nuevas organizaciones clandestinas independientes como el RCA *Guerriglia Rossa (Guerrilla Roja)*. DELLA PORTA. 1996. pp. 233-234 y 238.

²⁴² Particular expectación lo causó la falsa alarma del renacimiento de las BR cuando un grupo armado reivindicó a nombre de éstas la muerte del abogado Massimo D’Antona, asesor del Ministro del Trabajo (mayo de 1999). Durante la investigación se estableció que los autores fueron un grupo de jóvenes que en caso alguno daban atisbos de que las BR se encontraban reorganizadas. *El Mundo*, 21 de Mayo de 1999. Después de esta fecha, se han registrado algunos atentados aislados por parte de organizaciones afines a las BR. Es el caso de los *Núcleos de Iniciativa Proletaria Revolucionaria*, quienes se responsabilizaron del atentado explosivo a la sede del Instituto de Asuntos Internacionales, en el centro de Roma (abril 2001). *El País*, 11-04-01.

²⁴³ HAMPSON, Norman. “*De la regeneración al terror; la ideología de la revolución francesa*” en *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. p. 89.

²⁴⁴ Lo que Rousseau suponía, en cambio, era que con la eliminación de las viejas estructuras y restricciones sociales, a los seres humanos no les quedaría otra alternativa que ser libres, se verían obligados a enfrentarse a esas circunstancias. CALVERT, Peter. “*El terrorismo en la teoría de la revolución*” en *Terrorismo, ideología y revolución*. Op. Cit. 1987. p.49.

²⁴⁵ CALVERT. 1987. p.50.

²⁴⁶ MARX, Carlos – ENGELS, Federico. *Escritos Escogidos*. Foreign Languages Publishing House. Vol. I. 1962. p. 133 (Introducción a *La Lucha de Clases en Francia*).

olvidar que la revolución francesa ha sido considerada modelo de una revolución social.

Durante el siglo XX, la violencia desde el poder se observó a mediados de los años cincuenta, con motivo de la guerra de Argelia (1955-1957). Los “servicios especiales” franceses, torturaron y dieron muerte a centenares de independentistas, como parte de la “guerra sucia” que se llevó a cabo en contra del FLN (véase epígrafe siguiente). El Gobierno francés, en Consejo de Ministros, había decidido detener la ofensiva “terrorista” en Argel, y lo hizo saber al comisario de Francia en Argelia (R. Lacôte). El general Massu, creador de los servicios especiales, recibió órdenes de parar el terrorismo “por los medios que fuera”²⁴⁷, llamando, a estos efectos al General Paul Aussares, quien asumió la responsabilidad de tales servicios. Este último había sido un héroe de la resistencia frente a los nazis. La publicación de su libro *Servicios especiales. Argelia 1955-1957*, puso en jaque al Estado francés puesto que en él se revela que, las autoridades gubernamentales en aquel entonces, al menos habían prestado su aquiescencia frente a las torturas y ejecuciones. Tanto es así que, el entonces Ministro de Justicia, François Mitterand, envió al juez Jean Bérard para que “cubriera” el uso de la tortura y las ejecuciones sumarias, informando a su gabinete sin pasar por la fiscalía. En este contexto fue detenido y ejecutado sumariamente, sin siquiera haber comparecido a la justicia, el líder del FLN en Argel, Ben Mhidi (marzo 1957).

La “responsabilidad institucional” sobre hechos como éstos no ha sido reconocida, como suele ocurrir en los casos del “contraterrorismo” en los Estados democráticos. Siempre la responsabilidad se atribuye a individuos determinados, y por los “excesos” cometidos. La comunidad internacional y organismos de derechos humanos (Federación por los derechos del hombre y Mov. Contra el Racismo) realizan esfuerzos para que se reconozca la cualificación de crímenes contra la humanidad, a los hechos ocurridos en Argel, esfuerzos que hasta ahora han resultado infructuosos. La Fiscalía Francesa estima que sería muy difícil probar la existencia de un plan concertado para exterminar o deportar a una población, elementos ambos que deben estar presente en tal figura delictiva. La responsabilidad sigue siendo “individual”, y, en el caso de Aussares, ni siquiera por las torturas y ejecuciones, sino por el delito de “apología de crímenes de guerra”²⁴⁸.

4.5.b. La violencia insurgente.

La violencia insurgente en Francia, similar al caso español, tiene una doble fuente de origen: De un lado, aquellos grupos que persiguen la autonomía regional, como el *Frente de Liberación Nacional Corso* (FLNC); y del otro, aquellos cuya ideología se enmarca dentro de las tendencias tradicionales de izquierda o derecha, como *Acción Directa*, AD²⁴⁹. De ambos, los primeros revisten mayor objeto de interés, no solo porque el recién comentado “contraterrorismo” que se dio en Argel, tuvo por excusa la violencia del FLN; sino porque el independentismo vasco originó una estrecha relación entre ETA e *Iparretarak*.

b.1. Bretaña, Córcega y País Vasco francés son las regiones en las que mayor desarrollo ha tenido la violencia. Ella comenzó a principios de los años setenta a través de organizaciones separatistas, como producto del ejemplo que había significado la pérdida de Argelia para el Estado Francés²⁵⁰. La separación de Argelia fue un ejemplo de independencia ante otras regiones y fue un factor importante en la aparición de estos grupos.²⁵¹

²⁴⁷ Entrevista al General. Paul Aussares, ex responsable de los servicios especiales franceses en Argel. *El País*, 12-05-2001.

²⁴⁸ Información aparecida en *El País*, 18-05-2001, p.5.

²⁴⁹ MORÁN BLANCO, S. 1997. p.201.

²⁵⁰ Sobre EL FLN argelino existe un interesante trabajo de M. CRENSHAW. *Revolutionary Terrorism. The FLN in Algeria 1954-62*, Stanford, 1978.

²⁵¹ MORÁN BLANCO, S. 1997. p. 201; LODGE, J. *Tre Threat of Terrorism*. Colorado, Westview Press Boulder, 1988. pp. 213-228.

En Bretaña desde 1976 se incrementó la violencia producto de las actuaciones del movimiento separatista bretón (FLB-ARB)²⁵². En Córcega, en mayo de ese mismo año se formó el FLNC cuyo objetivo es conseguir la independencia de la isla - "la Nación Córsega" -, del resto de Francia. Dada la cantidad de actos de violencia del FLNC, muchos grupos contraterroristas se han formado actuando en similares términos, de los cuales el más activo es el *Frente de Acción Nueva contra la autonomía e independencia (FANAI)*. El FLNC fue declarado ilegal en 1983 en respuesta a la ola de violencia desatada. Hay que reconocer que si bien la espiral de violencia desde su nacimiento a esa fecha se tradujo en centenares de atentados explosivos, ella – afortunadamente - no trajo consigo un ataque constante a las personas. Salvo los casos de los atentados en Ajaccio de 1980 (Hotel Fresch, tres muertos) y 1981 (siete explosivos, tres policías heridos) no se registraron otras consecuencias más que daños a la propiedad. En 1985 el FLNC anunció una tregua, la segunda desde su aparición, y en 1986 la centro derecha²⁵³ ganó las elecciones parlamentarias, tras lo cual el FLNC decidió la continuación de su estrategia hasta 1988 año en el que declaró otra tregua.

Particularmente, y dada su estrecha relación con España, nos llama la atención el sentimiento nacionalista vasco francés que pretende erigir a Euskadi en un Estado independiente que aúna a siete provincias, tres de las cuales se encuentran en Francia y cuatro en España²⁵⁴. Coherente con esta idea nos remontamos al año 1973, año de nacimiento de *Iparretarak (IK)*²⁵⁵ a quienes en un principio se les consideró la rama francesa de ETA, suponiendo que su nacimiento había contado con el apoyo de esta última, que ya llevaba 14 años de "lucha armada"²⁵⁶. En 1979 *IK* inicia una fase de violencia dirigida principalmente contra instalaciones del Estado francés. En 1981 declara su intención de llevar la lucha armada a un nuevo nivel, que incluía la comisión de delitos contra las personas. Entre 1987 y 1988 recrudeció la represión por parte del Estado Francés en contra de esta organización. Como golpe maestro en 1988 fue detenido Philippe Bidart, el líder máximo de *IK*²⁵⁷. Con estas acciones el Estado francés pensó que había desmantelado a *Iparretarak*, pero la realidad muestra una cara distinta. Al menos hasta 1999 la organización, aunque débil políticamente, continuaba operando.

Pese a la similitud que puede hallarse entre ETA e *Iparretarak*, y el apoyo que ésta última prestó a la primera desde 1975, lo cierto es que a fines de la década de los ochenta ambas organizaciones se distanciaron como producto de conflictos internos. ETA reclamaba que *IK* y su actividad militar constituían un peligro para la seguridad de ETA en Francia. *IK* por su parte insistía en que "no se identificaba ni con ETA M, ni con ETA PM" y agregaba "Somos totalmente independientes de ETA y sus Comandos Autónomos"²⁵⁸. Pero, más allá de las declaraciones de ETA, el problema radicaba en su intención de constituir un *frente único*, frente en el cual ETA con seguridad absorbería a *IK*, la que rechazó esta iniciativa en 1984²⁵⁹. Con posterioridad en 1993 tuvo lugar una reunión histórica entre ambas organizaciones cuya finalidad fue lograr un acuerdo en torno a un análisis común.

²⁵² Su acción más espectacular fue una bomba en el Palacio de Versailles consecuencia de su estrategia de ataque a "los símbolos del imperialismo francés".

²⁵³ Nos referimos a la coalición de centro derecha integrada por la Asamblea para la República (RPR) y la Unión para la Democracia en Francia (UDF).

²⁵⁴ La historia de los movimientos del nacionalismo vasco-francés se remonta a 1953 con el grupo *Enbata* de Burdeos que en 1972 diseña su estrategia contra "la opresión de los Estados Francés y Español" y desarrolla una actividad revolucionaria. Fue declarado ilegal por el gobierno francés en 1974 y reaparece en 1975 como revista manteniéndose así en la actualidad. MORÁN BLANCO, S. *ETA entre España y Francia*. Edit. Complutense, Madrid, 1997. p.205.

²⁵⁵ Sobre *Iparretarak* véase MOURIZZI, J.F.- BOULAERT, E. *Iparretarak: Separatisme et Terrorisme en Pays Basque Français*. París, Plon, 1988.

²⁵⁶ HAURON, A. "El autonomismo Vasco – Francés" en *Terrorismo internacional*. (Dir.) Salustiano del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984. pp.312-315.

²⁵⁷ MORÁN BLANCO, S. 1997. pp.206-207.

²⁵⁸ MORÁN BLANCO, S. 1997. pp.208-210.

²⁵⁹ La mayor tensión entre ambas organizaciones, según expone MORÁN, se dio con motivo del atentado a un tren Talgo "París-Madrid" que realizó *IK* en 1984, causando numerosos heridos. ETA criticó esta acción por cuanto ocasionó una mayor presencia policial en el sur de Francia, lo que dificultaba su labor allí. *IK* ante la crítica acusó a ETA de ser "revolucionaria en el sur pero reformista en Francia". MORÁN BLANCO, S. 1997. p.210.

Como corolario a lo expuesto, debe señalarse que en Francia la violencia nacionalista no ha adquirido los ribetes que en España ha alcanzado. *IK* no ha representado ni representará un peligro real porque no ha contado con el apoyo popular que ETA tuvo desde sus inicios y que en cierta medida se sigue manteniendo. Afirmación ésta que queda demostrada desde el momento en que su brazo político cuenta con escaños en el Parlamento, y un porcentaje relativamente importante del electorado vasco.

b.2. La violencia política que desde los sectores de la izquierda en Francia ha tenido lugar puede resumirse en las actividades de *Acción Directa (AD)*, organización que se define marxista, antiimperialista e internacionalista²⁶⁰. Abiertamente contrarios a la política imperialista de Francia en África, y a la explotación de los trabajadores, sus acciones se vieron enmarcadas por estos lineamientos. De hecho sus primeros atentados se dirigieron contra los representantes de la clase patronal y el Estado: empresarios franceses y el Ministerio del Trabajo²⁶¹. Al mismo tiempo *AD* realizó conexiones con el propósito de oponerse a la OTAN con otros grupos armados de izquierda de Europa: las *CCC* belgas, la *RAF* alemana y las *BR* italianas; y con organizaciones palestinas e iraníes como la *Facción Armada Libanesa*²⁶². Tras un breve período de inactividad, producto de que la mayoría de sus miembros se encontraban encarcelados, y luego fueron liberados, en 1982 *AD* se reorganizó perpetrando un sin número de atentados contra objetivos norteamericanos. En 1987, tras la detención de sus principales líderes (Rouillán, Ménigon, Cipriani y Aubron) *AD* sufrió una derrota que determinó que desde aquella época no haya vuelto a operar.

Finalmente hay que destacar que existen otros grupos armados que han cometido actos de violencia política en Francia, atendida la relevancia mundial que posee la capital parisina. Ello ha llevado a algunos autores a indicar que París se ha convertido en la *capital mundial del terrorismo*, y que es precisamente el terrorismo internacional el que ha puesto en jaque en reiteradas ocasiones al gobierno francés²⁶³. Dentro de estos grupos podemos mencionar a la *Facción Armada libanesa (FRAL)* que ha desarrollado acciones principalmente contra Estados Unidos, Irak y Francia. En El Líbano y enmarcados en el conflicto árabe israelí vale la pena mencionar al *Movimiento de las Brigadas Árabes Revolucionarias, Hijos del Sur del Líbano, Abu Nidal y la Yihad Islámica*²⁶⁴.

4.5.b. La violencia desde el Poder en la democracia francesa.

4.6. Chile.

En el capítulo anterior hemos hecho referencia al caso chileno, rememorando su historia política y social a partir de 1970. Conocemos ya la violencia que *desde el poder* se ejerció contra el pueblo chileno, y esbozos del terrorismo de Estado ejercido durante la dictadura militar. Sobre el mismo volveremos con mayor detalle al analizar las formas del terrorismo. Corresponde atender a la violencia impulsada desde los sectores de izquierda.

La década de los sesenta, al calor de la influencia de la revolución cubana, estuvo

²⁶⁰ Su nacimiento se entrelaza con el *Grupo Armado Marxista para la Autonomía Popular (NAPAP)* y en el grupo anarquista que operó en España: *Acción Revolucionaria Internacionalista (GARI)*

²⁶¹ MORÁN BLANCO, S. 1997. pp.213 –214.

²⁶² Más ampliamente sobre *AD* véase; HAMON, A. - MARCHAND, J.C. *Action Directe: du Terrorisme Français a l'Euroterrorisme*. París, Seuil, 1986.

²⁶³ MORÁN BLANCO, S. 1997. p.216-217; MOXON BROWE, E. "Terrorism in France" en *Conflict Studies*. Núm. 144, 1983.

²⁶⁴ Desde 1983 en adelante la Yihad perpetró atentados en París como respuesta a las relaciones entre Francia e Irak. Debe recordarse en este sentido la fluida relación entre Chirac y Hussein, relaciones que comenzaron a quebrarse con la asunción de Mitterand en el gobierno francés y cuando Francia otorgó asilo político al ex presidente iraní Bani Sadr.

marcada por un auge de las movilizaciones y protestas sociales, sobre todo de sectores hasta entonces excluidos de la actividad político-social: campesinos y pobladores marginales de las ciudades. En las postrimerías del gobierno del democristiano Eduardo Frei (1964-1970), las huelgas obreras ilegales, las tomas de terrenos por los sin casa, la rebeldía estudiantil, las ocupaciones de fundos llevaron la confrontación y polarización social del país a niveles no vistos en décadas. Es en este contexto que, en 1965, surge la que sería la organización de “extrema izquierda” más importante de nuestra historia reciente, el *MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionaria)*. El MIR, inspirado en el ideario castro-guevarista, rechaza con energía el parlamentarismo y señala que la única vía para la toma del poder por parte de los trabajadores, es la lucha armada. En el nacimiento del MIR convergen distintos grupos, unos de raíz trotskista y anarquista, así como escisiones provenientes de las juventudes de los Partidos Comunista y Socialista, descontentos con sus políticas reformistas y electoralistas.

No obstante haber realizado algunas acciones armadas durante el periodo 1969-70, consistentes fundamentalmente en asaltos bancarios y propaganda, la elección de Salvador Allende en septiembre de 1970 cambia el cuadro político, llevando al MIR a cambiar su estrategia. Esta organización, que se declara independiente del gobierno de la Unidad Popular, opta por una política de acumulación de fuerzas para una guerra revolucionaria que se veía inminente. Es así como impulsa la formación de diversos frentes de masas²⁶⁵, que se encargan de radicalizar las continuas luchas que se dieron entre los años 1970-73.

Con el objetivo de aislar a los sectores de la UP que consideraban “reformistas y legalistas” (PC, Partido Radical y el sector socialdemócrata del PS) el MIR promueve alianzas con el ala más izquierdista de la coalición gubernamental (MAPU, Izquierda Cristiana, sector revolucionario del PS), que llaman a ampliar la estrategia de confrontación con la oposición de la derecha con acciones tales como la conformación de órganos de poder popular (Cordones Industriales, Cordones Comunales), la acentuación de las ocupaciones de fábricas y campos, trabajo de inteligencia hacia las Fuerzas Armadas, etc. La nueva línea del MIR, lleva a que un minúsculo sector encabezado por los hermanos Rivera, se escinda y nazca, en 1971, la VOP (Vanguardia Organizada del Pueblo). La VOP tendrá corta vida. Después de su acción más destacada, el asesinato el año 1972 de Edmundo Pérez Zujovic, ex ministro de interior del gobierno de Frei, fue duramente perseguida por el gobierno de la UP, llegando a su completa desarticulación con la muerte de sus principales dirigentes a manos de la policía civil. Tras el golpe militar, y a pesar de la aguda represión de que era objeto²⁶⁶, el MIR impulsa una línea de confrontación armada a la dictadura, la llamada *Resistencia Popular*, que se caracterizó por los actos de sabotaje, atentados explosivos y asesinatos selectivos.

Opuesto, en un principio, a los métodos del MIR, el Partido Comunista de Chile, después del golpe militar, y durante toda la década de los 70, llamó a la conformación de un Frente Antifascista, que aglutinaría a todos los partidos de la UP junto con la Democracia Cristiana. Se resaltaba que la lucha democrática se realizaría por medio de una amplia lucha de masas, excluyendo métodos violentos. Sin embargo, desde 1980, varía sustancialmente su línea política. El PC, tras la realización del plebiscito que institucionaliza la dictadura con la actual Constitución Política, decide acentuar su enfrentamiento con la Política de Rebelión Popular (PRP). Dicha estrategia proclamaba el uso de “todas las formas de lucha”, incluidas las acciones de carácter militar. Amparado por el PC, el 14 de diciembre de 1983, se da nacimiento al *Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR)*, organismo armado que aglutinó a militantes y simpatizantes de diversos sectores de la izquierda. El FPMR se consideró una organización orgánicamente independiente del PC, pero conformada en su mayoría por comunistas. Se crean asimismo y como estructura dependiente del FPMR las *Milicias Rodriguistas (MR)*.

²⁶⁵ Frente de Trabajadores Revolucionarios, Frente de Estudiantes Revolucionarios, Movimiento de Campesinos Revolucionarios, Movimiento de Pobladores Revolucionarios.

²⁶⁶ Véase supra Cap.I, 4. *Legalidad y legitimidad en América latina...4.a. Preliminares y 4.b. El caso chileno.*

En 1983 aparece en el escenario político otra organización armada, el *Mapu Lautaro* (ML). Una división del MAPU que abogó por la insurrección²⁶⁷. Se define ideológicamente marxista, y declaró la guerra frontal a la dictadura. A diferencia del FPMR, el ML nace estructuralmente bajo el concepto de Partido, y de él dependen el *Movimiento Juvenil Lautaro* (MJL) y *Las Fuerzas Rebeldes y Populares Lautaro* (FRPL). Su estrategia se corresponde con la "Guerra Insurreccional de Masas" cuyo propósito es conquistar el poder y construir el "Chile Popular"²⁶⁸. A diferencia también del FPMR no consideran que el rol primordial en la estrategia lo tenga la clase obrera, sino "los sectores *más avanzados* de las distintas instancias sociales, es decir, ... de los jóvenes, de la intelectualidad y del pueblo"²⁶⁹. Hasta 1984 el ML se sumerge en las manifestaciones e intenta realizar una política de alianzas, llegando a participar como MJL en el Movimiento Democrático Popular (MDP) que aunaba entre otros al PC, MIR y a un sector del PS. Realiza sus primeras acciones generalmente robos a camiones distribuidores de alimentos para proceder a su repartición entre los pobladores. El MJL cuya formación se había decidido en 1982 por la Dirección del MAPU, fue definido en aquel entonces como un instrumento para captar la rebeldía juvenil más allá del Partido. Y en los hechos, la mayoría de sus integrantes, actualmente en su mayoría privados de libertad, fueron jóvenes cuyas edades oscilaban entre los dieciséis y los veinticinco años.

Tanto el FPMR como el ML nacieron entonces como respuesta violenta a la violencia del régimen militar. Su objetivo era acabar con la dictadura. Declaró a este respecto el FPMR: "*Desde el punto de vista político e ideológico, el Frente nació asumiendo como estrategia la Rebelión Popular, la que fue definida como un proceso de lucha en todos los planos, que abarca las más diversas formas... con el objetivo de derrotar a la dictadura y abrir paso a la creación de un gobierno provisional de unidad nacional...*"²⁷⁰.

El gobierno militar respondió a esta violencia utilizando la represión en todos sus ámbitos: en 1984 se dictó la primera ley antiterrorista, Ley 18.314. En su virtud la excepcionalidad en el tratamiento para los sospechosos de haber cometido delitos de terrorismo se incardinó en el ordenamiento jurídico. La guerra contra "el terrorismo" continuó además por vías extralegales. En 1985 fueron asesinados tres profesores comunistas por funcionarios policiales de la DICOMCAR quienes tras ultimarlos les degollaron. "*El caso degollados*" despertó la rabia e impotencia colectivas en amplios sectores políticos y a nivel internacional. También mueren en "presuntos enfrentamientos" dos jóvenes hermanos militantes del MIR²⁷¹ y el ML sufre un severo golpe orgánico al ser detenidos los miembros de su Dirección, entre ellos, G. Ossandón, que al poco tiempo obtuvieron la libertad, quizás por las dimensiones que alcanzó el escándalo nacional del *Caso degollados*. Se sumergen en la clandestinidad.

En el año 1986 se suceden importantes hechos políticos vinculados a las acciones de la oposición armada. En abril de 1986, el FPMR realiza dos acciones importantes: el homicidio de un dirigente poblacional perteneciente a la UDI, partido pro gobierno militar, y un asalto que derivó en un enfrentamiento en el que resultan muertos un militante de esa organización y un policía. Los otros integrantes fueron detenidos. A raíz de estos hechos se iniciaron

²⁶⁷ El MAPU nace en 1969 como escisión de la Democracia Cristiana. Posteriormente, en el gobierno de la UP, se divide en dos fracciones, una de tendencia reformista dirigida por el actual senador socialista Jaime Gazmuri (el Mapu/Obrero-Campesino) y otra insurreccionalista, dirigida por Guillermo Garretón. El Mapu-OC se integraría mayoritariamente al PC en 1980. Entre 1981-82 surgen en el MAPU dos tendencias: mientras un sector pugnaba por la lucha directa contra la dictadura, inspirados por la PRP del PC (1980-1981) y los incipientes conflictos sociales (producto del inicio de la crisis económica), otro sector planteaba la realización de una política de alianzas con los sectores de centro. Se trató pues de la dicotomía "convergencia v/s insurrección". De esta última nace el Mapu Lautaro.

²⁶⁸ En el "Chile Popular", según declara el ML "desecharemos todo lo que sea antipopular, antisocial y antiprogreso, todo lo que signifique explotación, miseria ..." En "*Hablan dirigentes del Lautaro*". Entrevista a dirigentes nacional y territorial del MJL en *Rev. Página Abierta*, N°45, 1991. pp.17-20.

²⁶⁹ *Rev. Página Abierta*. Ob. Cit. p.19.

²⁷⁰ *El Rodriguista*, Órgano Oficial del FPMR, N°64, Diciembre de 1993. p.3.

²⁷¹ "*Nuestra historia*", " *El Rebelde*, Órgano Oficial del MIR, mayo de 1997. p.11.

investigaciones judiciales que se agruparon en torno al "*Caso Panadería Lautaro*" o "*Caso de las fichas de la Vicaría de la Solidaridad*", en el que el gobierno español prestó su colaboración a organismos de derechos humanos en Chile²⁷². El 7 de julio de ese mismo año fracasa la SN, durante aquel día una patrulla de militares quema vivos a una pareja de jóvenes militantes de las JJ.CC. En 1986 también fueron descubiertos los arsenales del FPMR en el norte de Chile tras lo cual hubo numerosas detenciones.

El cinco de Septiembre, un grupo especial de militantes del FPMR atentó contra el General Pinochet sin lograr su objetivo. En el atentado murieron cinco escoltas y otros seis resultaron heridos. Pinochet resultó ileso. Lo que en un principio pretendió ser una acción similar a la muerte de Carrero Blanco en España no tuvo éxito. El país fue declarado en Estado de Sitio, el último de la dictadura militar, y grupos armados de ultraderecha, reaccionaron de manera violenta. El *Comando Once de Septiembre* a solo cinco horas de verificado éste el atentado, y en pleno Estado de Sitio secuestró y posteriormente acribilló a cuatro militantes de izquierda, tanto del MIR como del PC: "*Cinco fueron los muertos en el atentado al Presidente Augusto Pinochet y muy pronto habrá un quinto muerto, uno por cada escolta asesinado*", indicaron en un comunicado²⁷³.

Desde el año 1986 la oposición centrista, encabezada por la Democracia Cristiana y el sector socialdemócrata del PS, comienzan a hegemonizar el movimiento democrático. En 1988 aceptan participar en el itinerario de transición establecido por la Constitución de 1980. Lo anterior, unido a los fracasos de sus acciones (descubrimiento de arsenales y atentado fallido a Pinochet) llevan al PC a renunciar a la línea militar de la Política de Rebelión Popular. Entre los años 1986-1989 se desarrolla un proceso de involución y creciente fragmentación de los grupos armados antidictatoriales. El MIR se dividió entre aquellos que impulsaban una "línea de masas" que se alejaba cada vez más del accionar militarista (MIR-Nelsón Gutiérrez, conocido como "Renovación" o "Político") y aquellos que insistían en la acentuación de la Guerra Revolucionaria (MIR-Andrés Pascal). En los años posteriores las querellas internas se acentuarían dando origen a subsecuentes subdivisiones que llevaron prácticamente a la desintegración del grupo durante la década de los 90.

El nuevo cambio político del PC repercutió inmediatamente en el FPMR. Se genera una aguda discusión en el seno de la organización, que desemboca en la división. Mientras un grupo decide el abandono de la vía armada y forma el Movimiento Patriótico Manuel Rodríguez, otro se conforma como fracción en 1987: el FPMR-Autónomo. La persecución política se encarnizó en estos últimos, quedando marcada por la *Operación Albania o Matanza de Corpus Christi*, operativo montado por la CNI que culminó en el asesinato de doce personas, entre ellos importantes dirigentes frentistas que participaron en el atentado a Pinochet²⁷⁴. Pero el FPMR continuó su accionar a través de atentados explosivos y hostigamientos hacia los cuarteles policiales y un homicidio de un agente de la CNI²⁷⁵. El 1º de septiembre de 1987 secuestran a un teniente coronel de Ejército, Carlos Carreño, liberándolo en diciembre del mismo año en Brasil. Decían encontrarse en la fase preparatoria de su estrategia: la Guerra Patriótica Nacional (GPN).

²⁷² En el marco de las investigaciones fueron allanadas las oficinas de la Vicaría de la Solidaridad, organismo de derechos humanos dependiente de la Iglesia Católica. Se pretendía acceder a documentos reservados sobre la identidad de militantes del FPMR, y especialmente porque la Vicaría había albergado a uno de los fugitivos que se encontraba herido. Por otra parte el gobierno español se negó a extraditar uno de los participantes en el asalto (G.A.) y prestó su colaboración en la defensa de abogados de derechos humanos que fueron detenidos enviando a dos ilustres penalistas: Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y Luis Arroyo Zapatero.

²⁷³ COLLYER, Patricia - LUQUE, María José. *José Carrasco: Asesinato de un periodista*. Editorial Emisión, (inscrip. 66.179), Santiago de Chile.

²⁷⁴ Tal como indicamos en el Capítulo I, el proceso iniciado en la justicia militar a raíz de estos hechos fue sobreseído en 1995. El 23 de marzo de 1998 la Corte Suprema ordenó su reapertura y encargó la investigación a la justicia ordinaria. Se dictó auto de procesamiento en contra de cinco militares, cuatro oficiales del Ejército y uno de Carabineros, todos ex agentes de la CNI. Sobre la noticia del auto de procesamiento; véase *El País*, 29 de Julio de 1998. p.3.

²⁷⁵ *El Rodriguista*, Núm.64. pp.8-9.

En 1988 el FPMR-A decide desencadenar la GPN mediante el ataque y toma al poblado de Los Queñes, en un intento emulador de la guerrilla rural latinoamericana. En estos hechos mueren los dos dirigentes máximos de la fracción: Raúl Pellegrin F y Cecilia Magni C. El resto de los integrantes lograron eludir el cerco policial y posteriormente fueron detenidos. A mediados de este año, el MIR-Político sufre una escisión y nace el *MIR- Comisión Militar*, que sostiene la viabilidad de la lucha armada. Su única acción relevante fue en este mismo año el homicidio de Julio Benimelli, Director del GOPE de Carabineros. Tras estos acontecimientos se pierde en la clandestinidad. Paralelamente el ML comienza a desarrollar una serie de actos de violencia, dentro del marco de su "Guerra Insurreccional", entre los cuales está la muerte de varios policías. Comienzan a producirse detenciones sistemáticas de sus integrantes, lo que les debilita haciéndoles más vulnerables a la infiltración. En 1989 el "rescate" de uno de sus militantes prisioneros, M.A. Antonioletti, causó cinco funcionarios de prisiones muertos. Antonioletti fue muerto en un presunto enfrentamiento con la policía algunas horas después de su liberación. El 14 de Diciembre de 1989, día de las elecciones, otro policía fue muerto por dos disparos en uno de los locales de votación. El ML se adjudicó el atentado.

¿Qué ocurrió una vez llegado el gobierno de la transición democrática?. La nueva institucionalidad no fue reconocida por estas organizaciones armadas, en su concepto se trata de una "transición pactada" entre la burguesía y los militares, que mantiene en pie los pilares de la dictadura de Pinochet: un sistema económico-social capitalista en beneficio de una minoría y del imperialismo.

El FPMR-A declaraba: *"Los chilenos estamos frente a un proceso de transición de un gobierno militar a uno civil, del cual, éste último es el instrumento principal, y a la vez, su impulsor... la transición se realiza sobre la continuidad del sistema y los principales poderes creados por la dictadura... los rodriguistas no participaremos de la gestión del gobierno... actuaremos fuera del sistema, creando un movimiento social alternativo y combativo... la democracia por la que luchamos exige un cambio en las estructuras económicas, sociales, políticas y militares"*²⁷⁶. El MJL por su parte caracteriza la nueva institucionalidad como un gobierno que da continuidad a los objetivos de la "tríada" (grupos monopólicos, militares e imperialismo) destacando que su política persigue: *"Primero, la opción por un proyecto socialista. Segundo, la realización de ese proyecto vía acción revolucionaria... fundamentalmente apoyados en las expresiones populares juveniles de este país"*²⁷⁷. El MIR indica *"Nada será democrático bajo el amparo de una constitución que marca y reglamenta con fuerza los deberes de los ciudadanos pero protege tímidamente sus derechos"*²⁷⁸.

Poco antes de la asunción del nuevo gobierno el FPMR había dirigido una fuga exitosa de 43 presos políticos de la dictadura desde la Cárcel Pública de Santiago. Paralelamente durante ese año esta misma organización comete dos homicidios de funcionarios policiales, Raúl Fontaine, a quien consideraban responsable del homicidio de los tres profesionales comunistas degollados en 1986, y de un miembro de los Servicios de Inteligencia del Ejército²⁷⁹. Ya en el primer gobierno de la transición democrática (1991), el FPMR-A realiza dos operaciones que causaron expectación. En abril disparó y dio muerte al senador de la UDI, Jaime Guzmán, uno de los redactores de la Constitución de 1980 y en Septiembre de ese mismo año secuestró a Cristián Edwards, hijo del Director del Diario El Mercurio, el más importante periódico capitalino liberándole en febrero de 1992 tras el pago de un rescate. Sus captores fueron detenidos, procesados y condenados por el delito de secuestro terrorista. El ML a su vez en 1989 había comenzado con asaltos menores e inician los primeros "Copamientos

²⁷⁶ *El Rodriguista*, N°64, diciembre de 1993.

²⁷⁷ *"Hablan dirigentes del Lautaro"* en *Rev. Página Abierta*, N°45, 1991, pp.17-20. En 1991, uno de sus dirigentes presos V.G. que enfrenta una condena de cien años de presidio declaró: "¿Qué democracia?, ¿Cuál libertad?. Los asesinos y torturadores son amnistiados mientras que quienes lo combatieron permanecen en la cárcel ¿a esto le llaman Estado de Derecho?". *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997

²⁷⁸ *El rebelde*, Ob. Cit., mayo de 1997. p.1.

²⁷⁹ Sin éxito atentaron contra dos Generales, un ex miembro de la Junta Militar entre ellos (G. Leigh).

Territoriales Armados", acciones en las que participaba todo el complejo partidario y se intentaba liberar por corto espacio de tiempo algunos sectores de una comuna. Este mismo año aumentan los ataques contra funcionarios de carabineros. Tras asumir el gobierno democrático cometen el homicidio del prefecto de la Policía de Investigaciones (H. Sarmiento) y de 11 funcionarios policiales. El MIR dedicó sus esfuerzos hacia acciones de "propaganda armada" en algunos sectores de la capital de manera esporádica.

A partir de 1991, el gobierno de la transición democrática comenzó un lento proceso de reestructuración institucional dictando leyes de reforma a las Leyes Núms. 18.314 (conductas terroristas), 12.097 (Seguridad del Estado) y 17.798 (Control de Armas y explosivos), entre otras, pero manteniendo su carácter de normas de excepción. Y aunque se limitó la competencia de los tribunales militares, ésta se mantuvo para el juzgamiento de civiles en ciertos casos. Asimismo, realizó un proceso de reestructuración policial disolviendo la CNI. Indultó o conmutó las penas por la de extrañamiento a los presos políticos del régimen militar. A partir del nuevo gobierno, todo aquel que continuara con la vía armada ejercería actos de terrorismo.

Las acciones realizadas por el FPMR-A y el ML determinaron en el gobierno la necesidad de combatir "el terrorismo" por cuanto entrababa el proceso democrático. Fue así como comenzó una represión sistemática a estas organizaciones. La mayoría de sus dirigentes fueron detenidos y privados de libertad. Si bien esta represión obligó a los grupos a retroceder y paralizar en cierto modo su estrategia, su debilitamiento tiene una raíz claramente política y que se refiere a su aislamiento en relación a las masas. Por tanto, la violencia de estos grupos, *materialmente* no sobrepasó los cuatro primeros años de transición. De hecho sus acciones disminuyeron considerablemente y debieron enfrentar profundas crisis políticas que ocasionaron divisiones internas en distintas facciones. En el caso del ML a partir de la detención de sus máximos dirigentes en 1994, éste se encuentra desmantelado y la mayoría de sus integrantes están privados de libertad. El FPMR tras las múltiples divisiones experimentadas y el desmantelamiento sufrido en su organización, ha dejado de operar utilizando la lucha armada, pasando a considerarla como una de las tantas formas de lucha, aunque sin abandonarla en teoría²⁸⁰. Salvo una espectacular fuga en 1996 desde la Cárcel de Máxima Seguridad, el FPMR-A, no ha realizado acciones armadas²⁸¹ y tampoco el MJL. Mucho menos el MIR que ya desde 1988 había cesado su accionar como producto de sus múltiples divisiones internas.

Pese a esta disminución "material" de la violencia el gobierno dio curso a lineamientos político criminales de emergencia, no tan solo mediante la legislación de excepción, sino que además en materia penitenciaria. En 1994 fue inaugurada la Cárcel de Alta Seguridad donde se encuentran aún privados de libertad a lo menos una cincuentena de personas²⁸².

Por otra parte, en 1991 tras la disolución de los servicios de inteligencia del régimen militar, el nuevo gobierno creó, en el marco de una política de seguridad ciudadana, el Consejo Coordinador de Seguridad Pública, conocido como la "Oficina de Seguridad" para el resguardo del orden público. Es un organismo encargado principalmente de la elaboración de los planes a

²⁸⁰ Véase Crónica: "*No estamos dispuestos a reiterar errores del pasado*". Entrevista al Comandante Salvador, N°1 del FPMR, Periódico La Tercera, 28 diciembre de 1997.

²⁸¹ El 30 de diciembre de 1996 un grupo de prisioneros pertenecientes al FPMR, condenados a altas penas, y entre los cuales se contaba uno de sus más altos dirigentes, fueron liberados en una operación de gran espectacularidad. Un helicóptero se posó sobre uno de los patios de la cárcel, en donde se encontraban estas personas, procediendo éstas a subir a un canasto blindado que se les arrojara desde el aire. En menos de un minuto, sin que se registraran heridos ni lesionados; lograron escapar. Tres de ellos permanecen en la clandestinidad (M.H.N.; R.P.S.; P.M.H.), y en calidad de refugiado político en Suiza (P.O.M.). A instancias del Ministerio del Interior, se iniciaron las investigaciones llegando a determinarse que el FPMR habría contado con apoyo desde el extranjero. Se determinó la participación de dos miembros o ex miembros del IRA que no han sido capturados. Fuentes: Periódicos chilenos: La Época; Las Últimas Noticias; El Mercurio; La Tercera y La Segunda de 31.12.96; La Segunda 20.01.97; Revista Punto Final, N°386, enero-febrero de 1997; La Tercera, 26.03.97, 05, 06, .09.97; La Epoca, 05,06 de 09.97. Otras fuentes: Revista El Rodriguista, año 13, N° 70, abril-mayo 1997. Doc. de circulación privada; y PALMA SALAMANCA, Ricardo. *El gran rescate. Desflorando el viento*. Colección Septiembre, *Punto Final*, Edit. LOM, Santiago de Chile, 1997.

²⁸² Infra, Cap.III: III.- *La respuesta político criminal al terrorismo: 2.c.- Tratamiento penitenciario especial*.

seguir en el combate contra el terrorismo y la seguridad ciudadana. La participación de estos servicios institucionales fue en un principio, para algunos sectores, la manifestación de una *incipiente guerra sucia contra el terrorismo*. Dos hechos que aún no han sido esclarecidos por la justicia fueron los causantes de este parecer. El primero dice relación con la presunta participación de agentes de la Oficina de Seguridad del Gobierno que propiciaron una supuesta rearticulación del MIR en 1992 para justificar la detención de algunos de sus miembros²⁸³. El segundo dice relación con la confusa muerte de un ex militante del FPMR (Agdalín Valenzuela), ocurrida entre 1994 y 1995 sin que hasta ahora se hayan esclarecido los hechos ni determinado responsabilidad²⁸⁴.

En suma y recapitulando, las organizaciones armadas que nacieron para combatir una dictadura militar - salvo el MIR cuyo nacimiento fue anterior -, una vez llegado el nuevo gobierno deciden continuar con la lucha armada por considerar que la situación estructural de la sociedad en nada cambiaba. Para ellos el sistema continuaba siendo el mismo. Ello les llevó durante los primeros años a caer en una violencia que a los ojos del resto de los sectores políticos y de gran parte de la sociedad chilena carecía de sentido. En este contexto, la mayoría de los militantes de dichas organizaciones fueron detenidos como consecuencia de la aplicación de las políticas de seguridad del gobierno, procesados por legislaciones de excepción de entre las cuales destaca la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, que genera largos procesos y altas condenas.

Parece ser que el proceso de descomposición en los sectores que "formalmente" continúan propugnando la vía armada, ha sido consecuencia de un aislamiento político y social más que de la "eficacia policial". Tal como ocurrió con las BR en Italia, y con la RAF en Alemania. Las numerosas divisiones internas que han sufrido van demostrando que en su seno la vía armada va tomando cada vez menor importancia. Como apuntábamos en el capítulo anterior, en Chile no existe una situación de violencia que permita aseverar la existencia de un "peligro para la estabilidad democrática". Los grupos armados ni siquiera están en condiciones, como ocurre en el caso de ETA, o de SL en el Perú, de "demostrar" al gobierno "que nada puede hacer contra ellos", que en definitiva es lo que caracteriza a quienes se imponen por la violencia frente al aparato estatal. Luego, resulta contradictorio que, ante la existencia de nuevas condiciones políticas - objetivas (sistema democrático) y subjetivas (aceptación popular del nuevo sistema) -, se continúe con criterios políticos criminales que fueron diseñados para la erradicación de una situación de violencia en un determinado contexto histórico, y que actualmente distan mucho de reflejar las nuevas condiciones, al finalizar la década de los noventa y transcurridos dos gobiernos civiles.

4.7. Colombia.

Colombia ha estado marcada históricamente por la violencia política y social, fenómeno que se agudizó entre 1947 y 1953 en que la lucha entre los dos principales partidos políticos (Liberal y Conservador) causó mas de doscientos mil muertos. Ambas organizaciones con el transcurso del tiempo, y especialmente en 1957 a través de una reforma constitucional que estableció un sistema de alternación y paridad entre ellas, han ido institucionalizando un control casi absoluto del sistema político, marginándose de la participación en el poder a otros sectores políticos.

4.7.a. La violencia insurgente.

²⁸³De acuerdo a las investigaciones judiciales, estos agentes habrían contactado a ex militantes de dicho movimiento para reestructurar la organización armada y se procuraron del armamento necesario. Se habría provocado, en opinión del tribunal de primera instancia, una negociación de entrega de armas entre el MIR y una facción del mismo denominado "Pueblo en Armas". Una vez que el armamento se encontraba ya en poder de uno de los militantes, la policía procedió a su detención. *La Época*, 22 enero de 1997. p. 18.

²⁸⁴"*Guerra sucia del gobierno contra el Frente*". en *Suceso Policial*, Año 4, N° 114. pp.5-7

Desde la década de los sesenta se ha hecho notorio un movimiento insurgente, cuyos orígenes pueden en parte explicarse en el contexto de polarización y guerra fría de esa época. En este movimiento insurgente destacan las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)* fundadas en 1966, adscritas a la ideología marxista leninista, que han constituido la mayor fuerza de la guerrilla hasta nuestros días. Posteriormente, recibiendo influencia del PC colombiano, se fundó en 1986 la *Unión Patriótica (UP)*, partido político opositor, después de la negociación entre el gobierno y las *FARC*. Aunque no puede afirmarse la Unión Patriótica sea el brazo político de las *FARC*. En esta primera fase de surgimiento de grupos guerrilleros fueron creados también el *Ejército de Liberación Nacional (ELN)* y el *Ejército Popular (EPL)*. El *ELN* surgió en 1965 con una clara influencia de la Revolución Cubana, adscritos a la ideología marxista leninista. El *EPL* fue creado en 1967 y comparte las ideas del marxismo leninismo. En la segunda fase, luego de las elecciones presidenciales de abril de 1970 y como respuesta a lo que se llamó el “robo electoral”, se fundó el *Movimiento 19 de Abril (M-19)*, también de ideología marxista leninista. En los años 1978 en adelante surgen otros grupos denominados de “La Segunda Generación”²⁸⁵. La característica principal de estos grupos adscritos a la ideología marxista leninista es que comparten la tesis denominada “*foco insurreccional*”, negando la necesidad del Partido Único del Proletariado como elemento fundamental para llevar a cabo un proceso de lucha armada, a diferencia de otros movimientos guerrilleros, como por ejemplo *SL* en Perú, o el *PC* de Filipinas.

Para enfrentar a todo este movimiento insurgente, el Estado incorporó a sus actividades de contrainsurgencia grupos de civiles armados (paramilitares) que con el tiempo se convirtieron en un verdadero factor de perturbación del orden público. Se han caracterizado por su violación sistemática a los derechos y garantías fundamentales de las personas, no solo de los rebeldes sino también de civiles. Los llamados “escuadrones de la muerte” fueron responsables de más de mil asesinatos políticos en 1987 y desde esa época hasta ahora el paramilitarismo no ha dejado de actuar indiscriminadamente. Entre ellos podemos mencionar las *Autodefensas Unidas de Colombia*. También desarrollan este tipo de violencia - aunque menor en comparación a la indiscriminada de las primeras- los “*Grupos de Acción Unificada para la libertad de las personas*” (*GAULA*) cuyos actores son miembros del ejército y de la policía especializados en los delitos de secuestro y extorsión, y que llevan a cabo sus actuaciones al momento de efectuar detenciones, legales o ilegales

En la década de los años 70 irrumpió el fenómeno del narcotráfico que, al proyectarse en amplios sectores de la sociedad colombiana, dio lugar a nuevas formas de criminalidad y corrupción. Sin embargo, el hecho de presentar a los narcotraficantes como los principales agentes de la violencia política ha logrado desviar la atención de la violencia oficial y a la vez a una importante ayuda internacional económica y técnica (armamento) para las fuerzas de seguridad²⁸⁶. En opinión de SOTOMAYOR llama la atención las dimensiones que ha alcanzado la violencia - en general -, en este país dado que su origen no puede atribuirse a causas exclusivamente económicas ni a la existencia de un gobierno dictatorial o a la ausencia de canales democráticos pues la democracia en el mismo ha sido considerada una de las más estables de Latinoamérica “con una tradición de gobiernos civiles elegidos democráticamente que en el presente siglo se han visto interrumpida brevemente por una dictadura militar en los años cincuenta”²⁸⁷. A ello podemos agregar que ha existido una tendencia a evitar el esclarecimiento de la auténtica naturaleza de la violencia política en Colombia, atribuyéndola

²⁸⁵ KAI AMBOS. 1989. p.37.

²⁸⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción*. EDAI, Madrid, 1994 a). p.49; AMERICAS WATCH. *La “guerra” contra las drogas en Colombia. La olvidada tragedia de la violencia política*. Bogotá, CEI de la Universidad de los Andes e IEPRI de la Universidad Nacional. 1990. pp.11 y ss.

²⁸⁷SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Orberto. “*Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales. Paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia*” en JpD, Núm. 24, noviembre de 1995. p.89.

por regla general a la guerrilla y al narcotráfico, cuestión ésta que ha sido desmentida por organismos de derechos humanos²⁸⁸.

Durante el gobierno del Presidente liberal, Turbay Ayala (1978-1982), que otorgó amplia libertad a las fuerzas armadas para combatir la subversión, se produjo un acontecimiento cuya espectacularidad conmocionó a la opinión pública: la toma de la embajada de la República Dominicana a manos del *M-19*, toma que fue reprimida violentamente. El país se encontraba al borde de una confrontación generalizada. Belisario Betancourt (1982-1986) para hacer frente a esta situación inició un proceso de pacificación mediante la creación de la "Comisión de Paz", integrada por personalidades públicas, con el fin de lograr acuerdos con los grupos guerrilleros. Las Fuerzas Armadas se negaron a participar en estas negociaciones argumentando que esto implicaría un fortalecimiento de la guerrilla. Estas negociaciones culminaron con un acuerdo en 1984 entre el gobierno y tres de los más importantes movimientos insurgentes, las *FARC*, el *M-19* y el *ELN*. No obstante, la Toma del Palacio de Justicia en Bogotá (Noviembre de 1986) puso fin a la pacificación y al alto al fuego entre el gobierno y el *M-19*. No puede sostenerse que la paz haya terminado por la sola actuación de un grupo guerrillero, participación importante tuvieron en el quiebre de las negociaciones las Fuerzas Armadas opuestas a ella.

El gobierno de Virgilio Barco (1986-1990) se enfrentó a una "guerra sucia" entre las fuerzas armadas y la guerrilla, y reaccionó afirmando la necesidad de un diálogo, propuesta que fue desechada por la guerrilla por exigírseles como condición la deposición de las armas antes de negociar. Durante el mandato de Gaviria Trujillo (1990-1994) se intentaron nuevas negociaciones de paz con los grupos guerrilleros dándoles un reconocimiento político al instarles a participar en un plebiscito destinado a modificar la Constitución de 1886, plebiscito que se llevó a cabo el 27 de mayo de 1990. Fue así como el *M-19* se integró a la vida política de Colombia, a través del *Movimiento Alianza Democrática M-19* concretando la entrega de armas que hizo al gobierno en el mes de marzo de 1990²⁸⁹.

El 5 de Julio de 1991 se clausuró la Asamblea Constituyente entregándose una nueva Constitución la que introdujo múltiples reformas. Gaviria Trujillo pronunció un discurso en aquella oportunidad en el que instaba a los grupos revolucionarios a deponer las armas, insistiendo en que bajo la nueva Constitución no había ningún espacio para la violencia política ya que "las consignas otrora revolucionarias están recogidas en la constitución a propuesta del gobierno". Pese a este discurso pacifista e integrador que inspiró la nueva institucionalidad, la violencia continúa azotando a Colombia, especialmente por parte de grupos paramilitares quienes no han estado de acuerdo en las negociaciones de paz que llevan a cabo el gobierno y los guerrilleros. Por otra parte, ha resultado contradictorio con este discurso las nuevas herramientas con que fue dotada la organización política del país para la represión de la violencia, como la Fiscalía General de la Nación que en palabras del jefe de gobierno serviría "para coordinar e impulsar la acción del Estado contra la delincuencia" y sería "la abanderada de la lucha contra la impunidad, capaz de afrontar poderosas organizaciones criminales". Asimismo se estableció la Procuraduría General y se amplían las facultades a la Contraloría Nacional para "defender el patrimonio del Estado, velar por la eficiencia de las entidades públicas y sancionar de manera ejemplar la corrupción"²⁹⁰.

4.7.b. La violencia paramilitar.

No es nuestro deseo soslayar un tema que parece causar un escozor general: la violencia política que al interior de un sistema democrático desempeña el Estado a través de la actuación

²⁸⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 1994 a) y *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*. EDAI, Madrid, 1994 b).

²⁸⁹ "El Colombiano" N°30, Julio de 1991. p.8.

²⁹⁰ "El Colombiano" N°30, Julio de 1991. Parte del discurso pronunciado por Cesar Gaviria, presidente colombiano con motivo del anuncio de la nueva Constitución.

de grupos que "oficialmente" carecen de un nexo estatal reconocido. La violencia *paraestatal colombiana* ha sido precisamente la que ha cobrado mayor fuerza en los últimos años. Veamos pues de qué manera han operado los paramilitares, cuales son sus parámetros y objetivos. Siguiendo la clasificación que propone SOTOMAYOR podemos anotar que existen en Colombia *grupos paramilitares* y *parapoliciales* o *milicias populares*. Los primeros son los que han sembrado el terror en las zonas rurales de Colombia, y los segundos en las ciudades²⁹¹.

Podríamos conceptualizar los *grupos paramilitares* como "unidades ofensivas diseñadas para identificar y eliminar la oposición una amenaza contra intereses creados. Inicialmente organizadas por terratenientes y luego por narcotraficantes, operan como ejércitos privados de sus patrocinadores... reciben su nombre por la colaboración directa - a manera de participación activa -, o indirecta - por simple complicidad -, de las fuerzas gubernamentales"²⁹². Dos son al menos los motivos que determinaron su surgimiento: por una parte, la debilidad estructural del Estado colombiano traducida en su incapacidad para hacer frente institucionalmente a la violencia generalizada y por la otra, la política contrainsurgente.²⁹³ Quizás ésta última sea el elemento clave para afirmar que los paramilitares desde su nacimiento han sido coordinados por el ejército colombiano, para la realización de una "contra guerrilla".

Al nacer como grupos destinados a la defensa del Estado frente a la violencia guerrillera, *autodefensas campesinas*, fueron amparados legalmente a través del Estatuto Orgánico de Defensa Nacional (DL 3398 y Ley 48 de 1968). Se trataba de grupos privados de civiles armados por el gobierno cuyo objeto era defenderse de la guerrilla izquierdista, pero a través del tiempo se han convertido en ejércitos privados cuyo accionar obedece a la ofensiva más que a la defensiva, y que cuentan con el apoyo de las Fuerzas Armadas²⁹⁴.

El paramilitarismo alcanzó su auge en 1980 realizando acciones por parte de sus grupos privados de civiles. Esto permitió que el Estado cubriera su responsabilidad frente a las violaciones de derechos humanos ya que no eran realizadas por "sus agentes". Solo en 1989 fueron prohibidos legalmente (Decretos 813, 814, 815 y 1194 de 1989). "Los grupos paramilitares han logrado integrarse a lo que constituye la característica del régimen político colombiano, cual es *la combinación necesaria entre un cascarón democrático con fórmulas altamente represivas de control social y político*. Antes, directamente a través de las Fuerzas Armadas con un soporte institucional llamado Estado de sitio. Ahora, a través del apoyo y encubrimiento de grupos armados que hacen el trabajo del ejército sin que orgánicamente estén vinculados a él." ²⁹⁵

Los grupos parapoliciales o "milicias populares" se definen a sí mismas como "patrullas de civiles armados cuyo objetivo es proteger a los habitantes de los barrios marginales de los abusos de las bandas organizadas de jóvenes y de las fuerzas de seguridad". AMNISTÍA INTERNACIONAL ha indicado que ellas: "han perpetrado homicidios, a la manera de ejecuciones, de personas consideradas peligrosas para los residentes. Algunas milicias populares actúan abiertamente en los barrios marginales, donde cuentan con el apoyo local. En otras zonas operan clandestinamente"²⁹⁶. Su razón de ser estribaría en el auge de la guerrilla urbana tras las negociaciones del gobierno de Betancourt, los disidentes de grupos guerrilleros que pasaron a integrar sus filas y su antecesor inmediato: las autodefensas. Las milicias populares no son sino "nuevos actores en el amplio escenario de la violencia en Colombia... actores claramente

²⁹¹ SOTOMAYOR. 1995. p.90.

²⁹² AMERICAS WATCH. 1990. p.21.

²⁹³ SOTOMAYOR. 1995. pp. 91-92; REYES POSADA, Alejandro. "*Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias*" en *Análisis Político*, Núm. 12. Bogotá IEPRI de la Universidad Nacional, 1991. p.37.

²⁹⁴ AMERICAS WATCH. 1990. pp.23-29.

²⁹⁵ SOTOMAYOR. 1995. p.93; PALACIO, German y ROJAS, Fernando. "*Empresarios de la cocaína, parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano (narcotráfico y contrainsurgencia en Colombia)*" en German Palacio (Comp.). *La irrupción del paraestado* (ensayos sobre la crisis colombiana). ILSA-CEREC, Bogotá, 1991. p.86.

²⁹⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 1994 b). pp. 62-63.

funcionales a las necesidades represivas del Estado actual."²⁹⁷ Nacen ante la incapacidad del Estado de reprimir *legítimamente* la violencia. Con el fin de no continuarse mermando el cascarón democrático, a partir de 1994, las milicias populares han pasado a convertirse legalmente en organismos de vigilancia privada, las llamadas *cooperativas de seguridad*.

En conclusión a lo expuesto y como afirman SOTOMAYOR y PALACIO ROJAS²⁹⁸: la desinstitucionalización en Colombia ha dado paso a la parainstitucionalización. Parece ser que el proceso de institucionalización del Estado colombiano gira en reversa, cada vez más hacia el autoritarismo.

4.8. *Perú.*

La violencia política de grupos armados izquierdistas se remonta a mediados de los años 60. Entre los años 1965 y 1968 emergen diversos focos guerrilleros en la zona andina y en la selva amazónica, dirigidos por varios grupos revolucionarios, como el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR). El más importante y masivo movimiento armado de esa década se desarrolla en el valle de La Convención (Cuzco), con las milicias campesinas encabezadas por el trotskista Hugo Blanco. Todas estas expresiones de violencia, que son duramente aplastadas y exterminadas por el Ejército, dan cuenta del estado de efervescencia y polarización social que vivía la atrasada sociedad peruana. Es en este contexto en que se produce el Golpe de Estado que instaló en 1968 al general Velasco Alvarado, y dio origen a un gobierno militar que junto con perseguir a las organizaciones populares y de izquierda, llevó adelante un importante programa de reformas tendientes a modernizar las estructuras socio-económicas del país.

La violencia armada resurge quince años después, con la emergencia en 1980 del hasta entonces desconocido *Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL)*, y en 1984 con el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA)*. Ambos desarrollaron una guerra de guerrillas contra el aparato estatal, que afectó seriamente la estabilidad económica e institucional y en la cual se vulneraron de manera grave los derechos humanos, con un resultado de miles de muertes, torturas, desapariciones de personas y millones de desplazados internos.

4.8.a. El *Partido Comunista del Perú (PCP)*, fue fundado en 1928 por el destacado intelectual José Carlos Mariategui. En 1963 el *PCP*, en el marco del conflicto chino-soviético, se dividió en un ala pro-soviética y una maoísta. Esta última fracción, que fue conocida como *PCP-Bandera Roja*, si bien planteaba el camino de la lucha armada en la forma de guerra popular campesina, fue hostil al movimiento guerrillero surgido en esos años, al cual acusaba de "revisionista trosquista y castro-guevarista" y de estar al "servicio del socialimperialismo ruso". En 1971 el Comité Regional Ayacucho encabezado por el profesor universitario Abimael Guzmán, se separa del *PCP-Bandera Roja*. Este grupo, que pasa a ser conocido como *PCP por el sendero luminoso de Mariategui (PCP-SL)*, se plantea como principal tarea la reorganización del Partido para ponerlo en condiciones de llevar adelante *la estrategia de guerra popular*. En la década del 70 el *PCP-SL*, centra su actividad en la región de Ayacucho²⁹⁹, encabezando importantes luchas regionales contra la dictadura militar, y llegando a hegemonizar el *Frente de Defensa del Pueblo de Ayacucho*, que aglutinó a organizaciones de estudiantes, profesores, comerciantes, campesinos y otros sectores sociales. En la segunda mitad de la década el *PCP-SL* acelera su proceso de reorganización política-ideológica y de preparación de la lucha armada, enviando a sus militantes a lejanas zonas de la sierra andina con el objetivo de organizar políticamente a las comunidades campesinas.

²⁹⁷ SOTO MAYOR. 1995. p.95.

²⁹⁸ SOTOMAYOR 1995. pp.96-98; PALACIO ROJAS. 1991. pp.69 y ss.

²⁹⁹ Principalmente en la Universidad de San Cristobal de Huamanga, a través de organizaciones de masas, como el *Frente de Estudiantes Revolucionarios (FER)* o el *Movimiento Clasista Barrial (MCB)*.

Mientras el país vivía un convulsionado proceso de transición desde el régimen militar a uno de carácter civil, con un llamado a elecciones generales para 1980 que es acogido favorablemente por todas las fuerzas políticas, incluso las de extrema izquierda, el *PCP-SL* llama a las masas al boicot electoral y a las acciones armadas. Es así como el 17 de Mayo de 1980, día de las elecciones, en la pequeña aldea de Chuschi, militantes del *Ejército Guerrillero Popular (EGP)*, dirigido por el *PCP-SL*, queman las urnas y las papeletas de votos. Desde entonces el *EGP* desarrolló un ascendente y cada vez mas fuerte accionar militar.

El *PCP-SL* se plantea como objetivo político la conquista del poder, mediante la estrategia militar de guerra popular, que de acuerdo a la realidad peruana toma la modalidad de guerra campesina cuya finalidad es “cercar las ciudades desde el campo”. En la guerra popular la fuerza principal es el campesinado pobre y el proletariado la clase dirigente, organizada éste en su partido, el Partido Comunista³⁰⁰. Como se señala en diversos documentos políticos: “*El PCP está llevando a cabo una Revolución de Nueva Democracia: el camino a la liberación trazado por Mao Tse Tung para los países oprimidos. Esta revolución apunta a tumbar las tres montañas: Estados Unidos y otras grandes potencias que dominan a Perú, los terratenientes y los capitalistas burocráticos. Es una revolución que se propone romper el yugo imperialista que oprime a Perú y abrir las puertas al socialismo*”³⁰¹. Y añade “... la violencia revolucionaria o revolución violenta es la única forma de conquistar el poder y transformar el mundo”. Basado en ello justifica los cientos de víctimas que han dejado como resultado sus acciones militares³⁰².

Es en los años 1991-92, momento más alto en el desarrollo de la guerrilla maoísta, que ésta aparece como una amenaza grave para la existencia misma del Estado peruano, llegando la influencia del *PCP-SL* a hacerse sentir en alrededor del 70% del país. La crítica situación lleva al entonces elegido presidente Alberto Fujimori a dar un autogolpe de estado, con el apoyo de las Fuerzas Armadas y del gobierno norteamericano, que reestructura todas las instituciones políticas para ponerlas al servicio de la liquidación del peligro que representa el *PCP-SL*. Se produce un recrudecimiento de la represión en todos los planos contra este partido, que se traduce en asaltos militares contra las comunidades campesinas y las barriadas periféricas, con el resultado de numerosas masacres y asesinatos y miles de desplazados, torturados y detenidos. Es en este marco que en agosto de 1992 se produce el golpe más importante contra el *PCP-SL*, con la detención de sus principales dirigentes, entre ellos su líder Abimael Guzmán, conocido por sus partidarios como *Presidente Gonzalo*. Esta acción, realizada por la DINCOTE con el apoyo de la CIA estadounidense, marca el comienzo de la declinación de la lucha armada dirigida esta organización maoísta. En los años siguientes, y en una situación de repliegue

³⁰⁰ Esta estrategia militar se basa en las tres etapas de la *Guerra Popular Prolongada* elaborada por Mao Tse Tung: defensiva estratégica, equilibrio estratégico y ofensiva estratégica. Siguiendo su lineamiento y conforme lo expresan sus documentos oficiales, puede anotarse que: La *primera etapa* opta por la realización de acciones de propaganda y agitación armadas en aumento progresivo hasta llegar a formar comités populares y bases de apoyo disputándole al Poder los territorios las que se consolidarán a través de vastas campañas de cerco y aniquilamiento para crear “territorios liberados” en donde instaurarán “gobiernos provisionales”. En la *segunda etapa* estas operaciones militares continuarán hasta la consolidación de los gobiernos provisionales ejerciendo de facto un “nuevo poder”, para finalmente (*tercera etapa*) derrocar al régimen imperante a través de operaciones militares unificadas de mayor envergadura, y la creación de un nuevo gobierno “al servicio de la clase proletaria”. Análisis posteriores de la política de SL han sostenido que ha abandonado el campo como centro principal de sus operaciones y privilegia el trabajo urbano, llegando a una nueva etapa de “insurgencia en la ciudad” antesala al derrocamiento del sistema imperante. GONZÁLEZ, R. “*Informes sobre Sendero Luminoso y Tupac Amaru*”. Informativo “*Que Hacer*” N°36, Desco, Lima, 1988. pp. 40 y ss. También lo manifiesta así el *PCP*. “*Superar el recodo desarrollando la guerra popular*”. Sept. de 1995. *Documentos del CARP*, de Septiembre de 1997: http://www.csrp.org/espanol/e_overcome.htm. Más ampliamente sobre la guerrilla maoísta; véase: BLAS, J.A. “*Aún quedan banderas rojas*” en *Rev. Abaco*, Núm. 4, 1994. pp.39-46.

³⁰¹ Documento del *PCP*, publicado en “*Obrero Revolucionario*”, N° 907, 18 de mayo de 1997 y N° 893 de 9 febrero de 1997. En 1986 se pronunció en idéntica forma en el documento titulado “*Desarrollar la guerra popular sirviendo a la revolución mundial*”. *Rev. “Un Mundo que ganar*”, N° 8, 1987. En igual sentido *II Pleno del Comité Central del PCP de 1991*, en “*Un mundo que ganar*” N° 20, 1995.

³⁰² Así por ejemplo, entre marzo y Septiembre de 1996 la guerrilla del *PCP-SL* causó 56 muertos, todos miembros de la policía, el Ejército, representantes del gobierno, o delatores. “*Acciones Armadas en Perú*”, en *El Diario* (órgano oficial del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso) reproducido parcialmente en *Rev. “Obrero Revolucionario*”, N° 907, 18 de Mayo de 1997.

generalizado de sus acciones militares, el *PCP-SL* sufre una grave fractura interna. Surge al interior del partido *un sector*, encabezado por altos dirigentes encarcelados en el Penal de Yanamayo, *que llama a deponer las armas*, concluir la lucha armada y firmar un acuerdo de paz con el gobierno. El Comité Central, dirigido por Luis Ramírez Durand (*camarada Feliciano*), junto con oponerse tenazmente a esta idea y considerando que quienes la sustentaban conformaban una "línea oportunista de derecha", ha llamado a persistir en la guerra popular mientras no logre su objetivo final: la toma del poder³⁰³. Las acciones guerrilleras persisten todavía en la región del Alto Huallaga, en Ayacucho y en la selva amazónica.

4.8.b. A pocos años de haber iniciado sus acciones el *PCP-SL*, surge un nuevo grupo guerrillero, el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA)*. Tanto la estructura orgánica como la estrategia política del *MRTA* recuerdan más a las clásicas guerrillas latinoamericanas, y aunque su ideología se adscriba al marxismo, su accionar y objetivos son radicalmente distintos a los del *PCP-SL*. Como ellos abiertamente lo resaltan: "Dadas sus concepciones y tácticas y dado el desarrollo de nuestro proyecto, debemos presentar al país una imagen diferenciada del senderismo... con una propuesta política amplia y una vocación unitaria respecto al conjunto de fuerzas del campo popular"³⁰⁴. Esta voluntad a priori de negociación con otras fuerzas políticas ha motivado las críticas por parte del *PCP-SL* quienes consideran al *MRTA* un movimiento revisionista, tal como a otros movimientos guerrilleros latinoamericanos (*FMLN* en El Salvador, *FSLN* en Nicaragua, *M-19* en Colombia, etc.)³⁰⁵. Así es como la violencia política que desarrolla el *MRTA* no ha alcanzado las mismas dimensiones de la de *PCP-SL*, la cantidad de víctimas que ha causado el primero desde sus inicios ha sido considerablemente menor y las propuestas de acuerdos de paz para con el gobierno peruano han sido constantes.

Las condiciones para el *MRTA* cambiaron en 1997, año en que un grupo de 14 tupacamaristas decidieron irrumpir en la residencia del embajador japonés en Lima. El 22 de abril de ese año el gobierno peruano, sin mayor consideración, aniquiló brutalmente a 7 de ellos, en una ejecución extrajudicial, dejando al resto heridos, violando flagrantemente normas internacionales de Derechos Humanos. "La crisis de la Embajada" como se llamó a esta masacre, unida a la situación infrahumana en la que actualmente se encuentran los tupacamaristas encarcelados (y todos los prisioneros por delitos de terrorismo), situación esta que ha sido ampliamente denunciada por Amnistía Internacional y reconocida por la CIDH, han reconducido a un viraje en su estrategia y las condiciones para un acuerdo de paz se hacen cada vez más difíciles³⁰⁶.

4.8.c. Las guerrillas del *PCP-SL* realizaron entre 1980 y 1982 más de 1300 acciones armadas, consolidando su primera etapa de guerra popular prolongada, con golpes más específicos y más encausados hacia autoridades políticas y las fuerzas policiales y paramilitares. El gobierno fue vacilante, pasando de una inicial incredulidad y baja de perfil del fenómeno guerrillero a una creciente preocupación. El primer estado de emergencia para cinco provincias del departamento de Ayacucho se decretó en Octubre de 1981, donde se limitaron los derechos constitucionales, y el ejercicio del poder político y militar pasaba a las Fuerzas Armadas a través de los Comandos Político-Militares. Estos estados de emergencia llegaron a abarcar cerca del 80% del territorio peruano. Fue en 1982, con la incorporación plena a la lucha contrainsurgente del Ejército y la Marina de Guerra, cuando la política gubernamental, con la masificación de la tortura y de las ejecuciones extrajudiciales, adquiere la dimensión de un verdadero terrorismo de Estado.

El gobierno para hacer frente a los grupos guerrilleros incrementó su política represiva, no solo a nivel legislativo³⁰⁷, sino principalmente en el plano policial y militar. Las Fuerzas

³⁰³ "Obrero Revolucionario" N° 907, 18 mayo de 1997. Ramírez fue detenido por fuerzas policiales en el año 1999.

³⁰⁴ KAI AMBOS, 1989. p.35.

³⁰⁵ Una dura crítica realiza en "El Diario internacional", N°40, Julio de 1997. Revista de apoyo del *PCP*.

³⁰⁶ CIDH. 1996. pp.767 y ss.

³⁰⁷ Infra Cap.IV, 2. La legislación comparada en América Latina.

Armadas han respondido con masacres que aparecen justificadas ante la opinión internacional como "un combate justo frente al terrorismo". Un ejemplo de la política seguida por los gobiernos civiles lo constituye el asesinato a manos de fuerzas militares, en junio de 1986, de más de 350 presos *senderistas* en un motín en las cárceles de Canto Grande y Lurigancho. Otra característica de la política oficial es la incorporación de civiles a labores de lucha antiguerrillera, con la conformación de las *Rondas Campesinas*, que bajo la dirección de los comandos político-militares, conforman verdaderas organizaciones paramilitares. La consecuencia más nefasta de este accionar es la confusión en torno a la identidad de los responsables de las víctimas, que día a día trae como resultado este combate encarnizado. La mayoría de las muertes que se producen se atribuyen al *PCP-SL*, en circunstancias que la realidad indica que gran parte de estos delitos son cometidos por policías, soldados o *ronderos*. A esta manipulación informativa contribuyen los medios de comunicación como poderoso instrumento de influencia sobre la opinión pública. Esta situación ha sido denunciada por numerosos organismos de derechos humanos peruanos y latinoamericanos. Cabe destacar los informes de la CIDH.³⁰⁸

En abril de 1992, se denunció públicamente la existencia de un "*Escuadrón de la muerte*" organizado por el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) de Perú denominado *Grupo Colina* encargado de capturar y ejecutar a personas que figuraban en una lista pre establecida de presuntos terroristas. Conforme a lo que declaró un general de Ejército, los miembros del *Grupo Colina* habían sido responsables de la detención ilegal y posterior ejecución extrajudicial de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad de La Cantuta (Julio de 1992), así como de la matanza de "Barrios Altos" (Noviembre de 1991), de los cuales se había culpado al *PCP-SL*³⁰⁹. Cosa similar ocurrió tratándose de otros asesinatos que fueron atribuidos al mismo grupo, como el de los líderes sindicales Pedro Huillca cuya muerte causó gran impacto internacional y Saúl Cantoral, quienes habrían sido asesinados por el *Grupo Colina*, bajo las órdenes superiores de la DINCOTE³¹⁰.

4.8.d. Desde mayo de 1980 hasta la actualidad el terrorismo tanto de los grupos guerrilleros como de Estado han arrojado más de 14.000 víctimas. En su informe de 1996 la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (p.54) dio cifras alarmantes³¹¹. De acuerdo a lo que indicó el Gobierno de Fujimori, la captura de los líderes de los movimientos guerrilleros, Abimael Guzmán y Víctor Polay (*MRTA*) en 1992 produjo una disminución importante en las denuncias por violación a los derechos humanos³¹². Tras la caída de sus líderes, el *PCP-SL* y el *MRTA* han seguido accionando, aunque con mucho menos fuerza que antes.

El 9 de abril de 1995 se efectuaron elecciones generales para elegir mandatario y el congreso. Fujimori fue reelecto para un período de cinco años con el 65% de los votos y el partido de gobierno obtuvo 67 escaños en el Congreso unicameral y los 12 partidos de oposición obtuvieron los 53 escaños restantes. Transcurridos los cinco años de este mandato, y en el 2000, Fujimori intenta nuevamente perpetuarse en el poder, siendo "reelecto" en un proceso electoral de dudosa fiabilidad. Gracias a la presión internacional, y al escándalo que provocó la corrupción a que se llegó bajo su gobierno, la oscura maniobra no surtió efecto y Fujimori fue destituido, asumiendo un gobierno interino de transición, al mando de Valentín Paniagua, y que duró hasta las nuevas elecciones presidenciales (primer semestre de 2001), en las que asume como Presidente Alejandro Toledo. Los delitos de corrupción que se han producido bajo el gobierno de Fujimori, habrían tenido por responsable a V. Montecinos, ex asesor de los servicios secretos de inteligencia peruanos, han sido la preocupación principal del nuevo

³⁰⁸ CIDH. 1996 pp.774-776.

³⁰⁹ CIDH, 1996, p.775.

³¹⁰ "*Resumen Latinoamericano*" Europa, N° 34, Marzo/Abril, 1998. p.4.

³¹¹ Se registraron un total de 292 muertes por violencia política en el año, de los cuales el *PCP-SL* fue responsable de 123 y el *MRTA* de 3; 131 corresponden a enfrentamientos armados entre grupos guerrilleros y las fuerzas de seguridad, solo nueve muertes fueron atribuidas y reconocidas por estas últimas.

³¹² CIDH, 1996, p.767.

gobierno, habiéndose avanzado en ello desde que Fujimori, aún protegido por la embajada de Japón, fue extraditado a Perú para enfrentar los juicios.

III. EL DELITO POLÍTICO

La multiplicidad de formas y objetivos de la violencia política en la historia de cada uno de los países examinados, exige determinar la noción de delito político, a objeto de establecer cuándo esta violencia se transforma en terrorismo³¹³. Como indica PISAPIA: "La historia del terrorismo, en cuanto noción jurídica particular, se encuentra estrechamente ligada a la historia del crimen político"³¹⁴. Pero el crimen político es a la vez una figura de contornos difusos generalmente delimitados en base a criterios discrecionales y relativos. La valoración de una conducta como un delito político implica una decisión de carácter político, de donde surge la imperiosa necesidad de situarnos en el contexto histórico en el que un hecho de esta naturaleza tiene lugar.

1. Evolución histórica del delito político y aproximación conceptual

Siguiendo con las anteriores reflexiones debemos subrayar que el delito de terrorismo históricamente fue considerado un delito político. Sólo en 1934, cuando el Tribunal de Turín negó la extradición de los instigadores y cómplices del atentado de Marsella, se produce la internacionalización del terrorismo y comienzan los intentos por clarificar su concepto, separándolo del delito político. Pero hasta ahora, no ha existido una uniformidad de criterios en torno a este último. Hugo Groccio decía que el delincuente político era todo aquel que perturba la paz del Estado, y PLATÓN afirmó que el delincuente político era "aquel que trata de trastornar el poder, el que procura sustituir al rigor de las leyes el arbitrio del hombre; el que intenta sojuzgar a la patria con facciones, y oponiendo la fuerza a las leyes, llena la ciudad de sediciosos y rebeldes, es el mayor enemigo de toda la sociedad"³¹⁵.

La delincuencia política, entendida primero como ataque al jefe de gobierno y más tarde como ataque a la organización del Estado, se ha manifestado de diversas formas a lo largo de la historia, pero no es sino con el advenimiento del helenismo, que se visualiza la infracción política tradicional, se le da un tratamiento punitivo riguroso y a la vez se manifiesta su carácter extremadamente relativo. Este carácter relativo se manifestó posteriormente en el siglo XVIII, siendo Provo KLUTT³¹⁶ quien introdujo la noción y denominación de delito político, en aras a lograr un tratamiento más favorable a este tipo de delincuencia. Si bien las legislaciones atingentes han sufrido cambios constantes, el concepto mismo de delito político, en cuanto a su asentamiento en la historia, se ha caracterizado por una tolerancia evidente. Por esta razón, puede afirmarse, como señala CARRARA, que la historia del delito político es más política que jurídica, ya que esta infracción, "no viene a definirse por verdades filosóficas, sino más bien por el predominio de los partidos y de las fuerzas, por la suerte de una batalla"³¹⁷. Y más contemporáneamente MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: "el delito político es, sobre todo y valga la redundancia, un concepto político, cuya aplicación por los Estados depende obviamente, de las propias características del régimen que los gobierne"³¹⁸.

³¹³"La idea de terrorismo- dice BUENO ARÚS- está necesariamente unida a la de delito político, aunque sea paradójicamente para rechazar sus consecuencias". BUENO ARÚS, F. "*Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*" en *Terrorismo internacional*, dir. por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp. 113-150, esp. p.117.

³¹⁴ PISAPIA. 1975. II. p.264.

³¹⁵ PLATÓN. *Las Leyes*. Trad. de Samaranch. Libro IX, "*Obras Completas*"; (Ed.) de M. Araujo y otros, Aguilar, 2ª ed. Madrid, 1981, p.1433. Cit. por LAMARCA, Carmen. 1985. p.49.

³¹⁶ KLUTT, P. *De deditone profugorum*, Leyden, 1829. Cit. por JIMÉNEZ DE ASÚA, 1963, T.III, pp.186-187.

³¹⁷ CARRARA, Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Tomo VII. Trad. de la 11ª ed. italiana, Buenos Aires, 1948. p.512.

³¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996. p.177.

Retornemos un poco atrás en la historia para comprender el origen de esta figura. En el Derecho Romano se consideraba como infracción contra el Estado, toda aquella acción que revistiera los caracteres de una traición a la patria, siendo éste, el más genérico de los delitos que podían cometerse; y se consideraba traición no sólo el ataque a la seguridad externa del Estado, sino también a todo complot dirigido contra la organización política del mismo. Así eran consideradas traición tanto *el perduellio*, traición a la patria propiamente tal y cuyo rasgo característico era su ánimo particularmente hostil contra la República; y por otra parte, *el crimen majestatis* que se refería más bien a los atentados contra la familia imperial, y se estimaba un sacrilegio³¹⁹. En la Edad Media³²⁰, la gran cantidad de conflictos "internacionales", llevaron a los señores feudales a proteger la posesión de sus tierras, asegurando el predominio interno, para de esta manera poder defenderse. En este marco se sitúan los atentados contra la seguridad del Estado, los que eran reprimidos con extrema severidad. España no fue excepción, y ya en las VII Partidas, establece 14 clases de traición, asimilables a la *lesae maiestatis crimen* (crimen en contra de la persona del rey, o atentado contra el Estado)³²¹.

Durante el período de la monarquía absoluta, fueron pavorosos los excesos cometidos en nombre del rey. Torturas y tormentos, incluso en el mismo siglo XVIII se aplicaron con especial dedicación³²². HOBBS indicaba que: "Los crímenes son tanto mayores cuanto mayor sea el escándalo a ellos aparejado. También los actos de hostilidad contra el estado actual de la República, son crímenes mayores que esos mismos actos perpetrados contra hombres particulares. Porque el daño se extiende a todos. De esta índole son... Crímenes que los latinos llamaban *crimina laesas majestatis*, consistentes en un propósito contrario a una ley fundamental" (Leviatán, capítulo XXVII).

MONTESQUIEU (1748), es quien va a determinar las numerosas conductas constitutivas del *crimen de lesa majestad* en el antiguo régimen, destacando que: "es abuso violento el dar nombre de crimen de lesa majestad a un acto que no lo es. *Basta con que el delito de lesa majestad sea impreciso para que el gobierno degenerare en despotismo*"³²³. BECCARIA, el más ardiente defensor de la evolución legislativa tendiente a un trato más benigno del delito político indicó en 1764 que "Solo la tiranía y la ignorancia, que confunden los vocablos y las ideas más claras, pueden dar este nombre (de lesa majestad) y por consecuencia, la pena mayor a delitos de diferente naturaleza y hacer así a los hombres, como en otras infinitas ocasiones, víctimas de una palabra"³²⁴.

El pensamiento ilustrado, y especialmente la obra de BECCARIA, influyen en las nuevas legislaciones. Ya en 1786 el crimen de lesa majestad es abolido, y surge la nueva noción del delito político, transformado en un acto carente de ilicitud, en razón del móvil o finalidad perseguido por el agente. Se abolió asimismo, la pena de muerte para los delitos contra el Estado. Comienza a concebirse el crimen de lesa majestad como un ataque a la soberanía, que

³¹⁹ En esta última figura, puede observarse cómo el delito político, muchas veces se confundía o se relacionaba con los delitos religiosos, lo que resulta explicable tan solo si consideramos que para tener la calidad de ciudadano romano, debía participarse en el culto de la ciudad. Su gravedad era manifiesta: la sanción que llevaba consigo era la pena de muerte como pena única.

³²⁰ Recordemos que la autoridad política representada por la figura del monarca era quien administraba justicia - puesto que la facultad de juzgar le había sido concedida por Dios - y delegaba, a su vez, esta facultad en los jueces

³²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed. Tomos I, II y III. Editorial Lozada, Buenos Aires, 1963. (T. III) pp.166-174; DEL BARRIO REYNA, Alvaro. - LEÓN REYES, José Julio. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1990. pp.51-52.

³²² A esta crueldad del castigo y su claro efecto retributivo se refiere in extenso la obra de Michael FOUCAULT. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. 25ª ed. en castellano. Editorial Siglo XXI, Madrid, 1996. Especialmente véase pp.11-136.

³²³ MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las leyes (1748)*. Libro XII. Capítulos VI y VII. Trad. M. Blazquez y P. de Vega. Editorial Tecnos, Madrid, 1972. Lo destacado en cursiva es nuestro.

³²⁴ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Trad. Juan Antonio de las Casas. 9ª reimpr. Editorial Alianza, Madrid, 1996. p.39.

detenta quien ejerce la facultad legislativa como "expresión de la voluntad pública"³²⁵. Pero a la vez se lo distingue de los "delitos contra el orden político", situados dentro de los "*delitos contra el orden público*", y concibiendo como tales los atentados contra el orden político que está determinado por "las leyes fundamentales que arreglan la distribución de las diversas partes del poder, los límites de cada autoridad, las prerrogativas de las diversas clases que forman el cuerpo social, y los derechos y obligaciones que proceden de ese orden"³²⁶. BENTHAM con mayor claridad objetiva el concepto de crimen de lesa majestad, lo denomina delito público o contra el Estado en general³²⁷, idea que posteriormente es recogida por los Códigos penales bajo la denominación de "Delitos contra la seguridad del Estado"³²⁸.

Con la Revolución Francesa se consagró el derecho a la resistencia frente a la tiranía (art.2 de la Declaración de los Derechos del Hombre), haciendo eco a las ideas revolucionarias de aquella época, tendientes a poner fin al autoritarismo y sus atropellos. El delincuente político pasa a ser un héroe mítico del pueblo, las sanciones evitan la severidad extrema y en los primeros convenios internacionales fue considerado como un delito no extraditable. El gobierno de Robespierre echó abajo esta idea al suprimir las garantías para los delincuentes políticos, aplicándose incluso la pena de muerte para actos cuya delimitación jurídica carecía de toda precisión. Un ejemplo de esta represión estatal lo constituye la Ley 22 Pradial de 10 de Junio de 1794³²⁹. En el Derecho Internacional, en cambio, va asentándose poco a poco un criterio destinado a ejercer un tratamiento jurídico menos severo para los delincuentes políticos, lo que se manifiesta en la tesis del derecho de asilo, tesis que posteriormente es incorporada por los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados³³⁰. Más adelante examinaremos con mayor detalle el principio de no extradición para la delincuencia política³³¹.

Con el término de la Primera Guerra Mundial, el bien jurídico protegido en la delincuencia política pasa a ser la *seguridad interior del Estado*³³², término que fue mas bien "un símbolo del exagerado rigor derivado de la necesidad sentida por la autoridad social de preservar su propia existencia de temidas agresiones"³³³. Nos encontramos con el Estado moderno tanto en su modelo corporativista, como en su modelo de Estado asistencial, y a partir de ambas concepciones surgen dos enfoques dicotómicos en el tratamiento del delito, enfoques que se reflejan en las políticas criminales seguidas por los Estados tanto interna como externamente³³⁴. En el modelo corporativista, como hemos podido apreciar, el Estado pasa a ser considerado un instrumento mediante el cual se controlaba tanto la actividad política como social. Imbuido de esta idea de reforzar el poder estatal, surge en el ámbito interno, un derecho penal despótico y autoritario. Así el delito político pasa a ser considerado extremadamente

³²⁵ La acuñación del concepto de delito político como delito contra el soberano es atribuida a FILANGIERI en *La scienza della Legislazione*. Tomo III, 2ª parte, Capítulo XLIII. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1963. T. III. p.187 y FIESTAS LOZA, A. *Los delitos políticos (1808-1936)*. Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977. p.40.

³²⁶ FIESTAS LOZA. 1977. p.244.

³²⁷ Son delitos públicos, a decir de Bentham: "los que producen algún peligro común a todos los miembros del Estado, o sea a un número indefinido de individuos no asignables, aunque no parezca que tal individuo esté más expuesto a padecer que otro cualquiera". BENTHAM, J. *Tratado de Legislación Civil y Penal*. Tomo II, pp.226 y ss.; Tomo IV, p.454. Madrid, 1981. Cita de LAMARCA. 1985. p.53.

³²⁸ LAMARCA. 1985. pp.51-53.

³²⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III. p.172-173.

³³⁰ Véase en este sentido para el caso español, BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid, Ariel, 1984. pp.113-114; BUSTOS RAMÍREZ- HORMAZÁBAL MALAREE. *Lecciones de DP*. Vol. I, Edit. Trotta, 1997, pp.116-120. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN. 1996. pp.178-179.

³³¹ *Infra* Capítulo IV; II, 2. *Los delitos de terrorismo en la extradición. Despolitización de las conductas terroristas como delitos políticos*.

³³² La expresión "Seguridad del Estado" como común denominador de las conductas de delincuencia política tiene sus raíces en el código napoleónico de 1810. La influencia que éste ejerció sobre los primeros códigos europeos determinó que se mantuviera esta denominación respecto del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad del Estado. Más ampliamente; GARCÍA RIVAS. N. *La rebelión militar en Derecho Penal*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 1990. p.120.

³³³ GARCÍA RIVAS. 1990. p.120.

³³⁴ SERRANO PIEDECASAS.1988. p.149.

grave, más aún que el delito común.

En el modelo asistencial, propio de los Estados democráticos, se aúnan criterios en torno a la imposibilidad de concebir la existencia de la delincuencia política, pues "el ejercicio de la actividad política es lícito"³³⁵. Como expresan ALVAREZ y COBOS: "desde el punto de vista de la legislación interna de un país, el delito político como ataque o puesta en peligro de un bien jurídico por motivaciones políticas, es decir, altruistas, no existe, pues coherentemente con un régimen demoliberal, si se dice que se consagran las libertades formales y se establecen cauces para cambiar la propia Constitución, no hay cabida legal para una conducta que, hipotéticamente, pretenda establecer alguna libertad por otros cauces"³³⁶. La veracidad de esta afirmación requiere, y como es lógico, tanto la existencia como la materialidad de los cauces de participación a través de los cuales la actividad política ha de ejercerse.

Cuando ya no se trata del orden interno, o de un orden político alineado en esta misma orientación, entonces las democracias occidentales se abren, y admiten la existencia de la delincuencia política en relación a los hechos cometidos por regímenes autoritarios, y niegan la extradición para este tipo de delincuentes. Dicho de otra manera, la *criminalización interna* de la delincuencia política no siempre se advierte en el orden externo al Estado democrático formal, ya que, en este contexto, no hay obstáculos para hablar y hacer declaraciones de liberalismo respecto del delincuente político³³⁷, cada Estado democrático evidentemente defenderá la democracia mas allá de sus fronteras nacionales, ante los "antidemócratas" y protegerán a los delincuentes "políticos" que actúan contra esos "antidemócratas".

Tras la Segunda Guerra Mundial y con el nacimiento del Estado democrático, la concepción totalitaria acerca del bien jurídico protegido en el delito político cambia. Ya no se trata de salvaguardar la "seguridad interior del Estado", pues aparece como incompatible con el nuevo escenario continuar aceptando que el objeto de protección jurídica sea el "Estado-persona", concepto que ideológicamente se corresponde con el fascismo³³⁸. El bien jurídico pasa a ser la "organización político constitucional del Estado"³³⁹ y el "orden público" lo que aparece más acorde con el Estado democrático de derecho. Esta orientación es la que sigue el legislador español en el Código Penal (1995) (Libro I, Títulos XXI: *Delitos contra la Constitución* y XXII: *Delitos contra el orden público*). No así el legislador chileno que sindicó a los delitos políticos como delitos contra la seguridad del Estado en una ley penal especial (Ley 12.927 sobre seguridad del Estado, de 26 de agosto de 1975).

Recapitulando, antes de la Segunda Guerra Mundial el problema consistía en evitar la excesiva amplitud de la noción de delito político, noción que abarcaba no sólo la delincuencia terrorista, sino también la anarquista y social. Después de ella, la despolitización de las conductas de terrorismo como delitos políticos ha ido in crescendo, disminuyendo al mismo tiempo y progresivamente el concepto de delincuencia política. Ello si bien ha sido consecuencia del aumento del terrorismo internacional a partir de mediados de los años setenta, por otra parte, ha coincidido con un problema social en los países del capitalismo periférico, de donde resulta que pareciera ser, como advierte SERRANO PIEDECASAS, que más allá de la defensa de los intereses de la comunidad internacional se está optando por los intereses de determinados Estados, los del capitalismo central³⁴⁰. De allí que, lo que deba preocupar al jurista no es tanto la amplitud del concepto de delito político, sino el evitar la utilización de la legislación antiterrorista, en especial por parte de los Estados autoritarios y dictatoriales, para

³³⁵ SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.149.

³³⁶ ALVAREZ-COBOS. "*La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 68. Madrid, 1983. p.162.

³³⁷ ALVAREZ-COBOS. 1983. p.163; SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.150.

³³⁸ En este sentido, PADOVANI. "*Bene giuridico e delitti politici*", en *RIDPP*, 1982. p.10.

³³⁹ Esta expresión fue utilizada por primera vez en 1946 por Gaiotti en *Sul concetto di delitto politico*, en *Critica Penale*. 1946. Véase GARCÍA RIVAS, 1990. p.122.

³⁴⁰ SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.150.

perseguir a los enemigos políticos, basadas en tipificaciones vagas e imprecisas.

2. *La noción de delito político: criterios para su asentamiento.*

Hemos apuntado que la aproximación al concepto de delito político surge en el Estado liberal, y se corresponde con las conductas desplegadas por los sectores de la burguesía que se enfrentaron al absolutismo. Esta noción surge con el objeto de proporcionar un tratamiento más benigno a esta delincuencia. El hecho de que la noción de delito político aparezca en este contexto reafirma el carácter relativo del mismo: son las circunstancias histórico políticas las que determinan en los Estados el criterio a seguir en esta materia, contexto histórico al cual se anexan factores de oportunidad o conveniencia³⁴¹. El concepto de delito político pasa entonces a transformarse en un problema de interpretación jurídica, funcional a criterios de oportunidad o coyuntura de cada Estado. Se han propuesto varios criterios para establecer la noción de delito político distinguiéndolo de los delitos comunes. La doctrina se ha manifestado a través de tres teorías: objetiva, subjetiva y mixta, ecléctica o dominante.

2.a. *Teoría Objetiva.*

La teoría objetiva pone el énfasis en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro, en la naturaleza del derecho que resulta violado³⁴². Así, en Francia, ROSSI concibe los delitos políticos como "delitos contra la personalidad del cuerpo social", concepción similar a la mantenida por el Código Penal francés que se refiere a los "crímenes contra la cosa pública"³⁴³, y que adopta GARRAUD al señalar que "las infracciones políticas" forman "un grupo especial entre las infracciones contra la cosa pública"³⁴⁴. FIORE, en una definición más precisa señala que "son los que turban el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, de la distribución de poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social y los derechos y deberes que de él derivan"³⁴⁵.

En España, ANTON ONECA entendió que el delito político comprende "los actos dirigidos contra la organización política del Estado, o los derechos políticos de los ciudadanos"³⁴⁶. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, precisan que "en un derecho penal del acto... la naturaleza común o política del delito ha de decidirse a partir de su objetividad jurídica", afirmando además que "no es el que atiende exclusiva y excluyentemente al aspecto externo de la infracción, sino el que se apoya fundamentalmente en la naturaleza del injusto realizado por ella"³⁴⁷. En Chile DEL BARRIO y LEON REYES parecen asumir esta postura al indicar que "el bien jurídico protegido que sufre la lesión por las infracciones políticas es la seguridad interna del Estado: es la organización básica de la vida política del Estado; se atenta contra el orden constituido y su consecuencia principal es que para calificar de política una infracción no basta la intencionalidad o móvil político del autor, sino que la acción deberá corresponder objetivamente a un crimen político"³⁴⁸.

A nivel legislativo esta concepción se plasmó en el CP español de 1844, y asimismo, en

³⁴¹ En este sentido RODRÍGUEZ RAMOS afirma: "En último término, la configuración de un hecho como delito común o político, cara a la extradición, suele depender de la decisión de los gobiernos (o de los tribunales en los países anglosajones) que gozan de un amplio margen de arbitrio a tales efectos". RODRÍGUEZ RAMOS. 1984. p. 144. En el mismo sentido entre otros autores; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN. 1996, p.177. ALVAREZ y COBOS. 1983. p.164.

³⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III. p.188.

³⁴³ ROSSI. *Traité de Droit Pénal*. 4ª ed. Tomo II. Guillaumin, París, 1892. p.61. Cit. por LAMARCA. 1985. p. 59.

³⁴⁴ GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique de Droit Pénal Français*. 3ª ed. Tomo I. Sirey, París, 1913. p.261.

³⁴⁵ FIORE. *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la extradición*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1880. p.371. Citado por LAMARCA, 1985. p. 59.

³⁴⁶ ANTON ONECA. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Reus, Madrid, 1949. p.147.

³⁴⁷ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON. 1981. p.59.

³⁴⁸ DEL BARRIO Y LEON REYES. 1990. p.73.

el CP de 1995 bajo la rúbrica: "Delitos contra la Seguridad del Estado"³⁴⁹. En la legislación chilena sucede otro tanto similar pues, los delitos políticos se encuentran tipificados en la Ley 12.027 sobre Seguridad del Estado. Tendremos oportunidad de referirnos a este tema cuando analicemos el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

En suma, la teoría objetiva identifica el delito político con una infracción o conjunto de infracciones objetivamente lesivas al Estado, de manera directa o indirecta, y que afectan a su organización jurídico política. Pero precisa más: se excluyen de la categoría de delitos políticos los casos en los que se atenta contra bienes jurídicos comunes, como la vida, integridad, libertad o propiedad³⁵⁰. Los partidarios de esta teoría han sostenido que "siempre que el crimen o el delito contenga al lado del elemento político un elemento común, siempre que el hecho, a pesar de que se cometa con un fin político, tenga los caracteres de un crimen o de un delito ordinario, la ley le considera y lo pena como un hecho común", jugando en todo caso el móvil en la graduación de la pena³⁵¹.

Desde que centran la atención en el derecho que resulta lesionado podemos arribar a una distinción entre delitos políticos y delitos sociales. Si el derecho lesionado es la seguridad del Estado (integridad del territorio, autonomía y forma de gobierno), hablamos de *delitos políticos* propiamente tal, pero si la lesión afecta a los derechos políticos de los ciudadanos; o el derecho de protección a las instituciones principales de la organización social, hablamos de *delitos sociales*, que podríamos conceptualizar como aquellos cuya finalidad es la modificación de la estructura económica o social que sirve de base a la estructura política del Estado³⁵².

Tres problemas principales se advierten en esta teoría. Por una parte, el bien jurídico que se pretende proteger no es otra cosa que el orden político de un Estado, su sistema de gobierno, de donde surge una doble limitación: el orden político o gubernativo tiene que estar referido a un determinado país y a un determinado momento histórico. De ello resulta, de un lado una extensión en el ámbito de la punibilidad, puesto que la conducta típica puede presentar numerosas configuraciones, y de otro lado, una relatividad en la misma, dado que se oscila entre la rigidez conceptual y una notoria ambigüedad. Así, el delito político, aparece como una noción voluble, que se va a configurar en uno u otro sentido, dependiendo de quién ejerce el poder, e interpretándose en favor de éste último³⁵³.

Por otra parte, esta concepción solo atiende al aspecto legal del concepto, sin considerar las implicancias sociales o antisociales que pudiera tener el delito. De hecho, y como expone gran parte de la doctrina, los intentos de desgajar de los delitos políticos los llamados delitos sociales han fracasado puesto que es imposible modificar sustancialmente la estructura económica y social sin que al mismo tiempo se afecte a la organización política del Estado³⁵⁴. Y por último, no pueden responder satisfactoriamente a los problemas que plantean las figuras complejas y conexas, que son las que mayor frecuencia se presentan ya que como afirma QUINTANO RIPOLLÉS "los delitos políticos puros son casi una abstracción"³⁵⁵.

2.b. Teoría Subjetiva.

³⁴⁹ Así Carmen LAMARCA. "Aspectos criminológicos y legales del terrorismo". Ponencia en *II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito*. Dirección de Cursos Extraordinarios. Departamento de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Sin publicar.

³⁵⁰ LUZÓN PEÑA, D. *Curso de DP.PG. I*, Edit. Universitas, Madrid, 1996. p.217.

³⁵¹ LAMARCA. 1985. pp.59-60.

³⁵² CEREZO MIR. *Curso de DP. Español. PG*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998. p.229.

³⁵³ En esta opinión, GRANADOS PEÑA, J. "Teoría General del delito político y sus proyecciones en el derecho penal internacional. Propuesta para la abolición del delito político." *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Vol. 60. Núm. 4. 1991.

³⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964. T.II. p. 1008 y ss. y 1963. T.III. pp.242 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS. 1963. pp.230 y ss.; CEREZO MIR. 1998. p. 229.

³⁵⁵ LAMARCA. 1985. p.60.

Para los subjetivistas la calificación de una conducta como delito político debe hacerse en función del móvil o finalidad política que inspira a su autor. Se trata de la búsqueda del elemento teleológico, de manera tal que delitos comunes pueden ser considerados políticos si son determinados exclusivamente por motivos políticos. Ya no se trata de una simple agresión al Estado, objetiva o subjetivamente considerada, sino de una acción dirigida a los mecanismos políticos que configuran una situación injusta o a los propios detentadores de ese poder. Esto determina que el delito político se convierta en un instrumento que emplea un grupo (normalmente) minoritario, representante de la sociedad, para deponer a los "malos" gobernantes, o para realizar cambios trascendentales en los mecanismos políticos y sociales, con el objeto de adecuarlos a las necesidades de la mayoría³⁵⁶.

En esta posición se alinea FERRI, quien define el delito político como aquel determinado por "móviles altruistas, también a veces, aberrantes o utópicos, esto es, consistentes en la preocupación de un mejor sistema político y social, en beneficio de la sociedad entera, o de una determinada clase de la misma"³⁵⁷. Sostiene que la delincuencia política, se corresponde con la delincuencia "evolutiva", pues es cometida con una finalidad exclusivamente política, en contraposición a la delincuencia "atávica", cuya finalidad es egoísta o personal³⁵⁸. JIMÉNEZ DE ASÚA ha sido uno de sus más fervientes defensores. Identifica, como Ferri, al delito político con el delito evolutivo indicando que estos últimos son "pasos dados hacia delante en el camino de la perfección" y que se considera delito evolutivo "el que se perpetra por móviles altruistas con ánimo de apresurar, de un modo más o menos utópico, el progreso político y social". Añade que "todo *motivo bajo* debe anular su calificación de auténtico delito político", y enfatiza que el móvil no solo debe ser progresivo sino altruista. "Es preciso que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados hacia el provenir" pues, el delincuente político "es intérprete de la voluntad de un grupo y *a veces de su pueblo*".³⁵⁹

En la doctrina española y como su mayor exponente, QUINTANO RIPOLLÉS, atiende al móvil que impulsó realmente al agente, no bastando el fin político para atribuir ese carácter al delito realizado: "es posible llevar a cabo delitos objetivamente políticos, por los móviles más bajos y viles, como son los mercenarios, y ejecutar, en cambio, infracciones que por sí, merecen la calificación de comunes, motivadas por los más altos ideales"³⁶⁰. Para el autor el delincuente político es un fanático "que supedita todo y desde luego, su propia seguridad, a la obtención de una finalidad colectiva"³⁶¹.

De esta manera, el móvil resultaría ser el elemento determinante en la definición del delito político, móvil que va a establecer la diferencia entre éste y el delito común. Delincuente político, para esta concepción, es aquel que actúa por móviles altruistas, de mejora de la colectividad, y delincuente común es el guiado por móviles egoístas, aunque JIMÉNEZ DE ASÚA agrega como requisito el progresismo político, concepción que adoptan en España también ALVAREZ y COBOS "ya que únicamente éste (el concepto subjetivo) es capaz de comprender lo que es especialmente valorable en el momento de la culpabilidad, la actuación de los sujetos" y por tanto "únicamente se puede predicar el carácter político de aquellos delitos en los que pueda apreciarse un móvil progresista y altruista".³⁶²

Con base a esta concepción se concluye solicitando una mayor benignidad para el delincuente político, sea en el orden nacional, a través de la amnistía y del indulto, sea en el

³⁵⁶ GRANADOS PEÑA, J. 1991, p.

³⁵⁷ FERRI. *Principios de derecho criminal*. Trad. J. A. Rodríguez Muñoz. Editorial Reus, Madrid, 1933. p.568.

³⁵⁸ FERRI. *Sociología criminal*. Tomo I. Editorial Góngora, Madrid, 1907. p.125.

³⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III. pp.210, 213-215.

³⁶⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho Penal*. Tomo II. Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963. p.461.

³⁶¹ QUINTANO RIPOLLÉS. 1963. pp.238 y ss.

³⁶² ALVAREZ COBOS. 1983. p.162.

orden internacional, en cuanto a la concesión del asilo y a la prohibición de su extradición, reservada entonces para los autores de delitos comunes.³⁶³ Otros autores señalan que debe construirse "la doctrina del delito político y contra el Estado sobre el presupuesto del Estado democrático"³⁶⁴, y excluir de la calificación de delitos políticos los atentados contra la democracia, para circunscribirlos a los delitos contra el gobierno³⁶⁵.

A nivel legislativo esta concepción se ha vertido en el Proyecto de CP italiano de 1921 y en el Proyecto de CP alemán de Radbruch y del CP alemán de 1925³⁶⁶.

Si es la nobleza de los fines que impulsan al autor (más que la naturaleza del delito) lo que en definitiva determina la diferencia, y lo que justifica un tratamiento más favorable para el delincuente político, cabe preguntarse si no se está perdiendo la "objetividad jurídica". Porque, si como JIMÉNEZ de ASÚA exigimos el *progresismo* político, ello implica que ex ante debe establecerse qué se entiende por progresista, lo que parece difícil pues es un concepto relativo que variará conforme el escenario político y social. Incluso, y como señala LAMARCA, esto impediría aceptar "de plano" que el estado actual de las cosas impide el progreso³⁶⁷. Falta la objetividad y la generalidad si consideramos que un Estado solo estima delincuente político a aquel que posee una ideología similar a la suya e intente "cambiar" el estado de las cosas en esa orientación. Esto implicaría que un Estado social y democrático no podría aceptar como política la delincuencia cometida en otro Estado análogo, y dejar impune esta conducta, aún cuando el aceptarlo como delito político sirviera para evitar la punición de conductas similares que se oponen a un régimen autoritario³⁶⁸, o con un marcado autoritarismo.

Tanto la dificultad para establecer procesalmente los móviles que guían la acción, como la imposibilidad de que el elemento teleológico determine por sí mismo la naturaleza de la infracción³⁶⁹, y la imposibilidad de formular jurídicamente un concepto de delito político en base al elemento ideológico, hacen que la teoría subjetiva resulte inadecuada, pues entonces cualquier conducta podría ser calificada como delito político y a la inversa, delitos políticos históricamente considerados podrían transformarse en delitos comunes³⁷⁰.

2.c. *Teorías Mixtas o eclécticas.*

Estas teorías realizan la síntesis de las dos anteriores, prestando atención tanto al elemento objetivo del bien jurídico lesionado como al subjetivo del móvil o finalidad. Se exige pues, que se atente tanto contra un bien jurídico de carácter político constitucional relativo a la organización política del Estado, como que además se haya realizado con una motivación política³⁷¹. Puede considerarse a LOMBROSSO y LASHI como los creadores de esta doctrina ya que su planteamiento, aunque en rigor subjetivo, considera el fin perseguido por el agente y su personalidad, pero tomando como punto de partida el derecho lesionado: "Para nosotros la base de la imputabilidad del delito político es el derecho de la mayoría de los ciudadanos a mantener la organización política que quieren; aquí el delito consiste precisamente en la lesión de este derecho". En consecuencia, es delito político "toda lesión violenta del derecho

³⁶³ GRANADOS PEÑA., J. 1991, p.

³⁶⁴ FLORIAN, E. "*Parte Generale del Diritto Penale*" en *Trattato di Diritto Penale Italiano*. 4ª ed. Vol. I F. Vallardi, Milano, 1934. p.89.

³⁶⁵ SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956. p.289.

³⁶⁶El artículo 13 del Proyecto de CP italiano de 1921 señala: "son delitos político-sociales los cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo". La adopción de esta teoría en Alemania encuentra su explicación en que la ley penal alemana el concepto de delincuencia política integra otro mayor: delincuencia por convicción, cuyo ámbito se extiende a motivos también religiosos o morales.

³⁶⁷ LAMARCA. 1985. p.64.

³⁶⁸ En un sentido similar refiriéndose al principio de justicia universal para el juzgamiento de determinados delitos, y a la extraterritorialidad de la ley penal, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, 1996, p.169.

³⁶⁹Concordamos con LAMARCA en que esta teoría otorga primacía a la intencionalidad del autor por sobre el hecho ejecutado. LAMARCA, 1999.

³⁷⁰ En esta línea; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. 1981. p.59; LAMARCA. 1985. p. 65.

³⁷¹ Este es el criterio adoptado por la jurisprudencia en Chile

constituido por la mayoría para el mantenimiento y el respeto de la organización política, social o económica que esa mayoría quiere"³⁷².

En general, será delito político todo el que atente contra la organización política del Estado, pero el elemento teleológico marca una doble tendencia en estas teorías: extensiva y restrictiva. La interpretación extensiva utiliza el criterio de la finalidad para incluir dentro de la categoría de delitos políticos a los delitos comunes cometidos con una motivación política. La restrictiva lo utiliza para limitar "objetivamente" los delitos políticos excluyendo a los delitos comunes y considerando solo a los que se cometen por motivos políticos.

2.c.1. Teorías Mixtas Extensivas.

Decíamos que en ellas el móvil o finalidad sirve para ampliar el concepto a aquellos delitos comunes cometidos con fines políticos, y a aquellos cometidos contra la organización política del Estado con fines no políticos.

La doctrina italiana contemporánea al Código Penal de 1930 (Código Rocco), es la máxima exponente de esta teoría. MANZINI³⁷³ y MASSARI han adherido a ella, señalando este último que "el delito es político o por la naturaleza del derecho que lesiona o por el fin que mueve al agente a delinquir. Precisamente el fin suministra un criterio subsidiario en el caso que el hecho además, pueda configurar una hipótesis de delito común"³⁷⁴. En el mismo sentido, el art. 8 del C. Penal italiano mencionado establece que "a efectos de la ley penal, es delito político todo aquel que ofende el interés político del Estado, o un derecho político del ciudadano. Se considera además, delito político, al delito común, determinado en todo o parte por móviles políticos". Stefan GLASER sigue el mismo criterio mixto considerando que el elemento esencial en la noción de delito político es el subjetivo, al que añade un elemento objetivo, que no consiste en la naturaleza del derecho o interés lesionado, sino en las circunstancias reales de la vida política"³⁷⁵.

En España CUELLO CALÓN ha sido uno de sus defensores definiendo el delito político como "el cometido contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquier otra clase determinado por móviles políticos" y más explícitamente define la delincuencia política como "aquellas conductas que atentan contra el orden y organización política de un Estado determinado, excluyendo las que se orientan a la destrucción del actual régimen político, social y económico de todos los países"³⁷⁶. COBO DEL ROSAL lo define como "aquella acción que quebranta o hace peligrar el estricto ordenamiento de una comunidad social, o bien cuando la realización de un delito va esmaltada de motivaciones políticas"³⁷⁷.

En esta tendencia puede situarse también a GRANADOS PEÑA, quien define el delito político como: "una conducta ilícita, colectiva, casi siempre guiada por fines nobles y altruistas, y dirigida a la obtención del poder político de la comunidad". El autor propone una restricción del alcance de las figuras políticas *punibles*, de manera que sólo lleguen a comprender a aquellas conductas que atentan contra la organización política interna del Estado, y en concordancia con ello una ampliación del contenido de las conductas políticas, basada en un criterio esencialmente subjetivo, que abarca cualquier conducta, siempre y cuando cumpla con limitaciones circunstanciales. Ello implica una identificación normativa de los delitos comunes y políticos, quedando circunscritas a estos últimos todas las infracciones contra el

³⁷² LOMBROSO y LASHI. *Il delitto politico e la rivoluzione*. Fratelli, Boca, Turín, 1891. Tomo II, p.260.

³⁷³ MANZINI. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. 4ª ed. aggiornata dai Prof. NOUVOLONE y PISAPIA, Vol. I, Unione Tipografico Editoriale Torino, 1961. Cita de LAMARCA. 1985. p.66.

³⁷⁴ MASSARI. *Le dottrine generali del Diritto Penale*. Nicola Jovene, 1930. p.54.

³⁷⁵ GLASER. "Les infractions internationales, les délits politiques et l'extradition", en *ReDPC*, 1948. pp.776 y ss.

³⁷⁶ CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Vol. I. Barcelona España, 1980. pp. 315 y 320.

³⁷⁷ COBO DEL ROSAL. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General. Vol. I. Imprenta Aguirre, Madrid, 1968. p.529.

Estado, conclusión a la que arriba en base al criterio de la gravedad que sirve de "separador" entre infracciones comunes y políticas³⁷⁸.

En América Latina, DE LA TORRE REYES parece adoptar este criterio al manifestar que: "el delito político es un acto fallido de sublevación o tentativa, dirigido contra la autoridad constituida, que ataca la seguridad interior y la organización y funcionamiento de las instituciones del Estado en que se perpetra, las cuales se quieren modificar y alterar de acuerdo a un plan político normativo nuevo. Es un acto de criminalidad relativa e hipotética en el tiempo y en el espacio, realizado por causas políticas, motivos altruistas y patrióticos, e intencionalidad política"³⁷⁹. Cabe destacar que el autor considera que el delito político es en todo caso un delito frustrado toda vez que el hecho constitutivo de la infracción que alcanza la consumación deja de ser un hecho antijurídico. La sublevación o revolución triunfante y el correlativo derrocamiento del régimen imperante excluye la antijuridicidad de los hechos cometidos por los ejecutores de la revolución.

2.c.2. Teorías Mixtas Restrictivas.

A la inversa de las anteriores, en ellas el criterio finalista se utiliza con el objeto de restringir el ámbito de los delitos objetivamente políticos sólo a los cometidos por móviles o fines políticos. La idea subyacente en este criterio es la naturaleza teleológica del concepto de delito político, elaboración doctrinal que obedece al fin de excluir de la extradición a los delincuentes políticos para dispensarles un tratamiento penitenciario especial, mas benévolo y concederles en su caso la amnistía.

En esta línea y coherente con la limitación que realiza en torno al elemento subjetivo, se ubica FLORIAN indicando que "para obtener la noción de delito político, deben asociarse los criterios del bien o interés jurídico y del fin político. El criterio deducido de la cualidad del bien jurídico que el delito político ofende, es criterio primario, puesto que penetra íntimamente en la esencia jurídica del delito... el objeto es aquí, en realidad, el derecho del Estado... pero el criterio del derecho lesionado no basta: el delito debe ser político objetiva y subjetivamente"³⁸⁰.

En España la doctrina mayoritaria ha adoptado este criterio. CEREZO MIR sintetiza esta concepción aclarando que son delitos políticos: "Aquellos que atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan *además* con un fin político" quedando excluidos "los delitos contra la organización política o constitucional del Estado realizados con móviles o fines no políticos... y los delitos comunes con un móvil o fin político" pues "solo los delincuentes políticos puros merecen este trato de mayor benevolencia"³⁸¹. Similar es la opinión de PACHECO: "Llamamos delitos políticos. los que llevan por objeto subvertir la Constitución del Estado"...es menester...que procedan de ideas políticas, de política interna, en la verdadera acepción de esta palabra...es menester que no vayan encaminados a la sujeción del país a una potencia extranjera, sino a la subversión de las leyes, a la expulsión de la dinastía que se hallase sobre el trono"³⁸². Otros defensores de ellas son: RODRÍGUEZ

³⁷⁸ GRANADOS PEÑA. 1991.

³⁷⁹ DE LA TORRE REYES, Carlos. *El delito político, su contenido jurídico y sus proyecciones sociales*. Editorial La Unión, Quito Ecuador, 1954.

³⁸⁰ FLORIAN. 1934. p.425.

³⁸¹ CEREZO MIR. 1998. p.229 y 230.

³⁸² PACHECO. *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. 5ª ed. Madrid, 1887. pp.171-172. Consideramos junto con JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.II, p. 191) y LAMARCA. 1985. p.60 y 66; que el autor más bien parece enmarcarse dentro de las teorías mixtas restrictivas pues se refiere a la "pureza de la intención" en algunos delincuentes políticos para terminar solicitando un tratamiento mas benigno (PACHECO, pp.188 -190). Opinión contraria sostiene CEREZO MIR. 1998. p.228; quien indica que PACHECO sustentó un concepto o teoría esencialmente objetivo por cuanto, tras su definición de delito político agrega: "...y aún el asesinato político con sus incidencias y preparaciones, si bien esto ofrece una mezcla de delito privado, que bastardea su carácter y le constituye en una situación especial". PACHECO, *Estudios de DP. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. 5ª ed. Madrid, 1887. pp.171-172.

DEVESA³⁸³, RODRIGUEZ MOURULLO³⁸⁴, SAINZ CANTERO³⁸⁵, LANDROVE y LUZON PEÑA³⁸⁶; entre otros. El Tribunal Supremo acoge también este criterio en su sentencia de 28 febrero de 1978 (A.524)³⁸⁷.

En suma, es posible afirmar que ha existido una evolución hacia un concepto doctrinario ecléctico de delito político a fin de beneficiarle con un tratamiento más favorable. Pero pese a este eclecticismo no ha sido posible llegar a un concepto unívoco del mismo. La propia teoría mixta que intenta una conjugación entre el objetivismo jurídico y el elemento teleológico se fracciona al momento de definir el papel que desempeña el móvil o finalidad³⁸⁸. Se alude a "fines nobles o altruistas" y más allá de la veracidad que ello pudiere revestir en lugares como Latinoamérica y la imagen mítica de los revolucionarios guevaristas protagonistas de los Movimientos de Liberación Nacional, la historia ha demostrado que no siempre estos fines nobles y altruistas han estado presentes. ¿Qué fue sino lo que ocurrió en el incendio del Reichter, la Noche de los Cristales, a manos de secciones del movimiento nazi?³⁸⁹.

Quizás la definición propuesta por la VI Conferencia para la Unificación del Derecho Penal de Copenhage (1935) - que en cierta medida acoge el criterio mixto extensivo -, fuere la que mejor hubiese satisfecho nuestros requerimientos al intentar dar cabida a todos los criterios expuestos señalando que:

"1. Son delitos políticos las infracciones dirigidas contra la organización y el funcionamiento del Estado, así como las dirigidas contra los derechos que de ellos se derivan para el ciudadano". Con ello se satisface a las teorías objetivas.

"2. Son reputados políticos los delitos de derecho común que constituyen la ejecución de los atentados previstos en el párrafo 1º, así como los actos cometidos para favorecer la ejecución de un delito político, o para permitir al autor de este delito escapar a la aplicación de la ley penal". Con esto se amplía la definición de delito político a los delitos comunes conexos, satisfaciendo las teorías mixtas extensivas.

"3. Sin embargo, no serán considerados como delitos políticos, aquellos cuyo autor sólo haya estado determinado por un motivo egoísta o vil". Satisface con ello a las teorías subjetivas y a las mixtas restrictivas.

"4. No serán consideradas como políticas las infracciones que creen un peligro común o un estado de terror", con lo que excluyen las conductas de terrorismo.

Pero este eclecticismo absoluto no encontró eco ni siquiera en el propio Congreso, ella fue rechazada al momento de tratar el problema de la extradición. Pareciera ser que esta actitud

³⁸³ Lo define como "un delito dirigido a modificar la Constitución del estado más una motivación elevada, porque también pueden cometerse delitos de esta clase por móviles abyectos (precio, sadismo, venganza personal)". RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Editorial Artes Gráficas, Madrid, 1988. p.246.

³⁸⁴ El autor estima que tanto el bien jurídico atacado, como el móvil o fin deben tener carácter político, ya que "no tiene sentido alguno otorgar el tratamiento benévolo propio del delito político, por ejemplo, el autor de un delito de traición (delito de contenido objetivo político) que lo perpetró por móviles de lucro". RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Madrid, 1977. p.182.

³⁸⁵ SAINZ CANTERO, J. A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Editorial Bosch, Barcelona, 1982. p.207.

³⁸⁶ LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Universitas, Madrid, 1996. p.217; nota 10.

³⁸⁷ Véase el comentario a esta sentencia de Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, *ADPCP*, 1978, Fasc. 2º. pp.453 ss.

³⁸⁸ Incluso han existido posiciones en las que se sostiene que debe atenderse al modo según el cual el acto constitutivo del delito deberá realizarse, violento, según algunos, ilegal o fraudulento según otros. Otros autores como STUART MILL, vinculan estrictamente el delito con la ocasión en que se lo comete: guerra civil, insurrección, conmoción política, etc. Véase DEL BARRIO-LEON R. 1990. p.p.60-61.

³⁸⁹ Recordemos que se trataba de lo que NOAKES. 1987. pp. 92-94; denomina "terror informal" por oposición al "terror formal" que provenía de las SS. Los militantes nazis perseguían un "fin noble y altruista" mirado desde su ideología: establecer un Estado totalitario que encarnara los intereses de la nación a favor del *Volk*, representado por el Partido Nazi, lo que suponía una depuración social, mas bien, racial.

frente a una definición que parece razonable y que goza de cierta neutralidad política, viene a confirmar que el criterio definitorio "materialmente" del delito político depende del régimen político al cual el hecho ilícito ataca. En todo caso, como expone Carmen LAMARCA, las diversas posturas sobre el concepto de delito político son, sin duda, "difícilmente reconciliables y ello porque, su propósito no consiste sólo en delimitar la noción de lo político, sino mas bien en valorar qué tipo de delincuentes se hacen acreedores a un tratamiento de favor".³⁹⁰

3. - Clasificación de los delitos políticos.

Partiendo de las consideraciones anteriores hemos podido comprobar que el mayor problema radica en los delitos comunes cometidos con una finalidad política, puesto que las infracciones políticas no suelen lesionar tan solo un interés estrictamente circunscrito a la organización política del Estado, sino al mismo tiempo, bienes jurídicos comunes. En este entendido y en el marco de esta investigación, sin duda la clasificación mas importante es aquella que los agrupa en delitos puros, complejos y conexos. Por dos razones: primero, porque ha sido usual en los Acuerdos y Tratados Internacionales limitar el privilegio extraditorio a los delitos políticos puros, y segundo, por los enlaces que pueden darse entre los delitos de terrorismo y los delitos políticos complejos y conexos³⁹¹.

Los *delitos políticos puros* distinguen por la naturaleza del interés jurídico que violentan, interés que se circunscribe a los derechos que pertenecen al Estado, en cuanto poder político tanto hacia dentro del territorio como fuera de él. JIMÉNEZ DE ASÚA los define como "los que se dirigen contra la forma y organización política del Estado"³⁹². En España CUELLO CALÓN indica que son "los que sólo lesionan el orden político"³⁹³. En Chile NOVOA MONREAL indica que: "son delitos políticos propiamente tales (puros), los que solamente atentan contra la organización política del Estado, o contra los derechos políticos de los ciudadanos, por ejemplo, una rebelión, en donde el bien jurídico lesionado es la normalidad constitucional del Estado"³⁹⁴.

Son *delitos políticos complejos o mixtos* los que "lesionan a la par el orden político y el derecho común, por ejemplo, el asesinato del jefe de Estado por un móvil político"³⁹⁵. Se trata de delitos pluriofensivos en los que los bienes jurídicos tutelados son múltiples: organización política del Estado, derechos políticos de los ciudadanos, intereses individuales: vida, integridad física, propiedad. En el atentado contra la vida del Jefe de Estado: se lesionan a la par dos intereses, la organización política del Estado y la vida.

Son *delitos políticos conexos* las infracciones de derecho común cometidas "en el curso de un delito político, teniendo relación con este acontecimiento, como por ejemplo, el hecho de asaltar arsenales, oficinas del Estado, destrucción de propiedades públicas o privadas, muertes en un combate de individuos del bando opuesto..."³⁹⁶. Se trata de la intervención de uno o más hechos ilícitos en los que la violación de intereses jurídicos individuales o privados se produce con motivo u ocasión de la violación del orden político del Estado, siendo el elemento subjetivo: la motivación política, lo que opera como lazo irrompible. Para NOVOA MONREAL "... son hechos punibles comunes pero que se cometen en el curso de una insurrección para

³⁹⁰ LAMARCA. 1985. p.68.

³⁹¹ Para Joaquín EBILE una correcta clasificación sería aquella que distingue entre delitos políticos en puros y relativos. Son delitos políticos puros "los que, realizados con un móvil de esta clase lesionan exclusivamente el ordenamiento del Estado" y son delitos políticos relativos "los que, a la vez o con ocasión de realizar un delito de esta clase (político), lesionan un bien privado". A su vez estos pueden ser complejos o conexos. EBILE NSEFUM, Joaquín. *Delito de Terrorismo: su concepto*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985. pp.16 y ss.

³⁹² JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964. T. II. p.988.

³⁹³ CUELLO CALON. 1980. p. 316.

³⁹⁴ NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomos I y II. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 1966.

³⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964. T.II. p.988 y 1963. T.III. p.208; NOVOA MONREAL. 1966; CUELLO CALON. 1980. p.316.

³⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III. p.208.

favorecer el curso de ésta, por ejemplo: robos de armas para promover una rebelión o para sostener la ya iniciada"³⁹⁷. En general puede decirse que la relación de conexión existe cuando el delito se comete para preparar, facilitar, consumir o asegurar la impunidad de otro delito, que debe ser un delito político.

Es el elemento teleológico el que plantea problemas a la hora de determinar qué conductas deben ser consideradas delitos políticos y gozar de un tratamiento más benigno. Sobre todo cuando se trata del Estado democrático ya que "la motivación política" no parece resultar suficiente para su calificación jurídica como delincuencia política. Aquí es donde se ubican las conductas de terrorismo: *su finalidad es claramente política, pero no son delincuencia política*³⁹⁸. Pero debemos especificar: *no son delincuencia política para los efectos de proporcionarles un tratamiento más benévolo* y asignarles por ejemplo el privilegio extraditorio, más no podemos desconocer su carácter de delincuencia política toda vez que asumimos que el delito político se define ante todo por el móvil que lo inspira, además de su ataque a la organización política estatal. Por ello es que como dice CEREZO MIR³⁹⁹, la distinción entre delitos políticos y sociales ha sido superada, supuesto que en los delitos sociales se encuadraba a las conductas de terrorismo⁴⁰⁰.

Si decimos que las conductas de terrorismo persiguen la alteración del actual régimen político, social y económico, tenemos que aceptar indiscutiblemente que esta finalidad no puede concebirse sin a la vez atacar la organización constitucional de un Estado determinado. Y la finalidad de alteración del orden constitucional en las conductas de terrorismo supone, tanto las conductas de quienes pretenden tanto subvertirlo para sustituirlo por otro, como la de quienes realizan las mismas acciones destinadas a mantenerlo. El ataque a bienes jurídicos se produce de idéntica manera.⁴⁰¹

La tendencia doctrinaria, la legislación comparada, y los Tratados y Acuerdos Internacionales han sido restrictivos, pues se ha tratado de limitar los supuestos a los que cabría aplicar los beneficios del delito político, a los denominados "puros". Se excluye de este privilegio a los complejos y conexos, que son en realidad los que mayormente se cometen en el sistema democrático, y que a su vez son considerados generalmente delitos de terrorismo. Como manifiesta LAMARCA: "El delincuente terrorista puede, sin duda, ser incriminado por la comisión de un delito político puro, pero, al margen de la utilización demagógica de la expresión, no es esa conducta política pura la que hace de él un terrorista"⁴⁰².

En general los delitos de terrorismo asumen la forma de delitos complejos más que conexos, y ha sido una tendencia generalizada en la doctrina el negar el carácter político a estas conductas, especialmente a los primeros, considerándoles delitos comunes. Dependerá del criterio que se sustente. Así para los objetivistas solamente pueden tener carácter político las figuras denominadas "puras". Mientras que, los subjetivistas y los eclécticos, tienden a ampliar los beneficios del delito político puro a las figuras complejas y conexas, centrando el problema en la delimitación de las nociones de complejidad y conexión, cuestiones en las que no ha existido a nivel doctrinario, una posición unánime al momento de subsumir las conductas

³⁹⁷ NOVOA MONREAL. 1966. En sentido similar FIORE, P. Ob. Cit. 1880. pp.375 y 376 y PAPADATOS. *Le délit politique. Contribution a l'étude des crimes contre l'état*. Droz, Genève, 1954. pp. 85 y ss.

³⁹⁸ Así, la doctrina mayoritaria. Por todos, SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.155; LAMARCA. 1985. p.75.

³⁹⁹ CEREZO MIR. 1998. p.230.

⁴⁰⁰ Esta distinción fue mantenida por Pessina y más tarde por la doctrina francesa, y por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Ginebra de 1892, que declaró en el art. 14 de sus acuerdos que "no serán reputados delitos políticos los hechos delictivos dirigidos contra las bases de todo gobierno". Mas ampliamente CUELLO CALON. 1980. pp.319-321.

⁴⁰¹ En este sentido se ha manifestado LAMARCA "el orden constitucional se lesiona de igual modo por quien utiliza el asesinato para lograr su transformación o derogación como por quien recurre al mismo asesinato para lograr su preservación". LAMARCA. 1993 a). p.549.

⁴⁰² LAMARCA. 1985. p.70.

desplegadas. Así por ejemplo, mientras que para JIMÉNEZ de ASÚA (subjetivista), el asalto a una armería por parte de revolucionarios es un delito conexo para VIDAL es un delito complejo⁴⁰³.

Tratándose de los *delitos complejos*, la doctrina y la legislación se han mostrado reticente a considerarles delitos políticos, pero un sector minoritario representado por DONNEDIEU DE VABRES⁴⁰⁴ aboga por calificarles de esta manera. En un sentido similar se pronuncia JIMÉNEZ DE ASÚA citando como ejemplo el asesinato de un jefe de Estado: " El magnicidio (regicidio o muerte dada al Jefe de Estado, cuando no se debe a motivos personales... es, como todos los delitos complejos, un delito político si va movido por un fin de mejora política o social y por un móvil colectivo y a veces altruista"⁴⁰⁵.

A nivel legislativo, como se verá en el capítulo IV, fue la *cláusula belga o del atentado* (Ley Belga de Extradición de 1856) la que privó de este carácter a ambos, complejos y conexos, aludiendo a la forma de comisión del delito. Excluye de la categoría de delito político y delito conexo con él al atentado en contra el Jefe de Estado, cuando éste revistiere la forma de homicidio, asesinato o envenenamiento. Rechaza, por tanto, el privilegio extraditorio a su autor. Pero el hecho de que se le excluya del privilegio extraditorio no quiere decir que no sea un delito político, al contrario, si se le exceptúa es porque se reconoce que es de índole política. En cualquier caso, más allá de que los Estados suscriban o no esta cláusula en sus tratados, suscripción que en todo caso es pertinente tratándose de los Estados democráticos⁴⁰⁶, lo cierto es que existen *otras maneras de limitar los beneficios del delito político a estas figuras*, como por ejemplo el no considerar política la acción delictiva que implique un atentado contra la vida humana o la utilización de determinados medios o procedimientos delictivos especialmente peligrosos⁴⁰⁷.

Tratándose de los *delitos conexos*, con mayor énfasis se ha pronunciado la doctrina mayoritaria y la legislación para privarles de su carácter político. Parece ser que la solución más adecuada es la propuesta por JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁰⁸, en el sentido de limitar o restringir la calificación de "político" en función de ciertos *límites objetivos* como por ejemplo "la atrocidad de los hechos perpetrados". Dichos límites, a nuestro entender, no están referidos a los medios empleados para su comisión como pudiera sugerir JIMÉNEZ, o a la "impresión que puedan causar en la opinión pública" como señala DE VABRES⁴⁰⁹, sino a los *límites que nacen de la aplicación de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales* como la vida y la integridad física en el contexto de una democracia⁴¹⁰. De esta manera quedarían excluidos los delitos de terrorismo de la categoría de delitos políticos para los efectos de su tratamiento, siendo la motivación política un elemento integrante del tipo penal.

⁴⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III, N° 107, p.208.

⁴⁰⁴ DONNEDIEU DE VABRES. *Traité élémentaire de Droit Criminel et de législation penale comparé*. Libraire du Recueil Sirey, París, 1949. p.131.

⁴⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1963. T.III. p.208.

⁴⁰⁶ En el Tratado entre Chile y España sobre extradición de 30 de diciembre de 1895 no se incluía la cláusula belga. En cambio, sí se contiene en el actual Tratado de Extradición de 14 de abril de 1992, suscrito y ratificado por ambos países durante el gobierno democrático. Su art. 5.1 indica: "No se concederá la extradición por delitos considerados políticos o conexos con delitos de esta naturaleza... A los efectos de este tratado no se considerarán en ningún caso como delitos políticos: a) El atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de un jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia".

⁴⁰⁷ LAMARCA. 1985. p.72.

⁴⁰⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA ha señalado que "los auténticos delitos políticos sociales deben ser definidos según la tendencia de carácter subjetivo. Pero las perturbaciones de carácter político sociales, pueden ser acompañadas de delitos de carácter conexo, una huelga revolucionaria puede ir acompañada de homicidios, lesiones, bombas y estragos. Todos estos delitos pueden ser excluidos del tipo político social, por lo que proponemos que predomine el criterio objetivo cuando se trate de definir un delito conexo". 1963. T.III. p.209.

⁴⁰⁹ DONNEDIEU DE VABRES. *Traité Élémentaire de droit criminel et de législation penale comparé*. Libraire du Rewiel Sirey, París, 1949. p.131.

⁴¹⁰ CERESO MIR, sostiene una postura similar al señalar que tratándose de "delitos comunes realizados en el curso de una rebelión deben considerarse como políticos únicamente a aquellos que estarían amparados por las leyes y costumbres de la guerra". 1998. p.230.

La legislación comparada también ha adoptado algunas soluciones para establecer la distinción entre delitos políticos y delitos de terrorismo. Posponemos este tema por ahora, pues metodológicamente conviene hacer un examen conjunto de la reacción legislativa a nivel internacional, dada la estrecha conexión entre la distinción delitos políticos v/s delitos de terrorismo con el privilegio extraditorio⁴¹¹.

Como conclusión a lo expuesto: No existen problemas, en general, para el reconocimiento del carácter político de los delitos cometidos contra regímenes autoritarios, ellos comienzan cuando nos encontramos ante los delitos cometidos en el marco de un Estado de Derecho en un Estado democrático. Aquí está la clave. En el Estado democrático, como decíamos, "teóricamente" se hace imposible concebir la presencia de acciones delictivas de carácter político, por cuanto se trata de un sistema en el que las libertades y derechos fundamentales se encuentran consagrados constitucionalmente⁴¹², e incluso se establecen cauces para la reforma de la Constitución. A ello debemos especificar que las vías legales de participación deben concretarse *materialmente* para excluir completamente la posibilidad de que pueda existir un delito político, esto es, la comisión de conductas que pretendan un cambio social progresista fuera de dichos cauces. En este estadio ideal creemos ni siquiera cabría la posibilidad de la comisión de actividades "delictivas" para una transformación estructural de la sociedad, con lo que parece ser que el delito político constituiría una verdadera utopía.

Ahora bien, en el Estado democrático la restricción del concepto de delito político va unida a un aumento de las figuras tipificadas como delitos de terrorismo pues, todo lo que se aparta de los cauces democráticos es, cada vez más, incorporado a la legislación antiterrorista, especialmente cuando se ataca a derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad de las personas. Se trata de refutar la justificación política cada vez que "el acto de terrorismo ponga en peligro la vida de inocentes"⁴¹³, transformándose la represión al terrorismo en una especie de obsesión para los Estados, multiplicándose la legislación especial interna (también los tratados internacionales). Cara a estas consideraciones es necesario delinear los contornos y características del terrorismo aún desde el plano sociológico y criminológico, para intentar aproximarnos posteriormente, ya en el plano sustantivo, a un concepto del mismo desde el punto de vista jurídico.

IV. EL TERRORISMO.

1. *Un intento de caracterización.*

Una vez apuntada la caracterización de la delincuencia política surge la interrogante de cómo llamar a aquellas conductas que atacando bienes jurídicos fundamentales y teniendo asimismo una finalidad política, no pueden beneficiarse con los privilegios que se asignan a la primera. Ellas son lo que se ha denominado *terrorismo*. Esta expresión ha sido utilizada generalmente para designar métodos de lucha política o social sistemáticamente violentos, no privativos de una determinada ideología, condenados a nivel de derecho interno e internacional por el ataque frontal que suponen a los derechos humanos y a las bases del sistema democrático.

Al comenzar esta investigación hemos apuntado a la necesidad de precisar sus causas verdaderas y no sólo sus expresiones superficiales, y de ahí la importancia de esclarecer las bases de legitimación del sistema democrático y la caracterización de la violencia política. El terrorismo- dice CALDUCH- "se encuentra directamente asociado a procesos de cambio estructural de las sociedades, durante los cuales algunos grupos mantienen intensas expectativas

⁴¹¹ Infra Cap. IV, II, 2. *Los delitos de terrorismo en la extradición...*

⁴¹² Véase por todos LAMARCA, C. 1985. p. 35; 1993. p.548.

⁴¹³ Así lo indicó el Consejo de Europa en su Recomendación 703 (1973) sobre terrorismo internacional, en el apartado 6 c). ALVAREZ y COBOS. 1983. p.166.

de transformaciones radicales o perciben amenazas inaceptables para su existencia, su identidad o sus intereses colectivos"⁴¹⁴. Siguiendo esta reflexión, pareciera ser que en las raíces más profundas del terrorismo se encuentra un fenómeno de violencia política generalizada bipolar: De un lado, una violencia política que surge como respuesta a un estadio de dominación social frente al cual las clases subalternas, o determinados sectores de la sociedad, se encuentran en desventaja estratégica frente al poder ejercido por las clases dominantes (terrorismo insurgente). Y de otro lado, una violencia que dice relación con la necesidad de mantención de las estructuras de poder por parte de éstas últimas (sectores dominantes) cuando las bases de su legitimidad aparecen cuestionadas (terrorismo vigilante, estatal o paraestatal).

Ahora bien, dada la estrecha interconexión que existe entre lo político y lo jurídico, suele producirse una confusión entre lo que es terrorismo y delitos de terrorismo haciéndoles sinónimos, pero como señala PICKERING "el grado de relatividad en los juicios, las afirmaciones y los enfoques que es consustancial a la política, a la filosofía o a la simple evolución de la opinión pública, no es el mismo que es posible tener en materias jurídicas, especialmente si estamos en un área predominantemente penal... No son aplicables aquí, relativismos generales o simples apreciaciones intuitivas"⁴¹⁵. De esta manera, no pueden asimilarse ambas nociones. El terrorismo es un fenómeno político y social cuyo estudio corresponde en rigor a las Ciencias Sociales y la Ciencia Política. Los delitos de terrorismo son una cuestión jurídica, tipos penales cuyo estudio y regulación corresponden a la ciencia jurídica, en particular a la ley penal.

Intentaremos entonces delimitar los contornos de este *fenómeno en el contexto histórico específico al que asistimos*: el de la *renuncia casi universal a la utilización de la violencia como medio de alcanzar o mantener el poder político*, por parte de la mayoría de los sectores políticos y sociales tras la Segunda Guerra Mundial. Renuncia que se plasma en la configuración jurídico política de los distintos países, a través de sus Constituciones que establecen un régimen político, social y económico "que admite - dice ARROYO ZAPATERO - el acceso al Gobierno por vía democrática, de las clases y alternativas políticas antagónicas y superadoras de las tradicionalmente dominantes"⁴¹⁶. Cuatro grandes procesos de transformación que se han venido produciendo desde mediados de siglo, han influido en el desarrollo del terrorismo, a saber, el proceso de descolonización; el enfrentamiento político entre el Este y el Oeste; las diferencias sociales y económicas entre países o entre sectores sociales de cada Estado; y la revolución científica o tecnológica⁴¹⁷

Por otra parte, el carácter internacional que han revestido muchas de las acciones terroristas en las últimas décadas, la solidaridad que manifiestan entre sí las organizaciones armadas de diversos países, y su relación con el crimen organizado en algunas ocasiones, han llevado a los Estados no solo a adaptar sus legislaciones sino asimismo una cooperación interestatal que se ha circunscrito a su tratamiento como forma de criminalidad organizada. Esta cuestión ha sido hasta ahora aceptada de manera casi unánime por la doctrina, aunque hay quienes se apartan de esta consideración, dentro de los que nos incluimos, en atención precisamente al elemento teleológico de carácter político que requiere la acción terrorista, factor cuya ausencia es notoria en el crimen organizado⁴¹⁸.

Pese a la multiformidad que pueden revestir las acciones terroristas, ya en cuanto a la ideología que les inspira, ya en cuanto a la clase de sujetos que las perpetran, pueden advertirse

⁴¹⁴ CALDUCH, Rafael. "*Una revisión crítica del terrorismo a finales del siglo XX*", en *State and societal Reactions to Terrorisms*. IISL, Oñati Papers, N° 3, 1997. p.11. En este sentido WILKINSON, Paul. *Terrorismo Político*. Trad. W. Leiroso. Editorial Felmar, Madrid, 1976; WARDLAW, Grant. *Terrorismo Político. Teoría, Táctica y Contramedidas*. Trad. F. Cano Morales. Ediciones Ejército, Madrid, 1986.

⁴¹⁵ PICKERING DE LA FUENTE, Guillermo. *Terrorismo: Aspectos jurídicos, políticos y militares*. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. 1988. p.25.

⁴¹⁶ ARROYO ZAPATERO. 1985. p.161.

⁴¹⁷ CALDUCH, R. 1997, p.11.

⁴¹⁸ Ampliamente, infra Capítulo III, punto II. *Tratamiento criminológico del terrorismo*.

rasgos comunes a las mismas y que las distingue de otras formas interacción social violenta. En opinión de REINARES, tales son: la desproporción entre los impactos psíquicos que genera en relación a los daños materiales causados; el carácter sistemático de la violencia y el haberse transformado en estrategia o método predominante de acción a cargo de los actores colectivos que la emplean. Hablamos de las sociedades industriales avanzadas, siendo esto último lo que hace posible que pueda hablarse en ellas de la existencia de la organización terrorista⁴¹⁹.

Desarrollando esta idea podemos advertir una serie de características genéricas del terrorismo:

1ª Como hemos dicho antes, *su finalidad posee un carácter político – ideológico*, sea funcional a la subversión o la mantención del sistema, esto es, sea para socavar la estabilidad de un régimen establecido y promover su sustitución por otro, o sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social, cuestión esta última en la que con frecuencia utiliza procedimientos reñidos con la legalidad, tales como la tortura y el asesinato político⁴²⁰. En este sentido el terrorismo tendría el carácter de una "estrategia de relación política" destinada a alterar el orden de convivencia y las normas sociales básicas de conducta social, con lo que se afecta la esencia misma de la política⁴²¹. Por tanto, sólo es inteligible en contextos sociales asentados y estables, dentro de los cuales es posible contrastar las prácticas ilegales del terrorista con los procedimientos constitucionales prescritos para los representantes establecidos del Estado.

Imbuidos de estas consideraciones debe destacarse que solo cabe hablar de "terrorismo" como fenómeno destinado a ser reprimido a nivel nacional e internacional, en el marco de un Estado democrático de derecho. Concordando con ARROYO ZAPATERO, el terrorismo "puede llevarse a cabo tan solo desde una sociedad democráticamente organizada en la que estén abiertas las vías para una actividad política no violenta en la más plena libertad"⁴²².

2ª *Se basa en la violencia o su amenaza y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad o una parte de ella o el Estado.*

El terrorismo, potencial o efectivamente, lleva aparejada la violencia tanto en su componente físico como psíquico. El componente físico de esta violencia queda en evidencia en actos tales como los atentados con explosivos, el incendio, el asesinato u homicidio, el secuestro, actos en los que innegablemente se ataca la vida, la integridad física o corporal de las personas, o la libertad. La violencia en este sentido cumpliría - según CALDUCH -, una "función destructiva" caracterizada por la imprevisibilidad, eficacia limitada y bajo riesgo para la continuidad de las acciones terroristas⁴²³. Inclusive - como ha manifestado la Sociedad Internacional de Criminología - en la misma amenaza de la comisión de un acto terrorista cuando se quiere obtener un comportamiento determinado de la víctima, la amenaza recae siempre en una "acción violenta" que sufrirá la víctima o sus allegados⁴²⁴. La amenaza de violencia, en general, expresa CALDUCH - vendría a "cubrir la brecha que separa sus medios destructivos de los efectos políticos y sociales

⁴¹⁹ REINARES. 1993. pp.59-60.

⁴²⁰ En relación a ello apunta REINARES: "Pese a sus diferencias, el mucho mas letal terror estatal a mayor escala y el terrorismo insurgente o vigilante (estatal) pero de menor intensidad se asemejan por cuanto ambos son procesos de violencia que producen grandes reacciones emocionales y ocasionan efectos sociales de importancia". REINARES, Fernando. "*Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas*". En *RIS*, Núm. 5, mayo-agosto, 1993. p.44.)

⁴²¹ CALDUCH. 1997. pp.13 y 15. No obstante, para CALDUCH el terrorismo no necesariamente tiene una finalidad política: "la finalidad última de la estrategia terrorista es la satisfacción de ciertas demandas o reivindicaciones que no son, necesariamente políticas... las aspiraciones y motivaciones últimas que impulsan a las organizaciones terroristas son muy diversas: políticas, ideológicas, religiosas, étnicas, nacionalista, represivas, etc. ". A la vez, el autor descarta siempre y en todo caso la finalidad lucrativa.

⁴²² ARROYO ZAPATERO. 1985. p. 158.

⁴²³ CALDUCH. 1997. p.13.

⁴²⁴ CASTILLO BARRANTES, E. – PICCA, Georges – BERINSTAIN, Antonio. *Criminalidad Organizada*. Informe General de la Sociedad Internacional de Criminología. Trad. de Isabel Germán, en *CPC*, Núm. 50, 1993. p.496.

que pretende provocar"⁴²⁵. Es innegable que para cumplir estos objetivos y difundir el alcance de sus amenazas, la violencia terrorista necesitará de los *mass media*.

La violencia terrorista cumpliría entonces, también una "función simbólica" que vendría dada, ante todo, por la necesidad de difusión de sus actos a través de los medios de comunicación social. En opinión de CALDUCH⁴²⁶, este simbolismo también vendría dado por la finalidad de reforzar los valores y creencias que sustentan los propios terroristas, cuestión que nos parece discutible toda vez que el misticismo que caracterizó a las organizaciones terroristas de mediados de siglo parece haber ido perdiéndose en el tiempo. De todas formas, coincidimos con este autor en orden a la necesidad que se advierte en las organizaciones terroristas de magnificar política y socialmente su violencia, para mostrar un poder político y militar que en realidad no poseen, cuestión ésta que no logran sino a través de la propaganda. "Los medios de comunicación - dice FERNÁNDEZ MONZÓN -, son algo consustancial al terrorismo... y los grupos terroristas son plenamente conscientes de ello, conocen perfectamente sus efectos y diseñan sus actuaciones contando con elaboradas estrategias informativas"⁴²⁷.

Más esto no significa que los medios de comunicación sean simples instrumentos de la estrategia terrorista. También hay que considerar el impacto que los *mass media* ejercen sobre la opinión pública realizando procesos de inducción de determinadas opiniones a favor o en contra del terrorismo. Al menos de tres factores dependería este proceso de inducción en uno u otro sentido: del escenario político y social en el que se desarrolle la actividad terrorista, de la mayor o menor relación entre medios de comunicación y sectores sociales dominantes, y del tipo de terrorismo de que se trate (insurgente o estatal). En reiteradas ocasiones el terrorismo ha sido utilizado por los medios de comunicación social en apoyo a las necesidades de los sectores dominantes de la sociedad, y en pro de un determinado régimen de gobierno. El terrorismo así se convierte en elemento de distracción para la opinión pública que desatiende otros problemas reales que dimanen de la estructura misma de la sociedad. Y evidentemente en la lucha contra el terrorismo exaltará las acciones realizadas por los insurgentes y callará las que son manifestación de la violencia estatal.

Por último, la Sociedad Internacional de Criminología ha señalado que la acción terrorista es una acción indirecta ya que si la violencia se dirige contra una determinada víctima, por ejemplo, una autoridad política, en definitiva se está afectando al Estado o a la sociedad, al menos da una parte importante de ella de manera tal que cabría hablar de un destinatario colectivo de la acción terrorista⁴²⁸.

3^a *Provoca un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad.*

Naturalmente se advierten elementos psicológicos en la acción terrorista, que busca (como fin mediato) producir terror, y asociado a ello un sentimiento de inseguridad extrema desproporcionado en relación a los daños directos ocasionados por la violencia⁴²⁹. La persecución de este fin mediato - a nuestro entender-, ha llevado a algunos autores a confundirle con el fin último del terrorismo⁴³⁰.

⁴²⁵ CALDUCH. 1997. p.13.

⁴²⁶ CALDUCH. 1997. p. 14. Señala: "Se intenta con ello potenciar la seguridad, emocional y racional, que confiere la participación en la entidad colectiva que caracteriza al grupo terrorista. En definitiva, se trata de que la violencia demuestre al terrorista y a sus simpatizantes que el fin justifica plenamente los medios empleados, impidiéndole así entrar en cualquier otra consideración de naturaleza política y moral, o simplemente de oportunidad".

⁴²⁷ FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel. "*Prensa, opinión pública y terrorismo*" en *Terrorismo Internacional*. (Dir.) Salustiano Del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp. 65-80, esp. p.70.

⁴²⁸ La Sociedad Internacional de Criminología agrega que la acción terrorista se funda en el miedo o la impotencia de sus víctimas inmediatas, impotencia que "aumenta el pavor en el espíritu de la colectividad que es el destinatario último". CASTILLO – PICCA – BERISTAIN. 1993. p.495.

⁴²⁹ CALDUCH. 1997. pp.14-15

⁴³⁰ Así FERNÁNDEZ MONZÓN, M. (1984, p.67); quien a partir de la creación del miedo deduce el elemento político. "La pretensión última del terrorismo es suplantar al Estado en lo que tiene más de básico, la administración del miedo, competir con él en la función esencial para el mantenimiento de la sociedad civil, que es la de dar seguridad a los ciudadanos, de modo que sobre este miedo controlado se pueda asentar la convivencia política".

Fernando REINARES siguiendo a Raymond ARON señala en torno a este elemento psicológico: "Precisamente cuando una acción de violencia genera efectos psíquicos desproporcionados respecto a sus consecuencias materiales adquiere peculiaridades propias de lo que se denomina *terrorismo*"⁴³¹. Efectos psicológicos cuyo alcance apoyaría la pretensión de sindicarse como colectivo al destinatario de las acciones terroristas. "Las víctimas humanas de la violencia - dice SCHMID -, generalmente son seleccionadas al azar, o selectivamente de una población objetivo, y sirven como generadoras de mensajes"⁴³². Lo que se pretende a través del menoscabo de la integridad física, o en general con el ataque a blancos de relevancia simbólica en la sociedad, es convertirlos en un medio para que la violencia terrorista ejerza posteriormente funciones de comunicación y control social⁴³³.

La noción "terror" alude a la violencia que se aplica de una manera ostentosa e inesperada, en forma tal que se cree un estado de temor y consternación en un grupo generalizado de personas⁴³⁴, estado psicológico que consiste en la percepción de una amenaza mortal frente a la cual no existen alternativas, sino incertidumbre⁴³⁵. Como efecto de esta percepción, el sujeto proyecta sobre sí el desorden exterior y en el plano físico, literalmente se estremece, en tanto que psíquicamente se caracteriza por la comisión de actos irracionales⁴³⁶. "En el plano individual, bajo el terror el individuo se percibe inerme, porque aunque se sabe amenazado por un peligro mortal, éste se presenta con un carácter misterioso y caprichoso"⁴³⁷. Ahora bien, entre "terror" y "terrorismo" existe una clara diferencia que se maneja en el ámbito de la ideología y en relación con la finalidad política. El terror se refiere a un estado de extremo temor e ansiedad. Pero la adición de "ismo" eleva el concepto del ámbito de la psicología y lo sitúa en las esferas de las creencias y las ideas"⁴³⁸.

La selección de blancos de acuerdo a criterios funcionales no priva a la acción terrorista de su carácter indiscriminado, *al menos eventual*. Lo característico del terror, es que no se agota en el hecho material que se ejecuta violentamente, sino que prolonga sus efectos en la conciencia de una sociedad. Mediante los delitos de terrorismo se intenta ante todo *destruir voluntades* y para ello el hecho ejecutado tiene que contar con una suficiente capacidad de trascendencia y dinamismo como para que pueda ser percibido como un hecho espectacular y llamativo. La lógica del terrorismo reclama, como habíamos anunciado, *publicidad*, cuestión ésta que contribuye asimismo a diferenciarlo de otras formas de violencia.

Esto es particularmente notorio tratándose del terrorismo internacional. Como escribe MONTEALEGRE: "el significado especial que hoy tiene el terror indiscriminado, radica en la intimidación sistemática de la opinión pública internacional para forzarla a influir en autoridades locales que controlan una determinada situación política, en la que el grupo terrorista se siente fatalmente oprimido y en la que estima que su única alternativa es la fuerza. Los grupos terroristas, así no sólo se dirigen a la autoridad local, que califican como directamente responsable de su situación, sino que a autoridades extranjeras, las que piensan,

⁴³¹ REINARES. 1993. p.39; ARON, Raymond. *Praix et guerre entre les nations*. Calmann Levy, París, 1962. p.176.

⁴³² SCHMID, Alex. *Political Terrorism*. By A.Schmid y A. Jogman. Amsterdam, Oxford y New York, 1989, p.28.

⁴³³ En este sentido se manifiesta REINARES. 1993. p.40. Para un análisis sobre el uso de la violencia terrorista como mecanismo de comunicación y control social ver ROUCEK, J. "*Sociological elements of a theory of terror and violence*", *AJES*. Vol. 21, 1962. pp.165-172; CRELINSTEN, R. "*Terrorism as political communication: the relationship between the controller and the controlled*", en WILKINSON, P. y ALASDAIR, M. *Contemporary Research on Terrorism*. Aberdeen University Press, 1987. pp.3-23.

⁴³⁴ MONTEALEGRE. 1979. p. 271.

⁴³⁵ Calduch especifica que para lograr el terror e inseguridad es preciso que las acciones terroristas se desarrollen prioritariamente en un escenario social y político pacífico o contra una población no beligerante. CALDUCH. 1997. p.15.

⁴³⁶ CRENSHAW. 1972. p. 383.

⁴³⁷ JIMÉNEZ, Gustavo. *Violencia y terrorismo*. CIPIE (Fundación Centro de Investigación y Promoción Iberoamérica y España). Madrid, Mayo-Junio, 1983. p.39

⁴³⁸ O'SULLIVAN, Noel. *Terrorismo, Ideología y Revolución*. Trad. Míguez. Editorial Alianza, Madrid, 1987. p. 21.

pueden ejercer una presión favorable a sus intereses"⁴³⁹. Pero nada obsta a que en lugar de lograr el apoyo buscado, produzcan un efecto contrario aumentando el rechazo social. Este es el riesgo del terrorista, aún así, el que comete delito terrorista apuesta a la función intimidatoria de la fuerza⁴⁴⁰.

A nivel del terrorismo que se proyecta dentro de las fronteras nacionales y de acuerdo al estudio realizado en torno a las formas de violencia política, podremos distinguir - siguiendo a LEMKEN, AZÚA y WILKINSON -, un terror represivo y un terror revolucionario. Entienden estos autores al *terror revolucionario* como método de acción política terrorista, escogido como camino de lucha, destinado a privar o disgregar por el terror la base social de apoyo del contrario. Sus actores serían pequeños grupos sectarios, desligados por imposibilidad ideológica y social de la lucha abierta y de masa por el poder; que buscan por la vía de medios indirectos influir en la vida política nacional, precipitándose en la aventura y agitación falseada. El *terror represivo* sería aquel referido a las acciones del aparato represivo, integrado fundamentalmente por unidades policiales y organismos de seguridad, con la suficiente preparación y capacidad tecnológica para resolver situaciones extremas provocadas no solo por la actividad terrorista de organizaciones contrarias al sistema político imperante, sino también por las organizaciones populares de los disidentes, radicalmente distintas de las bandas terroristas. Es en esta área donde el terrorismo se ha manifestado como una herramienta eficaz y constante. Los grupos interesados en la represión asumen como natural el hecho que, mediante el terrorismo les es posible desbaratar organizaciones revolucionarias, destruyendo físicamente sus cuadros y haciendo un vacío en torno a ellos, amedrentando la base de apoyo social y controlando por la coacción extrema a la población"⁴⁴¹.

Por otra parte, no debe olvidarse que en la creación de este estado de terror influyen indudablemente los medios de comunicación, quienes en reiteradas ocasiones hacen aparecer la violencia terrorista mucho mas letal y organizada de lo que realmente es. Es el despliegue propagandístico lo que se ha convertido en *un factor de alarma institucionalizado*, de tal manera que el hecho delictivo no basta por sí mismo como fuente de terror, sino que pasa a convertirse en un elemento cuyos efectos son operables o manejables por los medios de difusión, ya para atenuar o moderar sus efectos psicológicos, ya para hacerlos patéticos o dramáticos, especialmente cuando del terrorismo insurgente se trata⁴⁴².

4ª El terrorismo ha adoptado usos tácticos y estratégicos, que le dan la característica de *estrategia predominante o "método tendencialmente exclusivo"*⁴⁴³, especialmente en el marco de las sociedades industriales avanzadas. Se trata de una violencia sistemática que exige una planificación, lo que excluiría - según CALDUCH -, las situaciones puramente espontáneas o accidentales. Es precisamente este *carácter estratégico* lo que permite hablar de *organización terrorista*, la manera mas adecuada de diseñar y llevar a cabo una estrategia.

La organización exige una estructura jerárquica y la delimitación de funciones en su interior, que actúa de manera clandestina y logísticamente bien provista. En general, la organización de todo grupo conspirativo, y por ende la organización de los grupos terroristas, es mantenida en secreto y estricto hermetismo, y tiene la particularidad de adaptarse a las condiciones generales y específicas del terreno en el que actúa cada grupo. La ilegalidad y la clandestinidad

⁴³⁹ MONTEALEGRE. 1979. pp.270-271.

⁴⁴⁰ Los límites del terror vienen dados por la multiformidad de reacciones que a cada sujeto en particular pueden producir determinados actos terroristas. "Bajo ciertas circunstancias - señala JIMÉNEZ -, una amenaza que para algunos puede significar el inicio del terror propiamente tal, en otros significará la mera producción de un estado de alerta, e incluso los galvanizará agudizando sus capacidades defensivas y ofensivas" JIMÉNEZ, G. 1983. p.42. Pero no es posible hacer una "lista" de acciones que produzcan terror, puesto que los hechos se encuentran mediatizados por factores culturales, contextuales y de personalidad. La estrategia terrorista se preocupa justamente de determinar el valor social probable del impacto de sus actos, y sobre esta base los realiza.

⁴⁴¹ BLISCHENKO - ZNADOV. 1983. p. 51.

⁴⁴² Sobre la relación terrorismo-medios de comunicación-opinión pública, véase entre otros CALDUCH. 1993 y MIGUEL, A. 1982.

⁴⁴³ REINARES. 1993. pp. 42 y 47.

serían las características definitorias de estas organizaciones. REINARES las ha definido como "una clase peculiar de organización política caracterizada por su naturaleza clandestina y tamaño relativamente reducido, que trata de afectar la distribución del poder en una sociedad mediante un repertorio de acción colectiva en el que ocupa un lugar predominante la práctica de esa forma de violencia que cabe conceptualizar como terrorismo"⁴⁴⁴.

La clandestinidad exige la centralización y compartimentación, elementos que no siempre han estado presentes a través de la historia⁴⁴⁵. De hecho, muchas de las organizaciones que a este nivel operaron antaño debieron descompartimentarse para ganar adeptos⁴⁴⁶. Este tipo de estructura descentralizada ha sido adoptada por las tendencias anarquistas en su mayoría. La descentralización trae aparejada una tendencia hacia la incapacidad de mantener una línea política homogénea, dificultando así la capacidad de lograr un porcentaje de apoyo popular para estas organizaciones⁴⁴⁷. La estructura y división de funciones dice relación con el grado de especialización de cada uno de sus integrantes, y su carácter de organización paramilitar⁴⁴⁸. LABROUSSE por ejemplo, distingue entre oficiales, combatientes y colaboradores. Los primeros serían aquellos con un grado de conocimientos técnicos superiores en determinadas áreas especialmente de ingeniería y explosivos, y a cuyo cargo se encuentra la instrucción del resto de la organización; los segundos serían los que conforman la masa interna de la organización quienes ejecutan por regla general las acciones bajo el mando de un oficial, sea que éste participe o no, y los terceros serían quienes sin pertenecer formalmente a la organización prestan auxilio en tareas, comúnmente menores, pero que destacan por su importancia en el desarrollo del accionar operativo. Algunos de ellos están integrados como miembros del aparato (pre-combatientes o pre-militantes), otros permanecen en la periferia organizados también en redes que pueden abarcar todos los estratos sociales⁴⁴⁹. Estas consideraciones nos servirán a la postre para el análisis jurídico de las conductas de colaboración.

Cuando se trata del terrorismo de Estado, la organización terrorista cuenta con la estructura militar estatal para ejercer la violencia contra la sociedad, lo que explica que muchas veces sus acciones excedan el marco del terrorismo y se adentren en violaciones graves y masivas de derechos humanos⁴⁵⁰.

5ª *Ataca frontalmente a los derechos humanos a través de una violencia que a la postre va adquiriendo los caracteres de indiscriminada.*

La doctrina ha sido casi unánime en señalar que la estrategia terrorista que adoptan las organizaciones clandestinas, para alcanzar un objetivo político, trae aparejado un grado de indiscriminación de la violencia. Como apuntábamos, pese a la selección de determinados blancos

⁴⁴⁴ REINARES. 1993. p.49.

⁴⁴⁵ Un amplio análisis sobre el modelo organizativo y la clandestinidad puede encontrarse en DELLAPORTA. 1996. pp. 233-239.

⁴⁴⁶ Fue, como hemos podido apreciar, el caso de BR y RAF alrededor de las cuales giraron grupos de simpatizantes, tales como los Núcleos del Movimiento Proletario de Resistencia Ofensiva para el caso de las BR y los Comités Antifascistas, para el caso de las RAF.

⁴⁴⁷ Pierre VALLIERENS, destacado miembro del Frente de Liberación de Quebec, grupo que adoptó este tipo de estructura, indica: "debemos reconocer que jamás ha habido organización Frente de Liberación de Quebec como tal, sino únicamente de las células o de los pequeños grupos, limitados en número, en efectivos y en medios, sin vínculos orgánicos entre ellos, sin "núcleo" director y sin verdadera estrategia". VALLIERENS, Pierre. *Autobiografía precoz de un terrorista*. Editorial Siglo XXI, México, 1969. p.316.

⁴⁴⁸ Milán MARINOVIC ha enfatizado el carácter paramilitar de las organizaciones indicando que "las acciones terroristas son llevadas a cabo por grupos de civiles organizados sobre la base del adoctrinamiento militar de comandos que emplean el ocultamiento y la sorpresa como método de lucha" MARINOVIC, Milán. M. *Hipótesis del Terrorismo: una metodología de análisis aplicada al caso chileno*. ICP, Universidad de Chile, Santiago, enero de 1987. pp.8-9.

⁴⁴⁹ LABROUSSE, Alain. *Los Tupamaros*. Editorial Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971. p.278.

⁴⁵⁰ En esta opinión FRÜHLIG, Hugo. "Modalidades de la Represión Política en el Cono Sur de América Latina" en *Jaque a la Democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina*. (Ed.) A. Varas. Grupo Editor Latinamericano, Buenos Aires, 1990; CALDUCH. 1997.

simbólicos como objetivos de ataque directo, es el sistema político en su conjunto lo que resulta afectado, toda vez que en el orden político contemporáneo, modelo típico de dominación racional, donde es la legalidad de las normas su fundamento, la autoridad ya no es tanto personal como funcional⁴⁵¹. De hecho, si bien los objetivos preferentes del terrorismo han sido altos cargos del gobierno o de la administración, representantes de partidos políticos, diplomáticos, es notorio que en las sociedades avanzadas esta violencia cada vez más se va dirigiendo contra escalones intermedios e inferiores de la jerarquía estatal, llegando a alcanzar a personas ajenas a la lógica del conflicto⁴⁵². Ejemplificador es la evolución que a este respecto ha sufrido ETA. Del ataque al Presidente de gobierno (Carrero Blanco) ha pasado a concejales y miembros de partidos políticos, e inclusive civiles. En Latinoamérica se ha observado una evolución similar en los casos colombiano y peruano, pero no en los casos chileno⁴⁵³, argentino o uruguayo, ya que el grado de indiscriminación de la violencia ha sido infinitamente menor. Cabe pues, hablar aún de lo que algunos autores denominan "terrorismo selectivo" y "terrorismo indiscriminado"⁴⁵⁴.

El matiz indiscriminado de esta violencia es lo que caracteriza al terrorismo como un ataque frontal a los derechos humanos. Entendemos por derechos humanos, siguiendo a PRIETO SANCHÍS, como "el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"⁴⁵⁵. Valiéndonos de la precisión que hacen DEL BARRIO y a LEÓN REYES⁴⁵⁶: los *derechos humanos*, son el "conjunto de derechos y libertades que definen el estatuto jurídico de las personas frente al Estado"; los *derechos fundamentales de la persona humana* son "aquellos que corresponden a ésta, en razón de su propia naturaleza y que deben ser reconocidos por todos los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales".

Su contenido está determinado históricamente y es lo que le da su carácter de relativos⁴⁵⁷, pero tienen una base común: obedecen al convencimiento de la existencia de principios y valores morales y de justicia, superiores a la autoridad del Estado de que dependen⁴⁵⁸. En palabras de PACHECO: "...constituyen el fundamento de todo el Estado nacional moderno y una exigencia que el conjunto de la humanidad ha establecido para todos los hombres y en todos los países"⁴⁵⁹.

⁴⁵¹ REINARES. 1993. p.53. En oposición al modelo tradicional de dominación basado en el principio de la personalidad, en donde encuentra cabida el tiranicidio.

⁴⁵² Opinión contraria parece sostener FERNÁNDEZ MONZÓN para quien la actuación del terrorismo, lejos de ser indiscriminada, por el contrario escoge muy bien los sectores sociales, los lugares y los tiempos a los que quiere infundir terror, porque sabe que cuando su actuación es indiscriminada pierde toda capacidad de vender seguridad, porque no demuestra saber administrar el miedo" (1984, p.76). Creemos que esta reflexión carece de generalidad ya que si bien en ciertos Estados el terrorismo aún discrimina entre sus objetivos, en otros, no distingue, sobre todo cuando existe un conflicto armado.

⁴⁵³ La violencia política en Chile, como analizamos, ha presentado un carácter multiforme en este aspecto. Si bien los grupos de izquierda han coincidido en la ideología no ha sido igual en torno a la selección de sus objetivos. El FPMR siempre se caracterizó por su preferencia a altas autoridades y representantes políticos, mientras que el MJL no hacía distinción y sus víctimas por regla general pertenecían a los escalones intermedios e inferiores de la administración, especialmente en la organización policial.

⁴⁵⁴ Así, FATTAH, Ezzat A. "*Terrorist activities and terrorist targets: A tentative typology*" (Eds.) Yohan Alexander y Jhon M. Gleason. *Behavioral and Quantitative Perspectives on Terrorisms*. Nueva York y Oxford: Pergamon Pres, 1981. Citada por REINARES. 1993. p. 42 y 53; que discrepa de la clasificación que hace la primera, tratándose de las sociedades industriales avanzadas.

⁴⁵⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. "*Protección de los derechos fundamentales*" en ADDHH, Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1983. p.46.

⁴⁵⁶ DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p. 116.

⁴⁵⁷ Véase, supra, Introducción, e infra Cap. VI, Apdo. 2º, punto III. *Criterio de valoración jurídico penal del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo*.

⁴⁵⁸ En esta opinión, DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.118.

⁴⁵⁹ PACHECO, Máximo. Conferencia Claudio Orrego Vicuña, "*Los derechos humanos como fundamento del sistema democrático*", ICHECH, 1986. Cit. por DEL BARRIO y LEÓN, 1990, p.123. En EL Mismo sentido estos últimos autores: "El que debe respetar los derechos del hombre es el Estado, titular del poder y custodio del orden jurídico... los derechos humanos constituyen el fundamento de legitimidad moral y jurídica de todo el Estado nacional moderno". Ob. cit., 1990, pp. 122 y 123.

Por esto es que, la violación a los derechos humanos es una conducta que esencialmente corresponde al Estado⁴⁶⁰. Si los derechos humanos se encuentran positivizados y recogidos en las normas de carácter internacional, huelga decir que es el Estado el primer llamado a respetarlas. Pero ello no quiere decir que determinadas organizaciones, sin ser Estado, puedan asimismo realizar esta conducta. Veamos por qué.

Si consideramos que “toda violación a los derechos humanos es una agresión a la Libertad, la Justicia y la Paz del conjunto de los pueblos del orbe”⁴⁶¹, tendremos que aceptar que “no son conductas simples, aisladas y puntuales”, sino “prácticas de dominación política, de naturaleza compleja, que involucran diversos niveles de actuación del Estado”⁴⁶². Luego, el carácter sistemático y reiterado es elemento esencial a tales violaciones. Como señala NOVOA MONREAL: “las violaciones a los derechos humanos adquieren su verdadero carácter y su verdadera proyección cuando constituyen violaciones masivas y sistemáticas de los bienes jurídicos de los derechos humanos. Un atentado de carácter ocasional y aislado, no conlleva todo lo que significa como aporte ético, social y político, la Declaración Universal de Derechos Humanos”⁴⁶³.

De allí se sigue, como sagazmente advierten DEL BARRIO y LEÓN REYES⁴⁶⁴, que *no toda violación de derechos humanos constituye terrorismo*, sino solo aquella que tenga un *carácter masivo y sistemático*. En el caso del terrorismo patrocinado por el Estado, tales atropellos deben formar parte de su estrategia política, sea oficial o encubierta. En el caso del terrorismo insurgente, deben formar parte de la estrategia diseñada por la organización, en cuanto tácticas inmediatas de acción. Por otra parte, *el terrorismo no viola cualquier derecho, sino solo derechos humanos fundamentales*⁴⁶⁵.

En ambos casos se necesita una estrategia y una organización, de suerte tal que, las organizaciones insurgentes podrían ser consideradas, a efectos de esta violación de derechos humanos, como un “microEstado” o un “Estado dentro del Estado”, expresiones de BERNER y PATALANO⁴⁶⁶. Es la misma idea que sostiene en Chile, DOMÍNGUEZ VIAL: “En una democracia, el terrorismo es el asalto al poder del Estado desde el poder alternativo del grupo que ejerce el terror... amenaza indiscriminadamente a toda la población...trata de doblegar las instituciones públicas creadas por la soberanía popular...y por ello puede sostenerse que el grupo terrorista, por pequeño que sea se ha erigido en Estado...”. La organización viola los derechos humanos “no por su condición de asociación privada, sino por el ejercicio de la soberanía usurpada”⁴⁶⁷.

Por último, el grado de indiscriminación en la violencia, indicador de que se trata de una violación a derechos humanos, está en estrecha relación con el apoyo social con que puede

⁴⁶⁰ Es la opinión de ETCHEBERRY, para quien las violaciones a los derechos humanos pueden definirse como la lesión o puesta en peligro que se realiza: a) Por la autoridad política, gobierno o sus agentes, sea en cumplimiento de sus disposiciones legales, que son en sí mismas atentatorias contra dichos derechos, sea como parte de una política oficial aunque no se proclame como tal, sea en forma de abusos individuales o aislados de funcionarios o agentes públicos, b) Por individuos o grupos privados, en la medida que ellos actúen por encargo de la autoridad o con el beneplácito de ésta, o se vean tácitamente autorizados por la impunidad que les brinda el gobierno”. ETCHEBERRY, Alfredo. “*Tipificación y penalidad de los derechos humanos*”, ponencia en Seminario “*La justicia ante las violaciones de derechos humanos en Chile*”, Stgo. 13-14 nov. 1987, publicado por CChDDHH.

⁴⁶¹ PACHECO, M. 1986, Cit. por DEL BARRIO y LEÓN, 1990, p.123.

⁴⁶² DEL BARRIO y LEÓN, 1990, p.124

⁴⁶³ NOVOA MONREAL, E. “*La reacción penal ante las violaciones de derechos humanos*”, intervención en Seminario “*La justicia ante las violaciones de derechos humanos en Chile*”, Stgo., 13-14 de nov. 1987. Publicado por CChDHH.

⁴⁶⁴ EL BARRIO y LEÓN, 1990, p.126.

⁴⁶⁵ En la definición de DEL BARRIO y LEÓN REYES: “Terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales (la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal”, (1990, p.126).

⁴⁶⁶ BERNER, “*Die Lehre der Teilnahme an Verbrechen und die Controverse über dolus und culpa*”, Berlin, 1847,p.486. PATALANO, V. *L'associazione per delinquere*, Ed. Jovene, Napoli, 1971, pp.152 y ss. Ambos, cits. por LAMARCA, C. 1985, p.92, nota 254.

⁴⁶⁷ DOMÍNGUEZ VIAL, A. *El Poder y los derechos humanos*, Edit. Terranova, Stgo., Chile, 1988, pp.56-57.

contar el terrorismo. Mientras mas aislado socialmente se encuentre una organización, mientras menor sea el apoyo popular con el que cuenta, su violencia tenderá a ampliarse y el ataque a los derechos humanos será evidentemente mayor. Por el contrario, mientras con mayor apoyo popular cuente, su carácter terrorista tenderá a desvanecerse. En este sentido WIEVIORKA expresa que el terrorismo practicado por un grupo político deviene en simple violencia social, cuando es capaz de atraer para sí cierto respaldo popular, pese a no registrarse alteraciones significativas en los métodos de acción⁴⁶⁸. Esto resulta difícil comprender si al mismo tiempo no consideramos que el carácter terrorista puede llegar a perderse, no tanto por la legitimación que de sus objetivos haría un grupo social, sino asimismo porque de constituir un amplio sector el método de acción cambiaría pudiendo utilizar las vías legales de participación política.

Conforme a las características reseñadas, algunos autores estiman que el terrorismo puede ser llevado a cabo por actores individuales o colectivos⁴⁶⁹. No parece ser ésta una referencia al clásico y solitario francotirador, sino mas bien a quienes, sin pertenecer, a una organización terrorista, colaboran con ella al logro de sus objetivos. Entendemos que éste sería el fundamento sociológico en el cual se apoyarían quienes defienden la punición de conductas de colaboración.

2. *Formas del Terrorismo.*

Dice WILKINSON que "aunque el terrorismo sólo es uno entre muchos métodos de lucha, aún es un concepto bastante amplio como para incluir una gran variedad de tipos y aplicaciones diferentes"⁴⁷⁰. Coherentes con nuestra exposición sobre violencia política distinguiremos en primer término entre terrorismo internacional y terrorismo interno. El *terrorismo internacional* en general comprende los incidentes con consecuencias internacionales; esto es, "aquellos en que los terroristas van al extranjero para realizar sus objetivos o seleccionen sus víctimas por su conexión con un Estado extranjero (diplomáticos), los ataques a líneas aéreas,...secuestros de avión"⁴⁷¹. El *terrorismo interno*, en cambio, es el que atañe al territorio de un Estado determinado⁴⁷².

Sin el ánimo de adentrarnos en una materia tan vasta como es el terrorismo internacional, hay que destacar que tal carácter distintivo proviene de la constatación de un cierto grado de concertación, solidaridad y asistencia entre las distintas organizaciones terroristas del mundo, tanto del terrorismo insurgente como del estatal o paraestatal. Ejemplos como la planificación de la comisión de determinados actos en un país para ser llevados a cabo en otros, el apoyo logístico entre los grupos insurgentes, y el desplazamiento de "expertos" o consejeros" extranjeros para la instrucción de los cuerpos policiales y para policiales ponen en evidencia este carácter.

Hablamos de "terrorismo de Estado internacional" en el caso en que es cometido por un Estado en contra de otro Estado. Estos actos de terrorismo han sido sancionados, al menos

⁴⁶⁸ WIEVIORKA, 1988, pp.461-491)

⁴⁶⁹ En este sentido se ha manifestado la Sociedad Internacional de Criminología que concibe la acción terrorista como "un modo de actuar de determinada manera que puede ser ejecutada por cualquier sujeto individual o colectivo, de derechas o de izquierdas, altruista o interesado, actuando por cuenta propia o mercenario, privado o estatal... es la acción la que transfiere se cualidad terrorista a su autor, incluso si no es más que una acción aislada o inhabitual". CASTILLO – PICCA – BERISTAIN. 1993. p.494.

⁴⁷⁰ WILKINSON, P. "La lucha contra la hidra: el terrorismo internacional y el imperio de la ley" en O'Sullivan, Noel. *Terrorismo, Ideología y Revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. p.255.

⁴⁷¹ JENKINS. 1984. p. 13. Sobre terrorismo internacional véase entre otros DEL CAMPO, Salustiano. *Terrorismo Internacional*. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984; RAMON CHORNET, Consuelo. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993; RUIZ MIGUEL, Alfonso. "La violencia en las relaciones internacionales" en *Revista Sistema*, Nº 132-133, Monográfico sobre violencia y Política, 1996. pp.259-270; HOFFMAN. 1996. pp.289-304; WILKINSON. 1987. pp. 251-271 y MICKOLUS, Edward. *Transnational Terrorism: A Chronology of Events (1968-1979)*. Westport: Greenwood Press, 1980.

⁴⁷² En este sentido recordemos las consideraciones de MERTENS, que distingue entre acto terrorista en tiempos de guerra, esto es acciones de crueldad inútil que tipifican los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y actos terroristas en tiempos de paz, distingue entre terror subversivo y terror de Estado. BLISCHENKO y ZNADOV. 1983. p.51.

moralmente, por la Corte Interamericana de Justicia de La Haya. Los actos de terrorismo de Estado internacional, generalmente se manifiestan en una intromisión de las políticas internas de un determinado país, en la contratación de mercenarios para fracturar su sistema democrático, y una serie de actos de política intrusiva, permanente y sistemática que importan una violación de la soberanía. A modo de ejemplo puede citarse la invasión norteamericana a Panamá en 1989 justificada en la lucha contra el narcotráfico; y el bombardeo a Bagdad realizado en 1993 por parte de Estados Unidos, justificado en la neutralización de un "supuesto plan terrorista" del gobierno de Hussein⁴⁷³. Para Paul WILKINSON, el terrorismo internacional patrocinado por Estados, es usado casi instintivamente como herramienta de su política exterior por regímenes que normalmente utilizan métodos de terror estatal para suprimir la disidencia interna"⁴⁷⁴.

Pero es el terrorismo interno el que nos ocupa, como decíamos, al analizar la primera característica genérica del terrorismo, éste puede tener por objeto alterar sustancialmente una determinada distribución del poder, o mantener el orden político establecido. En el primer caso hablamos de terrorismo subversivo, o insurgente, y en el segundo supuesto de terrorismo de Estado, terrorismo estatal y/o paraestatal, o terrorismo vigilante⁴⁷⁵.

2.a. *El terrorismo insurgente o subversivo.*

Llámesese entonces, de manera general, terrorismo insurgente a aquel que pretende alterar las normas básicas de convivencia social plasmadas en la legalidad, aquel que altera la tranquilidad ciudadana con el fin de subvertir el orden político constitucional del Estado. REINARES lo concibe como aquel que tiene por objeto "socavar la estabilidad de un régimen establecido... que viene diseñado, a este respecto, para dificultar el mantenimiento de la paz civil, tratando de generar una situación de caos que socave la credibilidad de las autoridades y haga perder legitimidad a un determinado régimen o situación de dominio"⁴⁷⁶. A su vez, en el terrorismo insurgente podemos distinguir otras formas de terrorismo que difieren en la especificación de su objetivo político; como por ejemplo el terrorismo de derecha, de izquierda y étnico nacionalista.

El terrorismo proveniente de la izquierda, o *terrorismo rojo*, tal como señalábamos al hablar de la violencia revolucionaria, contiene dos tipos de ideología, de una parte obedece a la ideología neoleninista y jacobina en el sentido de que mantiene una concepción de la revolución proletaria y su realización práctica, y por la otra, obedece a una ideología neostalinista en lo que concierne a su organización. Este se define a sí mismo como la vanguardia armada del movimiento proletario y de la lucha antiimperialista. Mediante sus acciones intenta atacar a las personas o a los lugares que constituyen símbolos del poder del Estado y del poder económico, así como las instituciones auxiliares como la policía y los jueces⁴⁷⁷. Se suele encuadrar en este esquema a BR italianas y RAF alemana, entre otros⁴⁷⁸.

En estrecha conexión con lo anterior nos encontramos con el terrorismo táctico de la guerrilla, como las de SL y MRTA en Perú y las FARC en Colombia. Se trata de una lucha

⁴⁷³ Encontramos una cierta similitud entre esto y el bombardeo de la OTAN a la Ex Yugoslavia, perpetrado en 1999 que aumentó el número de víctimas de la guerra entre serbios y kosovares. La actitud de la OTAN fue una clara intromisión en las políticas internas del Estado, intromisión violenta que no se justifica ni aún existiendo un régimen autoritario como el de Milosevic. Quizás el costo humano de la guerra hubiese sido infinitamente menor si la tan calificada de "necesaria intromisión" hubiese sido efectuada por Fuerzas de Paz. ¿Por qué había de optarse por el recurso extremo sin haber agotado los que al menos tienen un costo menor de vidas humanas?.

⁴⁷⁴ WILKINSON. 1987. p.255.

⁴⁷⁵ Denominación que adoptan autores como SCHMID, Alex y DE GRAAF, Jany. *Violence as Communication: Insurgent Terrorism and the Western News Media*. London y Beverly Hills: Sage, 1982. p.69; REINARES. 1993. p.42.

⁴⁷⁶ REINARES. 1993. p.45.

⁴⁷⁷ BARATTA. 1985 a. pp.18-19.

⁴⁷⁸ Véase supra en este capítulo: 4. *Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina*.

militar en la que un ejército se enfrenta a otro ejército y cuyas tácticas terroristas consisten en "la aplicación indiscriminada de la violencia con el objetivo de quebrar psicológicamente al adversario"⁴⁷⁹. En esto se diferencia de la utilización *estratégica* del terrorismo que, reiteramos, obedece a aquellos supuestos en los que ya no constituye un método auxiliar sino casi exclusivo o al menos preferente⁴⁸⁰. El contenido del terrorismo como táctica en la guerrilla cambia en relación a las acciones que se dirigen indiscriminadamente contra *toda la población*⁴⁸¹. Al respecto CORTINA, acierta cuando indica: "el coche bomba, el explosivo en una estación, un aeropuerto o un supermercado, así como el secuestro de un avión tienen por meta atraer la atención sobre la propia causa y mostrar la propia potencia, por eso se trata de acciones cuyos efectos son indiscriminados"⁴⁸². En similar sentido parece pronunciarse GUILLESPIE cuya definición parece decir que la diferencia principal entre la guerrilla y el terrorismo político, radica en que la primera es más discriminada y previsible en el uso de la violencia⁴⁸³. Pero ello no da margen para establecer como criterio diferenciador entre terrorismo y violencia revolucionaria legítima, el solo carácter de medio de defensa frente a un invasor o un procedimiento para ganar el conflicto, que aparece con notoriedad en la violencia guerrillera.

Conforme a lo expuesto, se deduce que la utilización del terrorismo no es consustancial a la guerrilla, también porque la guerrilla aspira a derrotar al Ejército enemigo a través medios mas convencionales de combate, ganando el control de áreas geográficas para la instauración de gobiernos provisionales paralelos⁴⁸⁴. De ahí que la guerrilla se desarrolle mas bien en países en los que existen grandes desigualdades sociales, sean regímenes autoritarios o democracias formales.

Cuando la orientación insurgente se torna "reactiva" hablamos de *terrorismo negro*. Esto es, cuando la violencia que se ejerce tiene por objeto la mantención de un determinado orden político o social, favorable a los intereses de segmentos acomodados de la sociedad. Por ello puede decirse que la característica común a todos estos grupos de la extrema derecha es su vinculación con poderosos grupos económicos y políticos, con frecuencia en relación con el crimen organizado⁴⁸⁵ y muchas veces con el mismo aparato estatal. La mayoría de las veces se vinculan a la ideología fascista, y buscan instaurar un régimen reaccionario no necesariamente conservador. Su estrategia se orienta, en general, hacia la desestabilización del sistema democrático. También puede advertirse su carácter funcional o dependiente para con su adversario político, es decir, como expone ARROYO ZAPATERO, cuando el terrorismo de izquierda decae y ya no incrementa el provecho político de la derecha, los grupos violentos de ésta última comienzan a actuar nuevamente⁴⁸⁶. En lo específico su estrategia se orienta hacia la utilización del terror mediante el atentado indiscriminado y por regla general no reivindicado (por ejemplo el atentado de la Piazza Fontana, el atentado de Brescia y el de la Estación de Bologna en Italia)

Ambos tipos de terrorismo, el de izquierda y el de derecha, o "rojo" y "negro" poseen elementos comunes que se vinculan a sus actuaciones: *Primero*, el empleo de métodos de violencia semejantes (atentados, asesinatos, etc.), *Segundo*, la ocasión en la que ejercen sus actos y lo que ellos entienden afirmar o negar que se vincula en ambos casos a la desconfianza frente a los principios democráticos, desconfianza que se manifiesta en su voluntaria negación a utilizar los

⁴⁷⁹ CORTINA. 1996. p.67.

⁴⁸⁰ La distinción entre uso "táctico" y "estratégico" del terrorismo ha sido desarrollada principalmente por BONANATE. 1979. p.134-140.

⁴⁸¹ Su frecuente identificación con el terrorismo es estimulada por el hecho de que las guerrillas urbanas no rechazan el terrorismo como una de las formas de acción, y de hecho tienden a usarlo en sus momentos de debilidad o aislamiento políticos.

⁴⁸² CORTINA. 1996. p.67.

⁴⁸³ GUILLESPIE. 1987. pp.189 y ss.

⁴⁸⁴ REINARES. 1993. p.46. Para, WÖRDEMANN la distinción es: la guerrilla procura ocupar el espacio, el terrorismo se esfuerza por ocupar la mente. WÖRDEMANN, Franz. (1977) "*Mobilität, technik und Kommunikation als shurturement des terrorismus*" en Manfred Funke (Ed.) *Terrorismus Untersuchungen Zur Strategie und Shurtur revolutionärer*. Gewalt politic. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung. Ob. Cit. por Reinares, 1993. p.145.

⁴⁸⁵ SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.144.

⁴⁸⁶ ARROYO ZAPATERO. 1985. pp.159-160.

mecanismos democráticos de participación que el sistema les ofrece, o como expone SERRANO PIEDECASAS una "voluntaria ausencia de los ámbitos institucionales"⁴⁸⁷, que es donde se forma en definitiva la decisión política. Esto ha sido particularmente notorio en el caso italiano⁴⁸⁸.

La actividad de estos dos tipos de terrorismo, es, por tanto, política y socialmente marginal⁴⁸⁹. Ni el terrorismo "negro" puede ser considerado históricamente como la expresión del proyecto político portador de la burguesía al poder, ni el terrorismo "rojo" es expresión del movimiento de liberación de las clases dominadas. Por el contrario, el terrorismo rojo, se alejó cada vez más de las masas dada la crisis de identidad del sujeto histórico imposible de determinar políticamente al interior del movimiento. La violencia patrocinada por el terrorismo de izquierdas italiano, por ejemplo, fue una violencia subjetiva y no política o proletaria, expresiones de violencia que no representaron la solución al conflicto de clases, como ha ocurrido en otros momentos de la historia y tampoco representó a aquellos sectores desfavorecidos de la sociedad que "no han encontrado una canalización suficiente en instituciones de mediación política"⁴⁹⁰.

En cuanto al *terrorismo nacionalista* valgan las exposiciones que hemos realizado en el primer capítulo en un análisis desde la teoría política y en este mismo capítulo en torno a la diferenciación entre los nacionalismos violentos y no violentos. Baste recordar que la violencia del nacionalismo se ha manifestado con mayor fuerza en la historia cuando de terrorismo de Estado se trata (fascismo y nacional socialismo). Sin embargo, desde mediados de siglo ha venido desarrollándose con mayor fuerza la violencia política y el terrorismo por parte de grupos insurgentes que con un marcado carácter independentista buscan el rompimiento con el Estado "opresor".

El terrorismo nacionalista se diferencia de los movimientos de liberación nacional en cuanto estos últimos, se han visto obligados a priorizar la utilización de la violencia en contra de un enemigo exterior, representado por el imperialismo a cuyo servicio se encuentra el poder político nacional⁴⁹¹. En el clásico ejemplo de las guerrillas latinoamericanas observamos la aparición de grupos nacionalistas que recurriendo al sentimiento "patriótico", en el sentido de un sentimiento de pertenencia y adopción a principios autóctonos, se oponen al Estado al que consideran al servicio del imperialismo. Se trata como indica la Sociedad Internacional de Criminología de la "búsqueda de una segunda independencia"⁴⁹². Pero no sólo la existencia del imperialismo enemigo es lo que permite diferenciar la guerrilla del terrorismo. Existen también factores que atañen a las formas de actuación de los grupos. Mientras la guerrilla es una lucha armada dirigida contra el Estado por grupos que se enfrentan a las fuerzas de orden, especialmente en el campo; el terrorismo es practicado más bien en el medio urbano, aunque también puede darse en el caso rural, como en los casos colombiano y peruano.

En el caso de Europa el sentimiento nacional ha actuado como un marco de referencia simbólico con una implantación social más o menos fuerte, lo que ha dado margen sobre la discusión de su legitimidad. Parece ser que en ello halla inserto el elemento de apoyo social, cuestión ésta que bien supieron lograr las guerrillas latinoamericanas dado su carácter antiimperialista. Si entendemos - siguiendo a TEJERINA⁴⁹³ -, que el desarrollo de una organización política que utiliza la violencia depende no tanto de su capacidad militar, como de la capacidad de crear un movimiento social en torno a sí misma, o de atraer otras organizaciones de

⁴⁸⁷ SERRANO PIEDECASA. 1988. p.145

⁴⁸⁸ Recuérdese la significación política que, según se ha explicado, tuvieron los atentados de la Estación de Bologna y el asesinato de Aldo Moro.

⁴⁸⁹ LEGAULT, Albert. "*La dynamique du terrorisme: le cas des Brigades Rouges*" en *Etudes Internationales*, Vol. XIV, N° 4, Décembre, 1983. pp. 660 y ss.

⁴⁹⁰ BARATTA. 1985 a. p.20.

⁴⁹¹ TOURAINE. 1989. p.323.

⁴⁹² CASTILLO - PICCA - BERISTAIN. 1993. p.505.

⁴⁹³ TEJERINA. 1997 a. p.122.

diferentes movimientos sociales hacia sus objetivos, tendríamos que decir, que en los casos del separatismo en los Estados Democráticos, la capacidad de movilizar a la sociedad civil en pro de sus demandas y en reivindicación de sus actos se ha ido perdiendo a través del tiempo. Nadie discutiría el vasto apoyo social que tuvo por ejemplo ETA en el franquismo, ni el IRA en sus inicios, así como tampoco el hecho de que ambas siguen contando con él en la medida que cuentan no sólo con organizaciones sociales y culturales favorables a sus intereses, sino también con partidos políticos. Porque no sólo la expresión en las urnas o en las prácticas sociales son las que resultan esenciales en el nacionalismo como concepto hegemónico, sino que como señala FUNES, también "los efectos que produce en la interacción social y en la delimitación simbólica de la realidad circundante" ⁴⁹⁴

La legitimidad de la organización separatista dependería pues del mayor o menor grado de apoyo social con que cuente⁴⁹⁵. Por ello, mientras menor sea el apoyo social, sus actuaciones tenderán a un mayor grado de violencia haciéndola cada vez más indiscriminada y se habla entonces de terrorismo. De contar con el apoyo social necesario podrían arriesgarse a utilizar las vías legales para lograr sus objetivos, en el contexto de una democracia material en la que la organización separatista pudiese aspirar a ganar sus reivindicaciones en las urnas.

2.b. *El terrorismo de Estado.*

La figura del terrorismo de Estado aparece como una manifestación de otra de mayor envergadura y que denominamos *abuso de poder*, entendiendo por tal la violación reiterada y sistemática a los derechos humanos mediante la utilización indebida del poder estatal respecto de los ciudadanos. Se trata pues de una violencia *ilegal e ilegítima*. Esta idea de Estado se orienta hacia una descripción de las estructuras que conforman su andamiaje jurídico e institucional. Históricamente representa una reacción defensiva extrema por la cual se aplican métodos de guerra de exterminio para resolver los conflictos internos⁴⁹⁶. En este conflicto, basado en la distinción "Amigo-Enemigo" de Carl Schmidt⁴⁹⁷ - distinción elaborada a partir de la axiología que tenga un Estado en un momento dado de la historia -, se califica a parte importante de la población como *enemigo* esencialmente ajeno a la nacionalidad, y contra él se ejerce todo el poder soberano.

Esta concepción tendenciosa de lo político, que cobró especial importancia bajo el régimen nacionalsocialista, constituye el elemento central de la *Doctrina de Seguridad Nacional*⁴⁹⁸ manifestada en las dictaduras militares, donde la tolerancia como característica del principio democrático, la necesidad de reconocimiento al otro, aún al "enemigo político", constituyeron un imposible y lamentablemente se seguirán manteniendo mientras no se superen los niveles de manipulación de la información, y la denominada "reconciliación nacional"⁴⁹⁹ no se sustente sobre la base del respeto, castigo y sanción a los responsables de las violaciones a

⁴⁹⁴ FUNES, María de Jesús. "Análisis de la repuesta social a la violencia política en el País Vasco" en *State and Societal Reactions to terrorism*. IISL, Onati Papers, N° 3, 1997. p.150.

⁴⁹⁵ "Cuando un marco de referencia nacionalista tiene un alto nivel de legitimidad en una sociedad hace difícil que cualquier movimiento social que entra en el juego de lo simbólico no se vea afectado por el mismo". FUNES. 1997. p.150.

⁴⁹⁶ Sobre los efectos que producen los métodos del terror estatal en los países latinoamericanos, véase TORRES-RIVAS, Edelberto. "Tras la violencia y el miedo, la democracia" en *Rev. Sistema*, N°132-133, 1996. pp.73-87.

⁴⁹⁷ Carl Schmidt, recogiendo la concepción activista - situacional del Derecho, basada en esta distinción entre "amigo - enemigo", indica que en el Estado terrorista se utiliza el Derecho y el Estado como una máquina de batalla, opresión y terror contra los enemigos. TAPIA VALDES, Jorge. *El terrorismo de Estado*. Editorial Nueva Imagen, México, 1969. p. 112.

⁴⁹⁸ Véase supra Capítulo I, párrafo II, puntos 1.b.2. *La Doctrina de Seguridad Nacional*, y 4. *Legalidad y Legitimidad en América latina: Crisis, Estado de derecho y derechos humanos* (especial referencia al caso chileno).

⁴⁹⁹ Baste señalar las leyes de amnistía y punto final que se han dejado en la impunidad las conductas desplegadas por las dictaduras militares argentina, brasileña, chilena y uruguaya. Para un análisis de las estadísticas relativas al número de víctimas y el número de Fuerzas de Seguridad comprometidas y amnistías militares véase: P.W. ZAGORSKI. *Democracy vs National Security, Civil Military relations in Latin America*. Lynne Rienner Pub, Boulder, 1992. p.99, cuadro 5.1.

los derechos humanos cometidas en dicha época⁵⁰⁰, y sobre la base de una mayor justicia social⁵⁰¹. En efecto, la consolidación de gobiernos de facto en países como Chile, así como los atroces actos cometidos por éstos se ampararon en el discurso de la recuperación de la “cultura occidental cristiana”, en la medida de legitimar la posibilidad real de eliminar físicamente al “enemigo”, personificado por los sectores de izquierda política, especialmente marxistas y sobre todo comunistas.

Esta legitimación se pretende efectuar, por tanto, mediante el traslado del acoso al "opositor", "enemigo" o simplemente "contrario", a las relaciones de los civiles con el objeto de dividirlos, amedrentando la posible colaboración social para con él. Desde la perspectiva de la Sociología política podemos indicar que se trata de una unificación forzada de la sociedad en torno a la ideología de rechazo al enemigo. En la medida en que éste cuente con algún tipo de arraigo social el Estado asume su papel totalizador y gobierna por sobre la sociedad para reprimir las desviaciones de ésta hacia el disidente. El ejercicio del poder se desarrolla bajo la óptica de mando autoritario y obediencia, y rechaza toda participación e integración de los ciudadanos. No existen límites a la persecución en el campo jurídico; el *enemigo* está proscrito del Derecho y la vida social, lo que se busca es su exterminio. Esta situación aparece incorporada en la estructura estatal con un carácter permanente y no excepcional, lo que da pie a la aparición de la violencia y el terrorismo privados para-estatal, que es fomentada e incluso incorporada a los aparatos del Estado. En reiteradas oportunidades el abuso de poder se ha justificado en la razón de Estado, lo que se ha manifestado en países latinoamericanos tanto en los momentos de dictadura como en las posteriores transiciones hacia la democracia e incluso en los mismos sistemas democráticos, “quienes utilizando sus Fuerzas Policiales han sido empleados en el control de la disidencia y en las practicas de aniquilamiento, a la luz de una orientada doctrina de la seguridad continental”⁵⁰².

Volvamos a la violencia y terrorismo privados. Por regla casi general se les ha atribuido una característica insurreccional o antiestatal, ya sea revolucionaria o reaccionaria, pero en el terrorismo de Estado se trata de una violencia que es concordante con las políticas oficiales del Estado e instrumentalizadas en torno a ellas. Tal como expone SERRANO PIEDECASAS, ha de hacerse una necesaria diferenciación entre el terrorismo y el terrorismo de Estado: "Tanto el terrorismo de Estado como el subversivo proceden de la agresión de bienes jurídicos fundamentales. La diferencia radica en que en el primer caso *el delincuente es el propio Estado*, y en el segundo, son diferentes. El Estado ejerce la violencia para mantener en el poder los privilegiados intereses de una minoría social nacional o intermediaria de intereses foráneos; el terrorismo subversivo busca el cambio violento de régimen que se considera lesivo para sus intereses. En ambos casos, no obstante, existe un móvil político subyacente”⁵⁰³.

Luego, llamaremos *terrorismo de Estado* a la violencia estatal manifestada en "el uso, la tolerancia o la amenaza de la fuerza por *agentes del Estado*, o sus representantes, realizado de manera organizada y pudiendo expresarse de manera directa u oblicua, práctica o simbólica”⁵⁰⁴. Esto fue lo que ocurrió, por ejemplo, en las dictaduras militares chilena y argentina a través de la *Operación Cóndor*⁵⁰⁵; con los "bandeirantes" en Brasil cuya función era el secuestro y tortura de los disidentes para entregarlos al DOPS (Departamento de Orden Público y Seguridad); y con los grupos de paramilitares que operan en Colombia y Perú, por citar algunos ejemplos.

⁵⁰⁰ GUTIÉRREZ - VILLEGAS D. 1999. pp.36-37.

⁵⁰¹Las sociedades latinoamericanas en diverso grado van experimentando de manera contradictoria "una mayor democracia política y una mayor inequidad en el acceso a los bienes simbólicos y materiales, inseguridad creciente en la vida urbana... y su resultado es una violencia nueva"; TORRES RIVAS. 1996. p.73, que surge en el interior de una crisis del sistema y especialmente en el espacio público.

⁵⁰² BERGALLI. 1996. p. 21.

⁵⁰³ SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.164.

⁵⁰⁴ TORRES – RIVAS. 1996. p.77.

⁵⁰⁵ Véase supra Capítulo I, párrafo II, punto 4.b. *El caso chileno*.

Indudablemente las violaciones reiteradas, planificadas y sistemáticas a los derechos humanos son y seguirán siendo la característica primordial del terrorismo de Estado. No obstante debemos hacer hincapié en la lesión profunda que se origina en el propio sistema democrático. Porque con el terrorismo de Estado, no puede hablarse de Estado de Derecho. La concepción de Estado de derecho se ve lesionada formalmente desde que un grupo determinado, una Junta Militar por ejemplo, se autonoombra depositaria del Poder Constituyente y Legislativo, realiza toda una producción legislativa tendiente a la eliminación del *enemigo interno*, con un recorte importante a las garantías fundamentales y amplias atribuciones policiales que generalmente son asumidas por los servicios de inteligencia del gobierno militar. Con ello se abre "legalmente" una puerta para la violación reiterada y sistemática a los derechos humanos (detenciones ilegales seguidas de tortura, secuestro y desaparición forzada de personas).

También se lesiona formalmente el Estado de Derecho cuando en el interior de un sistema democrático se vulneran sistemáticamente las garantías constitucionales:

En primer lugar, cuando se agrede de plano la legalidad a través de la actuación de grupos - con nexos oficiales reconocidos o no reconocidos -, cuya misión es efectuar la lucha contra el terrorismo. En este sentido, WALDMANN acierta cuando reconoce que la violencia estatal no se ha limitado exclusivamente a los regímenes militares. "... Es verdad que bajo las dictaduras militares del cono sur, los excesos de los organismos de seguridad contra los civiles alcanzaron en la década de los setenta unos tristes puntos máximos. Pero tras el relevo político en los años 80 de las fuerzas armadas por gobiernos civiles elegidos democráticamente, el problema no puede darse por terminado, máxime cuando la policía, el ejército y los servicios secretos siguen siendo en gran medida los mismos. A una serie de gobiernos civiles establecidos hace tiempo como los de Colombia, El Salvador, y Guatemala habría que reprocharles la violación crónica y masiva de los derechos humanos elementales demostrando que, incluso en los regímenes democráticos formales, la policía y el ejército no desisten de intimidar a los simpatizantes de la oposición con métodos coactivos..."⁵⁰⁶.

Así las cosas tenemos que arribar forzosamente a la siguiente conclusión: el terrorismo es atribuido al Estado cuando proviene de aparatos estatales, según los modos regulares de funcionamiento, y representa una continuación de sus políticas, *aunque por medios extralegales*. Dichos aparatos son órganos del poder que actúan en forma invisible o encubierta⁵⁰⁷. Se trata de un "terror ilegal".

En segundo lugar, puede también resultar lesionado el Estado de derecho cuando se extrapola en la interpretación de las garantías constitucionales, a través de la producción de leyes criminógenas y de mecanismos encubiertos de desprotección en materia procedimental, lo que puede dar lugar a la práctica de torturas y otras violaciones a los derechos humanos⁵⁰⁸. Es la situación en la que el Estado tiende a reducir la función de los aparatos públicos a una función represiva, desde la educación y las relaciones exteriores, hasta los tribunales de justicia. Se trata de una utilización del Derecho, y particularmente el Derecho Penal para el logro de su objetivo: erradicar al *enemigo interno*.⁵⁰⁹ Un "terror legal" como le llamó Raymond ARON⁵¹⁰ y que debe entenderse como aquella suerte de manipulación del sistema jurídico, o su sustitución por

⁵⁰⁶ WALDMANN, P. "*Represión Estatal y Paraestatal en Latinoamérica*" en *Rev. ALH*, 2 época, N°19, junio/ 95.

⁵⁰⁷ Los organismos de seguridad chileno y paraguayos, por ejemplo podían disponer de líneas aéreas estatales y pleno poder de actuación en servicios públicos. Sus actividades se encubrían bajo la forma de empresas comerciales e industriales ficticias, como las casi 30 empresas de que disponía la DINA en Chile y la Cofradía denominada "Sociedad Benefactora" destinada a facilitar la impunidad de los agentes y sus familias (*Rev. APSI* N° 441, Santiago, Chile, 1993).

⁵⁰⁸ Como por ejemplo la excepción para supuestos de conductas terroristas que permite la ampliación de los plazos de detención en manos de la policía.

⁵⁰⁹ LOPEZ LAUSON, Carlos. *La doctrina de la seguridad nacional y los Derechos Humanos*. Editorial Documentas, Santiago de Chile, 1984. p.98.

⁵¹⁰ ARON, Raymond. "*Democracia y totalitarismo*" en JIMÉNEZ, Gustavo. 1983. p.14.

otro, que hace el Estado para revestir de legitimidad sus acciones, para el establecimiento de leyes que le permitan "legalizar" el uso del terror. A la luz de estas consideraciones resulta claro que este "terror legal" lo que persigue es el fortalecimiento del régimen que lo aplica. No se trata de un mecanismo de desestabilización, ni de cambio, sino de *sustentación*. El asesinato, la utilización de este o estos "terror legal e ilegal" por parte de los aparatos estatales y/o paraestatales, incluso se proyecta fuera de las fronteras de sus propios países, como ocurrió con la mencionada *Operación Cóndor*, en cuyo marco fueron asesinados opositores a los regímenes dictatoriales chileno y argentino, en territorios extranjeros, y nacionales de otros Estados, especialmente europeos.⁵¹¹

¿Y cuál ha sido la respuesta de la comunidad internacional al terrorismo de Estado?

En el Derecho Internacional el reconocimiento del terrorismo de Estado ha sido ambiguo. Esta ambigüedad nace toda vez que en texto legal alguno se reconoce claramente el carácter de terrorista a estas acciones. Existen algunos instrumentos internacionales que sí reconocieron- al menos genéricamente- el terrorismo de Estado. Así por ejemplo, el Protocolo suplementario de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de guerra (1947)⁵¹², la Convención sobre crímenes internacionales⁵¹³, y el Convenio para la prevención y sanción del genocidio (1948). En 1973, Siria presentó una propuesta en el seno de la Comisión Especial de la ONU sobre el problema del terrorismo, origen de la Resolución 3034 sobre esa materia, en donde se dice: " ... el examen del problema del terrorismo en la ONU debe empezar por la discusión del terrorismo estatal, puesto que ésta es la forma más peligrosa de violencia... existe otro terrorismo, el que se comete para conseguir propósitos criminales... no tiene nada en común con la lucha de los pueblos ".

El problema comienza tras la Segunda Guerra Mundial. A excepción de la Resolución 3034 mencionada, y del Juicio de Nüremberg, los instrumentos internacionales orientan su reproche y represión al *terrorismo insurgente*, al llevado a cabo por grupos o bandas armadas cuyo fin político social les impulsa a combatir un determinado sistema político, económico y social en un Estado. Adelantándonos un poco a lo que será materia de un capítulo aparte, digamos que la respuesta legislativa del derecho internacional dirigida específicamente al terrorismo se ha dado en tres ámbitos: universal (Organización de Naciones Unidas), sectorial (OACI y OMI), y regional (OEA y Consejo de Europa)⁵¹⁴. Y digamos también que en ninguno de ellos se condena directamente al terrorismo de Estado como sujeto activo.

Tal y como podremos analizar en la Segunda Parte de esta investigación, quizás dentro de los instrumentos internacionales más importantes son los que se circunscriben al ámbito regional. Los *tres círculos de represión* creados en 1985 por el Parlamento Europeo

⁵¹¹ Así por ejemplo, el atentado en Washington que costó la vida al ex Ministro del Presidente Salvador Allende, Orlando Letelier y su secretaria Ronnie Moffit (21 de septiembre de 1976), el atentado en Buenos Aires contra Carlos Prats, ex Vice-Presidente de Chile y ex Ministro de Allende y su esposa Sofía Cuthbert (30 de Septiembre de 1974), el atentado en Roma contra Bernardo Leighton, dirigente del PDC y ex -Vice Presidente de Chile y su esposa, hecho al que sobrevivieron (6 de octubre de 1975). Jorge I. Fuentes, militante del ERP, arrestado en Argentina, entregado a la DINA en Paraguay y trasladado ilegalmente a Villa Grimaldi en Santiago de Chile, donde desapareció, Ives C. Fernández, franco-chileno, detenido en 1975 en Buenos Aires y posteriormente ejecutado por agentes de la DINA en esa ciudad, como parte del plan de neutralización de la resistencia del MIR chileno. Véase, *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, RETTIG Raúl y otros, Chile, 1991, *Nunca Más*. SERPAJ, Bs. Aires, 1989.

⁵¹² Declara como violentas transgresiones a la Convención: agredir a la población civil; los actos de terrorismo contra toda persona que no participa de modo directo o ha dejado de participar en el conflicto. Se prohíben en particular, las acciones de violencia y amenaza de violencia, encaminadas a intimidar a civiles. El artículo 51 de la misma Convención sanciona especialmente prácticas de secuestros y captura de rehenes dirigidos a intimidar a la población civil.

⁵¹³ En su artículo 3º, sanciona entre otros: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; el genocidio; la esclavitud y la piratería; y los actos de terrorismo internacional y estatal.

⁵¹⁴ RAMÓN CHORNET, C. 1993. pp.173 y ss. *Infra* Cap. IV, II.-*La respuesta legislativa desde el Derecho internacional*.

determinaron la necesidad de existencia de los espacios jurídico, judicial y policial *de cooperación*, en el intento por aunar esfuerzos interestatales en contra del terrorismo *subversivo*. Y algo similar ocurre en materia de extradición con el Convenio europeo de extradición de 1957, y el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición (10-3-1995), que siguen la tendencia a no condenar directamente el terrorismo de Estado, tendencia que continúa en la Resolución del Parlamento europeo sobre extradición (A4-0265/97) de septiembre de 1997, y en la última Resolución de 30 de enero de 1997 sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea (A4-0368/96) señala: "considerando que para los fines de esta resolución *es adecuado considerar acto terrorista cualquier acto, cometido por individuos o grupos, mediante el recurso a la violencia o amenazas violentas, contra un país, sus instituciones o sus habitantes* en general, o contra personas concretas"⁵¹⁵.

No puede, empero, soslayarse los esfuerzos de diversos sectores de la comunidad internacional, en pro de la sanción a actos de Terrorismo de Estado. Tres ejemplos nos pueden bastar: La detención del gral. Pinochet en Inglaterra (1998), las impactantes denuncias formuladas en contra del Gral Aussares en Francia (2001), y la presión ejercida para el procesamiento de Milosevic por sus actuaciones en Yugoslavia (2001).

Recapitulando, y a modo de reflexión: el terrorismo de Estado existe no sólo en un gobierno de facto, sino que también puede darse en el interior de un sistema democrático, o mas correctamente en un sistema carente de materialidad democrática. No podemos negar la historia que ha presentado esta cruda realidad. Y puede existir toda vez que se gobierna a través de un conjunto de imperativos que asumen caracteres de opresión sobre los habitantes de un Estado⁵¹⁶, y que vulnera las premisas fundantes del Estado de Derecho. El ordenamiento en su conjunto participa de conductas que agreden a la sociedad, y se produce una profunda división entre Sociedad, Estado y Gobierno. El Estado violenta a la sociedad a través del ejercicio de esta violencia.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, aún con los problemas que se plantean para el reconocimiento del Terrorismo de Estado, ciertamente es mas fácil de concebir, especialmente cuando se trata de conductas de un Estado contra otro Estado, o de un Estado autoritario en contra de sus habitantes. La existencia de instrumentos internacionales contra el Genocidio, la Tortura, etc., nos pone ante la necesidad de *asumir* que es posible que un Estado aplique métodos contrarios a las convicciones y procedimientos aceptados por la comunidad internacional⁵¹⁷.

Ahora, desde el punto de vista del Derecho Interno, y cuando se trata de un Estado democrático, entonces la cuestión cambia. Se ha dicho por un sector de la doctrina que no puede existir la calificación jurídica del Terrorismo de Estado a nivel interno. Por ahora respondemos que, si no tenemos problemas en reconocer que al interior del sistema democrático puedan existir tendencias autoritarias y represivas, y *emplearse métodos terroristas* para combatir el terrorismo insurgente, entonces no vemos cual es el obstáculo para hablar de terrorismo de Estado. Máxime cuando se reconoce que existe un idéntico desvalor en la conducta de quien con métodos terroristas pretende subvertir el orden constitucional, y en la conducta de quien, con esos mismos métodos, pretende mantenerlo. En ambas si bien la finalidad política es opuesta, el resultado es el mismo: la alteración del orden constitucional⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Esta Resolución de 30 de enero de 1997 (A4-0368/96) señala: "considerando que para los fines de esta resolución es adecuado considerar acto terrorista cualquier acto, cometido por individuos o grupos, mediante el recurso a la violencia o amenazas violentas, contra un país, sus instituciones o sus habitantes en general, o contra personas concretas". DO C 55/32 de 24.02.97.

⁵¹⁶ En igual sentido expone TORRES-RIVAS: "Cuando hablamos de violencia que viene por todos los lados de la sociedad, estamos haciendo referencia especialmente al terrorismo de Estado, por su omnipresencia.". 1996. p.77.

⁵¹⁷ BLISCHENKO y ZNADOV. 1983. pp.306 y ss.

⁵¹⁸ Infra Cap. VI, Apdo. 1º, 5. *Digresión acerca del terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno.*

Es el Estado el primer llamado a cumplir su propia ley, garantizar el cumplimiento efectivo del orden constitucional, respetar los derechos humanos y velar por la seguridad ciudadana, por tanto, y en nuestra opinión, se añade un plus a la conducta de quienes cometen delitos en la lucha contra el terrorismo y que los hace merecedores de igual calificación jurídica. Sobre ello volveremos al abordar la difícil tarea de intentar aproximarnos a un concepto jurídico de terrorismo, por lo pronto parece ser que impedir la imputación institucional en estos casos no hace más que contribuir a una pérdida de la credibilidad en ese ordenamiento jurídico y se tambalea el concepto impuesto por el derecho acerca de los que es lícito e ilícito, la motivación de la norma ya no surte los efectos pretendidos pues se ha desviado la naturaleza del *Estado* y del *Derecho* hacia políticas inhumanas.

A modo de reflexión podemos decir que el terrorismo insurgente o subversivo, busca superar a las autoridades de su base social y reemplazarla. A su vez, la autoridad buscará neutralizar a la sociedad civil como globalidad y actuar "profesionalmente" sobre ella, pero no con ella. La dinamicidad del terrorismo provoca en los integrantes de la sociedad no solo el efecto de temor sino también y en cierta medida, el efecto de inculpar al Estado por su incapacidad para combatirlo. Para poder reivindicarse ante la ciudadanía, las autoridades intentan retener el monopolio de la violencia "razón última del Estado", empleando precisamente la violencia, por considerarla el método más eficaz⁵¹⁹. De esta forma el ciudadano - partidario u opositor al gobierno, partidario o no de la subversión - se va a ver enfrentado a dos lógicas de violencia que no entiende y que desea mantener alejada de sí al no tener la voluntad, los medios y la organización para intervenir en uno u otro sentido.

3. *Alcances de la expresión terrorismo. Algunas concepciones desde las Ciencias Sociales.*

Numerosos han sido los intentos por conceptualizar el terrorismo interno desde las ciencias sociales. Desde esta perspectiva puede arribarse a definiciones de carácter general, capaces de incluir al terrorismo de Estado, cuestión ésta que en el plano normativo interno aparece mucho más difícil. La expresión terrorismo debería en todo caso describir la realidad empírica de una violencia singular caracterizada por rasgos distintivos, y no asumir un carácter estigmatizante. Pero debemos reconocer que la valoración de la interacción social violenta dependerá no tan solo del contexto histórico en el que se desarrolle, sino de la ideología que profesa y por ende de quienes son sus autores. Así las cosas, "quienes para unos son criminales terroristas pueden resultar combatientes por la libertad para otros y viceversa"⁵²⁰.

De allí que se haga necesaria una connotación normativa del concepto de terrorismo, cuestión a la que nos abocaremos en la segunda parte de esta investigación, rescatando en este sentido las reflexiones de REINARES quien indica que, toda vez que el concepto de terrorismo venga determinado objetivamente (normativamente) y no valorativamente, aplicado a los rasgos distintivos de la acción, y no a las características de los actores que la llevan a cabo, nada impide hacer uso del mismo para referirse a una determinada forma de violencia política⁵²¹.

Hemos señalado algunas características genéricas del terrorismo y conforme a ellas hemos seleccionado algunas definiciones que desde las ciencias sociales ha proporcionado la doctrina. Advertiremos que en ellas la diferencia se advierte en el énfasis que a cada característica proporcionan.

Así, *enfaticando la violencia utilizada y el fin medio - la producción del terror -*, CALDUCH concibe al terrorismo como "una estrategia de relación política basada en el uso de la

⁵¹⁹ En esta línea, y para algunos, el terrorismo va a definir en el puro plano de la violencia, una respuesta que es represiva y arbitraria; consideran entonces estos autores que el terrorismo individual, es el responsable de que exista terrorismo de Estado.

⁵²⁰ REINARES. 1993. p.56.

⁵²¹ REINARES. 1993. p.56

violencia y de la amenaza de violencia por un grupo organizado con objeto de inducir un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas"⁵²², demandas que a su juicio no necesariamente han de ser políticas, cuestión ésta en la que discrepamos. Para JENKINS "el terrorismo se define mejor por la cualidad de sus actos que por la identidad de sus autores o la naturaleza de sus causas... todos implican violencia o amenaza de utilizar la violencia y generalmente se dirigen contra objetivos civiles"⁵²³. ROUX lo concibe como "toda acción consistente en el empleo de medios peligrosos para las personas o los bienes, con el fin de aterrorizar a la población"⁵²⁴. SOTILLE se refiere a él como "un método criminal, caracterizado por el terror y la violencia, a fin de conseguir un objetivo determinado"⁵²⁵.

WILKINSON considerando erróneo identificar terrorismo con violencia y subversión en general, le define: "el uso sistemático del asesinato, el daño y la destrucción, o la amenaza de ellos, para crear un clima de terror, a fin de dar publicidad a una causa, y de intimidar a un sector más amplio para que satisfaga los objetivos de los terroristas"⁵²⁶. ELLACURÍA también destaca el fin de producción de terror, pero parece circunscribir su rechazo a los actos terroristas en atención al daño físico ocasionado. Así condena a : "todas las formas del terrorismo, sobre todo las que acarrear la muerte o un atentado a la integridad física o psíquica de las personas: el terrorismo, definido como el uso de la violencia sobre todo física contra personas indefensas, sean civiles o no, con el objeto de aterrorizar, es siempre reprobable cuanto mayor sea el daño inflingido y la indefensión de la víctima"⁵²⁷.

Las anteriores definiciones optan entonces por enfatizar el terror como característica general propia de la violencia sistémica.

Enfatizando la finalidad última del terrorismo, esto es, *el fin político*, ya en 1931, en la Cuarta Conferencia sobre la Unificación del Derecho Penal, RADULESCU definió el terrorismo como "atentados realizados para destruir por la fuerza toda organización política y jurídica de la sociedad"⁵²⁸. Claro que esta definición, atendido el contexto histórico en que se formula, pareciera ser que remite directamente el concepto de terrorismo al anarquismo, dejando fuera aquellos atentados que buscan imponer otra organización política y jurídica a la sociedad y por supuesto a aquellos que intentan preservarla.

En un sentido amplio, ARROYO ZAPATERO adoptando la definición de PISAPIA señala que es terrorismo "toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común"⁵²⁹ y PALAZZI que lo define como "el recurso a medios extremadamente violentos e ilegales en la lucha política".⁵³⁰

Destacando además de la finalidad política el carácter de método de acción que desde la sociología se advierte, HARDMAN le define como "el método o la teoría metodológica mediante la cual una organización o partido político intenta conseguir sus objetivos, recurriendo de modo preferente a la violencia"⁵³¹ y HORNBY como "el método de gobernar o de oponerse

⁵²² CALDUCH. 1997. p.12. El Diccionario de la Real Academia Española también define el terrorismo como "la dominación por el terror" o "la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror".

⁵²³ JENKINS. 1984. p.13.

⁵²⁴ IV Conferencia para la Unificación del Derecho Penal. París, 1931

⁵²⁵ SOTILL, A. "*Le terrorisme international*" en *RCADI* de la Haya, Vol. 65, Nº 3, 1938. pp.95-96.

⁵²⁶ WILKINSON. 1987. pp.251 y ss. Similar en *Terrorism and the Liberal State*, Londres, 1986, p.12.

⁵²⁷ ELLACURÍA, Ignacio. En Varios, *La voz de los sin voz*, San Salvador, 1981. p.93. Cita de Adela CORTINA. 1996. pp.67-68.

⁵²⁸ BLISCHENKO – ZNADOV. 1983. p.35 y 51. En el contexto histórico que se formula, pareciera ser que el autor, informante oficial a la Conferencia, remite directamente el concepto de terrorismo a la doctrina anarquista, dejando fuera aquellos atentados que buscan imponer otra organización política y jurídica a la sociedad y por supuesto a aquellos que intentan preservarla

⁵²⁹ PISAPIA. 1979. p.905; ARROYO ZAPATERO. 1985. p.155.

⁵³⁰ PALAZZI, E. *Dizionario della lingua italiana*. Garzanti, Milán, 1965.

⁵³¹ HARDMAN, J. *Encyclopedia of Social Science*. 1937. p.575.

a un gobierno, intentando producir miedo"⁵³². Para PONTARA "un acto terrorista es una acción llevada a cabo como parte de un método de lucha política que aspira a influir, conquistar o defender el poder del Estado, y que implica el uso de la violencia extrema (muertos o heridos) contra personas inocentes, no combatientes"⁵³³, definición ésta que adopta Franco FERRACUTI⁵³⁴.

Más contemporáneamente la Sociedad Internacional de Criminología en su Informe General de 1990, concibe al terrorismo como "una acción de carácter violento y con motivación política dirigida contra una víctima inmediata de tal manera que no pueda defenderse, a fin de provocar el miedo y la intimidación de las personas"⁵³⁵.

Cabe destacar que en las definiciones reseñadas es posible concebir el terrorismo privado o insurgente y también el terrorismo estatal o paraestatal, esto es como una práctica política implementada tanto por las «fuerzas del orden o para el orden (estatal)», como por las "fuerzas del cambio" o "para el cambio (no estatales)".

Otras definiciones se caracterizan por su amplitud especialmente en relación a los objetivos perseguidos por el terrorismo. Aquí encuadramos el planteamiento de REINARES que, sin arribar a una definición del mismo enfatiza cuatro elementos esenciales para aproximarse a una definición: a) una acción de violencia que genera efectos psíquicos, tales como reacciones emocionales de ansiedad o amedrentamiento entre quienes pertenecen a una población determinada, efectos que son desproporcionados respecto a las consecuencias materiales de daño físico a personas o cosas que provoca, b) una acción de violencia sistemática e impredecible que destaca por ir dirigida principalmente contra blancos seleccionados, en atención a su relevancia simbólica en el seno de un marco cultural e institucional vigente. Así concebido, el terrorismo puede ser llevado a cabo por actores individuales o colectivos, c) *se transforma en terrorismo político* cuando se utiliza para afectar la estructura y distribución del poder en una sociedad dada (lo que implica que el terrorismo a su juicio puede tener otras finalidades diversas); y d) su carácter estratégico o de método tendencialmente exclusivo, característica que ya es propia del terrorismo en sociedades industriales avanzadas⁵³⁶.

En esta línea, y mas amplio aún, Alex SCHMID propone una definición: "Terrorismo es un método inspirado en la necesidad de acciones violentas constantes, utilizado por personas, grupos o actores estatales clandestinos o semiclandestinos, por razones idiosincráticas, criminales o políticas, donde (contrariamente a los asesinatos) el blanco directo de la violencia no es el objetivo principal. Las víctimas humanas de la violencia generalmente son seleccionadas al azar, o selectivamente de una población objetivo, y sirven como generadoras de mensajes. Procesos de comunicación basados en la amenaza y violencia ocurren entre la organización terrorista y la víctima, y el blanco es utilizado para manipular el objetivo principal, transformándolo en el blanco del terror, objetivo de demandas, u objeto de atención, dependiendo de lo que se persigue, intimidación coerción o propaganda"⁵³⁷.

Un poco más restrictivas parecen ser aquellas definiciones que si bien reconocen la existencia al menos del factor utilización de la violencia, enfatizan el *elemento estructural* y su carácter sistémico. Desde el punto de vista del examen sociológico es comprensible que se

⁵³² HORNBY, A. *The aduaned Leurer's dictionary of Currents english*. Oxford. University Press, 1961. Cita de DEL BARRIO – LEON REYES. 1990. p. 152.

⁵³³ PONTARA, G. "Violenza e terrorismo. Il problema della definizione e della giustificaciones" en BONANATE, Marletti y otros. *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*. F. Angeli, Milano, 1979. p.58.

⁵³⁴ FERRACUTI, Franco. "Consecuencias morales, sociales y políticas del terrorismo" en *Terrorismo Internacional*. (Dir.) Salustiano del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984. p.33.

⁵³⁵ CASTILLO - PICCA – BERISTAIN. 1993. p.496.

⁵³⁶ REINARES. 1993. pp.59-60.

⁵³⁷ SCHMID. 1989. p.28.

entienda al terrorismo como un *método de acción*, cuestión ésta que hemos podido observar en las definiciones anotadas de CALDUCH: "...uso de la violencia por un grupo organizado..."⁵³⁸; WILKINSON: "...uso sistemático de la violencia..."⁵³⁹; PONTARA: "acto cometido como parte de un método de lucha política..."⁵⁴⁰; SCHMID: "método inspirado en la necesidad de acciones violentas constantes..."⁵⁴¹. Destacando especialmente este carácter de método de acción señala TOWNSHED que el terrorismo es "el uso sistemático de la violencia por personas armadas para inspirar miedo a personas desarmadas, en la creencia que esto les dará frutos políticos"⁵⁴². Milán M. MARINOVIC⁵⁴³ define el terrorismo como "acciones de violencia, llevadas a cabo mediante el ocultamiento y la sorpresa por grupos paramilitares, en contra de la integridad física de las personas y las necesidades básicas de la población, que logran el efecto de conmoción pública, preferentemente en los centros urbanos, con fines de desestabilización económica, social y política". Luego y en concordancia con la *teoría del cuerpo social*, las características del terrorismo serían por una parte, la organización paramilitar de sus agentes y la focalización de la acción, y por la otra, los resultados de conmoción pública que producen y su finalidad desestabilizadora. En sentido similar, para Gustavo JIMÉNEZ⁵⁴⁴, el terrorismo puede concebirse como "aquellos actos de violencia que se reconocen como racionales al interior de una estrategia política y una táctica militar, con vistas a defender un interés (material o puramente valórico) concretizar una aspiración o realizar un fin".

A pesar de los esfuerzos de la doctrina, aún no puede construirse un cuerpo sistemático capaz de explicar el fenómeno terrorista en su totalidad. O bien las elaboraciones conceptuales y estructurales resultan demasiado amplias y por tanto cualquier conducta podría caer en ellas, o bien son demasiado estrechas, tanto que no valen más que para el ordenamiento jurídico y político de un Estado determinado. Debe considerarse que la tendencia ha sido siempre la de concebir el terrorismo atendiendo principalmente a criterios de oportunidad y eficiencia políticas⁵⁴⁵.

La importancia de estas concepciones desde las ciencias sociales y particularmente desde la sociología y la ciencia política resulta fundamental para un posterior análisis en el área sustantivo penal. Con frecuencia el terrorismo es reducido a una relación entre un grupo que ejerce el terror, la víctima (que puede ser aparentemente el objetivo terminal) y los sectores a que se busca intimidar. De esta manera, no se logra sino soslayar la perspectiva de construcción del terrorismo, al no considerar el apoyo existente, de hecho o virtual que pueden tener los ejecutores terroristas. La experiencia ha indicado, en innumerables oportunidades que, tanto si se trata de un terrorismo gubernamental, como no gubernamental, éstos siempre cuentan con un cierto apoyo, más allá del número de personas que configuran los grupos de acción terrorista⁵⁴⁶. De esta manera, puede observarse una innovación desde el punto de vista sociológico: el terrorista no es solo aquel que realiza actividades calificadas como tales, sino también aquel que compartiendo sus postulados, se transforma en integrante de ciertas redes de apoyo que si bien no realizan directamente dichas actividades, colaboran con la perpetración de estos actos.

Por tanto, debemos ser cuidadosos en una aproximación jurídica, procurando no

⁵³⁸ CALDUCH. 1997. p.12.

⁵³⁹ WILKINSON. 1987. pp.251 y ss.

⁵⁴⁰ PONTARA. 1979. p.58.

⁵⁴¹ SCHMID. 1989. p.28.

⁵⁴² TOWNSED. 1987. p. 119.

⁵⁴³ MARINOVIC, Milán M.; *Hipótesis del Terrorismo: una metodología de análisis aplicada al caso chileno*; ICP, Univ. de Chile, Stgo., enero de 1987.

⁵⁴⁴ JIMÉNEZ, G. 1983. p. 47.

⁵⁴⁵ Como explica L. ARROYO: "Las razones de la dificultad para alcanzar una definición o teoría consensuada radica en las diferentes valoraciones que unas y otras formas de *explicitación de la actividad política a través de medios propios de la criminalidad común* merecen a los observadores según los tiempos y lugares". Ob.cit. 1985. p.157.

⁵⁴⁶ En este sentido JIMÉNEZ, G. 1983. pp. 48-49; quien señala que pensar que el terrorismo es un problema limitado a quienes realizan atentados terroristas, implica privarse de una comprensión cabal del fenómeno. Al asumir entonces una perspectiva estrecha, no podría entonces comprenderse cómo opera el reclutamiento y cómo es posible que los grupos terroristas puedan renovarse con tanta frecuencia.

imbricarlo con elementos sociológicos para no caer en la transgresión a principios fundamentales del Derecho Penal como son el principio de culpabilidad y el Derecho Penal del hecho, y extender el ámbito de la punibilidad, y considerando especialmente el riesgo que significa aplicar una legislación de excepción en el plano procesal. Creemos por tanto que lo que ha de primar ante todo en la aproximación conceptual del terrorismo es su carácter violatorio a los derechos humanos y la finalidad política en nombre de la que se cometen tales violaciones.

V. CONCLUSIONES

Quien haya examinado con detenimiento el esquema seguido puede sin dificultad concluir que el tratamiento de un fenómeno tan generalizado como es la violencia política resulta imprescindible para la aproximación a un concepto- todavía desde las Ciencias sociales y la Ciencia Política - del terrorismo, y su consecuente dicotomía con el delito político. En todo análisis indudablemente se imbrican elementos axiológicos, éticos y morales de carácter personal que se corresponden con el modelo de sociedad al que optamos. Como dice ARROYO ZAPATERO: "La valoración de la acción política violenta depende sustancialmente de la posición que el sujeto llamado a valorar ocupe en relación al tipo de situaciones políticas" esto es conforme a "concepciones políticas e ideológicas que conviven enfrentadas a lo largo de la historia, ligadas a la existencia de Estados totalitarios, imperialismos, etc... y a la lucha contra los mismos por parte de los grupos y los pueblos"⁵⁴⁷. Se ha procurado, en la medida de lo posible, prescindir de estas valoraciones personales en nuestro examen, única forma de arribar a conclusiones mas o menos generales.

1. VIOLENCIA POLÍTICA Y TERRORISMO.

La labor se ha centrado en ofrecer una visión general en relación a los múltiples criterios que constituyen la esencia de la violencia política, y sus consecuentes conceptualizaciones. A partir de ellos hemos deducimos que la relación entre violencia y política se establece en el ámbito del Poder político, eje central de lo que Dahrendorf denomina el conflicto entre gobernantes y gobernados. En lo específico, la violencia política forma parte de la estrategia de coacción que un grupo de actores escoge en un contexto determinado para alcanzar sus objetivos. Por tanto, es preciso analizar la realidad para justificar o no, la necesidad de la adopción de la violencia política como estrategia, y legitimar o deslegitimar su existencia, esto último cuando se transforma en terrorismo. De ahí la importancia del estudio del papel de los movimientos sociales en su relación con la violencia y la sociedad civil.

De todas las formas de violencia política presentes en la segunda mitad de este siglo, sin duda la mas destacada es el terrorismo, como dice ARÓSTEGUI, quizás la mas "alarmante, generalizada y difícil de combatir"⁵⁴⁸. La importancia que a nivel social reviste el terrorismo encuentra explicación en la lucha por el poder político que se ha venido dando a través de la historia, y en la actualidad, en "el cansancio de las nuevas generaciones respecto de unas sociedades democráticas que no saben garantizar las libertades materiales"⁵⁴⁹, problema que aún continúa pendiente y como desafío para los Estados democráticos.

Con ello hemos querido indicar que la ilegitimidad no es consustancial a la violencia política, y adquiere este carácter solo cuando deviene en terrorismo. La teorización de la valoración positiva del uso de la violencia en la acción política ha sido reconocida por la doctrina a través de la historia⁵⁵⁰, y por esta razón no puede llamarse terrorismo a cualquier

⁵⁴⁷ ARROYO ZAPATERO. 1985. p.157.

⁵⁴⁸ ARÓSTEGUI. 1996. pp.27.

⁵⁴⁹ BUENO ARÚS. 1986. p.136.

⁵⁵⁰ En este sentido, ARROYO ZAPATERO. 1985. p.157; recuerda la doctrina de los teólogos españoles sobre el tiranicidio semejante a la elaborada por el pensamiento contractualista ilustrado, y contemporáneamente a la idea del

método político que opte por la vía armada, máxime si se considera la "indiscriminación y el sesgo imperialista"⁵⁵¹ con que se aborda el fenómeno del terrorismo internacional.

1.1. Violencia política y terrorismo insurgente o subversivo.

1.a. El objetivo de transformación del orden social y político por parte de determinados sectores o grupos depende del apoyo social con que cuenten, y si para esta transformación ha de utilizarse la violencia, con mayor razón ha de contarse con el apoyo popular⁵⁵². Dos consideraciones cabe hacer a este respecto:

Primero, ha de existir un *plus* añadido; el apoyo popular por sí mismo no legitima la violencia cuando ésta adquiere los rasgos de terrorismo. Discrepamos en tal sentido con la absolutización de WIEVIORKA quien considera que el terrorismo practicado por un grupo político deviene en simple violencia social cuando es capaz de atraer para sí cierto respaldo popular, pese a no registrarse alteraciones significativas en los métodos de acción⁵⁵³. De ser así, se encontraría plenamente justificado el genocidio de judíos y los crímenes cometidos en contra de enemigos políticos, bajo el gobierno de Hitler. No nos parece una solución acorde con los derechos humanos. En lo que sí concordamos con WIEVIORKA, es en lo que creemos ha sido el sentido último de sus expresiones: el aislamiento social de una organización terrorista provoca la ampliación de su violencia alcanzando un alto grado en el ataque a bienes jurídicos fundamentales. Se necesita la demostración de fuerza y capacidad ante la autoridad. Y en sentido inverso, si tal aislamiento social deja de existir y determinados sectores de la sociedad asumen la justicia de las reivindicaciones de las organizaciones armadas, entonces dicha violencia carecería de sentido en cuanto método ilegal de lucha y adquiriría valor y, por tanto, sentido, la utilización de las vías legales de participación, siempre que fueren materialmente accesibles.

1.b. El incremento del terrorismo en su variante *insurgente o subversiva* que se produce en las democracias ha sido comúnmente atribuido a la frustración entre diversos sectores de la población frente a un cambio de poder político. Es el caso de ETA que no ha logrado su objetivo de independencia tras el franquismo, y el caso de las organizaciones armadas de izquierda en Chile, que no se conformaron con la derrota del régimen militar. Sin desconocer los factores sociales y políticos que influyen en el desarrollo del terrorismo, no podemos atribuirlo exclusivamente a la frustración. "Tanto la decisión militar - dice TEJERINA -, como las decisiones que se toman en una organización terrorista son resultado del proceso de socialización... las decisiones adoptadas en cada momento son fruto de la racionalización, no de la agresividad o de la frustración"⁵⁵⁴. Y esta racionalización obedece al carácter instrumental y simbólico que se atribuye a las acciones terroristas, simbólico porque no son capaces de poner en peligro la *estabilidad democrática* por más que ataquen bienes jurídicos de la mayor relevancia. Más bien parece ser que se trata de desafiar al Estado y de demostrar - ante la autoridad y la sociedad -, que aquel es incapaz de acabar con las organizaciones armadas.

1.c. Del análisis histórico de las formas que ha asumido la violencia política tanto en Europa como en América Latina, puede inferirse que en el caso de los países europeos analizados cuyo común denominador es el sistema de Estado democrático de Derecho, la violencia política ha sido precedida, en su mayoría, por regímenes autoritarios (nacional socialismo, fascismo, franquismo). Pero por otra parte, y como se enfatizaba especialmente en el caso italiano, las alternativas políticas dominantes presentaban un carácter centrista. En tales Estados la violencia

Derecho de Resistencia.

⁵⁵¹ ARÓSTEGUI. 1996. pp.28-29 .

⁵⁵² En este sentido, CASSINELLO, Andrés. "ETA y el problema vasco" en *Terrorismo Internacional*. (Dir.) Salustiano Del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984. p.274; TEJERINA, B. 1997. pp.7-38 e indiscutiblemente WIEVIORKA. 1988; entre otros.

⁵⁵³ WIEVIORKA. 1988. pp.461-491.

⁵⁵⁴ TEJERINA 1997. p.17.

política llegó a degenerar en un terrorismo insurgente proveniente tanto de la izquierda política (caso alemán e italiano fundamentalmente), como de la derecha política, vinculada a los sectores políticos y sociales dominantes en anteriores regímenes autoritarios. Asimismo se observó un creciente aumento de la violencia proveniente de movimientos independentistas (caso español y francés).

Actualmente, en países como Alemania e Italia la violencia política insurgente y el terrorismo subversivo prácticamente han desaparecido. Las acciones de violencia insurgente de izquierda como las pocas registradas en Alemania tras la caída del muro de Berlín no pueden atribuirse a un resurgimiento de la misma, siendo preciso destacar que han sido las condiciones políticas las que han determinado su aislamiento. Y es que, en general, en la violencia política y el terrorismo izquierdista, la desconexión con los conflictos sociales, y la pérdida de la base social en la que en su origen se ampara, ha dado lugar a que se produzca en su interior una baja en la capacidad operativa y mayor vulnerabilidad hacia la represión⁵⁵⁵. Por otra parte, las actuaciones de la violencia de la extrema derecha han sido funcionales a los vaivenes de la que experimentó la de izquierda. Mientras el terrorismo rojo aseguró la desestabilización del sistema democrático, el terrorismo negro permanecía oculto. Pero cuando ya la desestabilización parecía alejarse, integrándose al Poder Político a la clase obrera y a los sectores desfavorecidos, como en el caso italiano, entonces el terrorismo negro realiza sus actuaciones para defensa de los intereses de los sectores privilegiados. No se encuentra otra explicación para los atentados de Piazza Fontana o de la Estación de Bologna. Y en el caso alemán, paralelo al desvanecimiento de las organizaciones armadas de izquierda como la RAF y la mínima incidencia de las RZ y el B2J, se observa el resurgimiento de grupos neonazis, que comienzan ya a generar un clima de violencia aguda, aunque no aún sistemática.

Cuestión distinta es la que se ha producido en España. Relacionando con la anterior conclusión, en el caso de ETA la sociedad vasca post franquista experimentó el nacimiento de una nueva generación que, como señaló TEJERINA, si bien "no ha conocido los tiempos mas duros del franquismo... hereda el capital simbólico de la lucha antifranquista al incorporarse real o efectivamente a la violencia"⁵⁵⁶. Violencia que por lo demás se funda necesariamente en una "decisión colectiva" de asumirla como único instrumento de cambio. ETA se erige pues, a estas alturas como un símbolo: "el Movimiento de Liberación Nacional Vasco", que va mas allá de su propia realidad y que pareciera ser el factor impeditivo de un cuestionamiento de sus métodos durante largo tiempo.

Cabe considerar, en la búsqueda de una solución al problema vasco, que las armas de ETA no solo son las de guerra. Tienen *armas políticas formales*, un partido legalmente constituido que apoya abiertamente sus objetivos, si bien no siempre su violencia. Tienen *armas materiales*, una infraestructura envidiable por cualquier tipo de organización y que permite el despliegue de su política militar, y por último, tienen *armas morales*, una ideología férrea, inquebrantable que se basa en ese arraigado sentimiento nacionalista. Esto explica el por qué tal organización ha permanecido casi inquebrantable durante más de cuarenta años.

En el caso de Latinoamérica, la violencia por razones histórico políticas ha contado con una mayor legitimidad que la europea. Las imágenes de violencia política e inestabilidad han sido las características principales de este continente unido a la intervención militar frecuente ya a través de dictaduras militares, ya de los propios Ejércitos de los sistemas democráticos como se observa en los casos de Perú y Colombia. De las tres democracias latinoamericanas

⁵⁵⁵ En este sentido expone DELLA PORTA. 1996, pp.257: "...la organización tuvo que abandonar objetivos externamente orientados por una guerra privada con el aparato del Estado". La clandestinidad provocó un distanciamiento físico y psíquico con los conflictos sociales y por tanto la pérdida de la estrategia propagandística..."Al abandonar sus esfuerzos propagandísticos concentraron sus energías en la lucha con el Estado, viéndose envueltos en forma creciente en su guerra privada, una obsesión que los aislaba todavía más".

⁵⁵⁶ TEJERINA. 1997. p.16.

analizadas sin duda Chile es el país que tiene los menores índices de violencia política. Tras la asunción del gobierno democrático, como se ha dicho comenzó un lento proceso de reconstrucción nacional que condujo a la consolidación de un sistema gobernado por una concertación de partidos políticos que se opusieron a la dictadura militar en las urnas. La nueva institucionalidad no fue reconocida por algunos sectores sociales y en este entendido algunas organizaciones armadas como el *FPMR* y el *ML* principalmente continuaron actuando. Su argumento se traduce en el desconocimiento del Estado de derecho existente en una "transición pactada entre la burguesía y los militares".

Pese a todo, y como se ha dicho, la violencia desatada por estas organizaciones- que en caso alguno ha adquirido el carácter indiscriminado, sino mas bien selectivo- no sobrepasó los cuatro primeros años del régimen democrático. Por tanto, no puede sostenerse que ellas puedan poner en peligro la estabilidad del régimen imperante. La represión legislativa que sobre ellas se ejerció y paradójicamente continúa ejerciéndose a través de una legislación de excepción ha determinado en gran parte su debilitamiento orgánico, la mayor parte de sus dirigentes se encuentran detenidos; y también su aislamiento social como consecuencia lógica de un tratamiento penitenciario especial diseñado en base a criterios de peligrosidad social. Quienes cuando se opusieron a la dictadura militar pudieron haber sido considerados delincuentes políticos, en el marco del incipiente Estado democrático de derecho fueron estigmatizados automáticamente como terroristas si no renunciaban a la violencia como método de lucha.

I.d. Pero hay similitudes entre algunas de las democracias europeas y latinoamericanas analizadas en lo que se refiere a la acción estatal. Puede afirmarse - en general -, que tanto a nivel de Europa como de Latinoamérica, el contraterrorismo y la acción policial han sido ineficaces en la lucha contra la violencia política y el terrorismo insurgentes.

Particularmente notorio es en el caso de España. Baste el comprobar que ETA sigue existiendo pese a la guerra sucia desatada por los GAL, pese a las operaciones dirigidas por la Ertzainza abocadas a la tarea de dismantelar los Comandos de la banda armada. Tan pronto se dismantelaba el *comando Araba* en marzo de 1998, y luego el *comando Vizcaya* en junio del mismo año se rearticulaba el *comando Donosti* cuyo último miembro fue detenido en marzo de 1999⁵⁵⁷. Su infinita capacidad de rearticulación va más allá de lo meramente periodístico, ya que cuentan, como decíamos con armas políticas formales, materiales y morales, frente a las cuales es artificioso pretender que el Derecho penal plantee algún tipo de solución, ni mayor represión legislativa, ni mayor eficacia policial. Mas bien "se huye" hacia el Derecho Penal ante la incapacidad de los sectores políticos para acabar con el problema de la violencia. El proceso de paz norirlandés y la tregua declarada por ETA, sucesos ambos ocurridos en 1998, ponen en evidencia que el problema del terrorismo siempre y en todo caso ha de darse, antes que nada, en el plano de la negociación política⁵⁵⁸.

Si el obstáculo es por tanto, de carácter político, no puede pensarse que la violencia acabe en España. Por ello es que tras las treguas vienen sus rompimientos, cuyo ejemplo más cercano es el de la de septiembre de 1998, dejada sin efecto a principios del 2000. Por otra parte, no puede desconocerse que durante esta tregua, desde el aparato del Estado la represión continuó a través del ámbito judicial. Las páginas de los periódicos han sido elocuentes en darnos a conocer el proceso de "dismantelamiento" de la organización ETA. Quizás haya sido el TC quien mostró un ejemplo de madurez política, política criminal, y jurídica, en su STC136/1999, de 20 julio, cuando hizo primar el principio de legalidad en materia penal, y la libertad de expresión, declarando improcedente la condena - que había decretado el TS- por el delito de colaboración con banda armada (art.174 bis CP73) a las conductas desplegadas por los 23 miembros de la mesa nacional de HB. Tal enjuiciamiento se debió a que HB había prestado

⁵⁵⁷ Véase *El País*, *El Mundo* de 20 de marzo y 6 de junio de 1998, y de 8 de marzo de 1999.

⁵⁵⁸ Decía Francesco Cossiga, ex presidente italiano, al Lehendakari Ardanza refiriéndose al problema en Euskadi: "No se puede curar la fiebre sin combatir el origen de la enfermedad que es político. A base de aspirinas se puede bajar la fiebre, pero la raíz de la enfermedad sigue ahí". *El País*, 25 de noviembre de 1998

su espacio electoral a ETA para la difusión de un vídeo en el que precisamente se sentaban los precedentes para una futura negociación entre ETA y el gobierno⁵⁵⁹.

En Latinoamérica la tendencia represiva de los Estados nace como consecuencia no solo de un problema político, sino también marcadamente social. El primero dice relación con algo que ya habíamos apuntado: el auge de las guerrillas desde los años sesenta en adelante y la debilidad de las instituciones políticas de las democracias. El segundo dice relación con el creciente aumento de la pobreza y la marginalidad, cuyas causas, como dice WALDDMANN⁵⁶⁰, hay que buscarlas "en la desproporción entre el exorbitante crecimiento de la población y el estancamiento de las economías nacionales". La violencia, por tanto, subsiste en estas sociedades, ya de manera manifiesta, o de manera latente, precisamente porque se encuentra en el seno de un conflicto económico social, que se presenta en un sistema democrático que es incapaz de garantizar materialmente las libertades. "El Estado latinoamericano - afirma WALDMANN-, es un Estado débil, con una capacidad muy limitada para controlar la sociedad" cuestión que ha determinado su incapacidad para establecer los mecanismos de freno adecuados a un Estado de derecho⁵⁶¹.

1.2. *Violencia estatal y terrorismo de Estado.*

2.a. Para que el Estado pueda ejercer la violencia con una justificación moral suficiente, se exigen de él al menos tres tipos de actuación: que recurra a la violencia indispensable, dentro del ámbito de la legalidad, que no aumente la violencia existente con sus actuaciones, y que sea legítimo. Se distinguen así la *violencia ilegal*, que puede ser ejercida por un Estado legítimo o ilegítimo, pero faltando a la legalidad, y la *violencia ilegítima*, es decir la que procede de un Estado ilegítimo en su poder.

Es verdad que la violencia estatal se origina inclusive en la formación de los mismos Estados. Hemos asistido en la historia a muchos casos en los que un acto de violencia es el origen del sistema político, y ello pone a los Estados en la necesidad de legitimar ese poder político. Por tanto, la violencia no es el fundamento del poder sino tan solo un instrumento del que hace uso a través del ius puniendi una vez legitimado. De ahí que *no existe posibilidad de justificar la violencia estatal si no se respetan los principios democráticos*, como lo son la separación de poderes, el principio de legalidad, la soberanía popular, etc. Sin la creación de un espacio público *en el que los ciudadanos puedan autorizar o desautorizar al poder político*, no podemos hablar de una disminución de las situaciones de violencia⁵⁶².

2.b. El terrorismo de Estado es la violencia que ejerce un Estado legítimo o ilegítimo, en pro de la continuación de sus políticas, *aunque por medios extralegales*. Es una *violencia ilegal* que ejercen órganos del poder que actúan - por regla general -, en forma invisible o encubierta. La lesión a bienes jurídicos fundamentales esta vez se dirige a un fin político diverso del anterior: la mantención del sistema, la continuación - o la imposición-, de políticas que privilegian a determinados sectores de la sociedad y no a su conjunto.

Así concebido, el terrorismo de Estado no solo tiene lugar en gobiernos de facto e ilegítimos, como las dictaduras militares, que además de "imponer" sus políticas a través de golpes de Estado, procura su posterior mantenimiento con organizaciones "encubiertas" (p.ej. la *Operación Cóndor*), sino que también puede existir- nos convenga o no convenga aceptar políticamente - en un sistema democrático como el de las democracias occidentales, en el que ya no se trata de "imponer" sino de "mantener" los privilegios que, en la realidad, el Poder político

⁵⁵⁹ Mas ampliamente en Cap. VII, Análisis de los tipos penales, III. Legislación española... J) Digresión sobre actos de colaboración y libertad de expresión (caso Mesa Nacional de HB).

⁵⁶⁰ WALDDMANN. 1995. p.27.

⁵⁶¹ WALDDMANN. 1995. p.28.

⁵⁶²En este punto específico concordamos con HABERMAS, J. 1984. p.220.

asegura a determinados sectores sociales⁵⁶³. El material empírico que nos ha proporcionado la historia, y no lejana, nos obliga a aceptar lo que aquí se afirma.

La consecuencia inmediata y directa del terrorismo de Estado es la profunda lesión que se causa al Estado de Derecho. En el caso de los Estados ilegítimos, se lesiona formalmente el Estado de derecho cuando a través de un golpe una Junta Militar se atribuye el ejercicio del Poder, deroga el sistema democrático constitucional y el Parlamento, y se dirige hacia la eliminación del enemigo interno a través de *procedimientos ilegales* violatorios de los derechos humanos. Pero también lesiona el Estado de derecho a través de *procedimientos legales* como es la producción de leyes criminógenas que en la mayor parte de los casos suprimen garantías fundamentales, abriendo una puerta "legal" para la violación reiterada y sistemática a los derechos humanos.

En el caso de los Estados legítimos, se alude a los sistemas democráticos, se erosiona el Estado de derecho, cuando los agentes del Estado actúan fuera de la legalidad violando las garantías inherentes a la dignidad humana, a objeto de "neutralizar" al enemigo político. Pero también es posible que el Estado de derecho resulte menoscabado, cuando el Estado hace uso de su prerrogativa a legislar. Esto ocurre cuando a través de la utilización de leyes igualmente criminógenas se realiza una interpretación extensiva de las restricciones que la Constitución impone, en determinados casos, a las garantías fundamentales, cuestión esta última que también puede dar lugar a la práctica de violaciones a los derechos humanos⁵⁶⁴. La diferencia en uno u otro sistema es una cuestión de grado en la posible violación a derechos humanos, mientras en el primero tiende a ser sistemática y reiterada, en el segundo es mas ocasional.

En el análisis que sobre este punto hemos efectuado se ha dicho que en un sistema democrático existe terrorismo de Estado toda vez que se gobierna a través de un conjunto de imperativos, que asumen caracteres de opresión sobre los habitantes de un Estado, y que *vulnera las premisas fundantes del Estado de Derecho*. Se trata de una violencia que el Estado ejerce agrediendo a la Sociedad en su conjunto y no tan solo al grupo, organización o banda armada, etc., que se pretende desarticular.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional no ha sido difícil aceptar la existencia del terrorismo de Estado, baste constatar la existencia de instrumentos internacionales que sancionan las prácticas de genocidio, tortura, desapariciones forzadas, y la indudable limitación a la soberanía estatal que ellos importan (jurisdicción y competencia universales para el enjuiciamiento de crímenes contra la humanidad). Dicho de otro modo, como sujetos de derecho internacional los Estados se ven obligados a respetar los acuerdos que contraen y, por tanto, a evitar que a través de sus gobiernos desarrollen acciones y apliquen métodos que chocan frontalmente con las convicciones y procedimientos aceptados por la comunidad internacional⁵⁶⁵.

El problema se nos plantea a nivel de derecho interno, en el que pareciera ser que hablar de terrorismo de Estado "constituye una imagen metafórica y retórica" desde el punto de vista jurídico⁵⁶⁶. Más metafórico resulta creer que siempre la realidad se corresponde con la concepción "ideal" de Estado democrático, en el que la disidencia política (violenta o no violenta), efectivamente tenga acceso a todas y cada una de las posibilidades que plantea el método democrático, y en el que siempre desde el aparato estatal se respeten los derechos

⁵⁶³ Decimos "en realidad" porque en sus postulados el Estado Social y democrático de derecho se propone garantizar los intereses sociales de los distintos sectores.

⁵⁶⁴ Como por ejemplo la excepción para supuestos de conductas terroristas que permite la ampliación de los plazos de detención en manos de la policía, instituto procesal común a la mayoría de las legislaciones antiterroristas que se examinan.

⁵⁶⁵ Cuando hablamos de estas prácticas no nos referimos tan solo a aquellos casos en los que la represión se dirige a las organizaciones armadas que operan en el interior de un Estado, sino también a las prácticas que un Estado ejerce sobre la población de otro Estado. Ahí tenemos el claro ejemplo de las prácticas de Estados Unidos contra Irak.

⁵⁶⁶ LAMARCA. 1993 a. p.541.

humanos. Tal ideal resulta loable y defendible, el problema es que el testimonio histórico ha sido otro.

En las actuales condiciones, la imposibilidad de concebir el terrorismo de Estado desde el punto de vista sustantivo penal no implica que la conducta desplegada por sus agentes no pueda ser sancionada. La responsabilidad penal es personal. Siendo así, y unido a la idea de que la ley penal sanciona “conductas”, creemos que la discusión se torna inútil. Es evidente que el Estado, como ente, no puede volcar - lógicamente, su fuerza represiva contra sí mismo. Y es también evidente que si sus representantes o agentes infringen el orden constitucional empleando métodos terroristas, deben ser sancionados, conforme al concepto que se propondrá, por delitos de terrorismo. No es éste el problema, sino el de la imposibilidad de imputar una responsabilidad “institucional” por los hechos cometidos.

Tal tipo de responsabilidad si bien en derecho internacional se reconoce especialmente en el caso de los regímenes autoritarios, no tiene la misma suerte en el campo del derecho penal interno⁵⁶⁷.

2. DELITO POLÍTICO.

2.1. Tras el análisis realizado puede arribarse a la conclusión de que el delito político, en cuanto hecho normativo regulador de la criminalidad política, es el producto de un determinado momento de la evolución histórica, pues está sujeto a las transformaciones en las concepciones dominantes en el pensamiento social colectivo, consideradas dentro del contexto histórico. Este carácter pendular, consustancial al concepto de delito político, queda demostrado en el disímil tratamiento que ha ido adquiriendo. Si bien la doctrina ha intentado definir este concepto a través de las teorías objetivas, subjetivas y mixtas, no ha podido llegarse a un aunamiento de criterios que permita definir jurídicamente el delito político.

En definitiva serán los criterios políticos de cada Estado los que determinarán las conductas políticas atendiendo a las características del sistema o régimen que adopte. Criterios que en la mayor parte de los casos atenderán a factores de conveniencia y oportunidad, como por ejemplo las circunstancias por las que atraviesen las relaciones diplomáticas entre los Estados, cuestión ésta que hasta mediados de los noventa determinó que Francia denegara la extradición de los militantes de ETA solicitada por España, considerándoles delincuentes políticos⁵⁶⁸ y el motivo que determinaba a España a no conceder la extradición de militantes del FPMR chileno que cometieron delitos durante la dictadura militar⁵⁶⁹. Se trata de "una desconfianza frente a la aplicación del poder punitivo por otro Estado como instrumento de represión de los adversarios políticos, aparte de que dichos hechos pueden no ser considerados delictivos, sino actos legítimos, conforme al Derecho del Estado requerido"⁵⁷⁰.

2.2. Supuesto que, ante todo ha de atenderse a la finalidad que el autor tuvo al momento de actuar: *finalidad política* (elemento subjetivo teleológico), elemento clave para la determinación de la culpabilidad, y supuesto también que ha de satisfacerse la objetividad señalando que el interés jurídico protegido debe ser la organización político constitucional de una democracia material y formal, debemos resolver el problema de los delitos comunes cometidos con finalidad política y los que atentan contra la organización del Estado con un fin no político.

⁵⁶⁷ Considérese por ejemplo el caso Pinochet: mientras la comunidad internacional reconoce que entre 1973-1990 existió en Chile “terrorismo de Estado”, las autoridades del gobierno interno no lo admiten con total claridad. Otro ejemplo es el francés, a nivel internacional, se solicita el reconocimiento del terrorismo de Estado por los hechos ocurridos durante la guerra de Argelia, mientras que el gobierno interno y los tribunales optan por castigar a un General, impidiendo que la línea investigativa suba más allá de ciertos niveles en el escalafón político.

⁵⁶⁸ MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARÁN. 1996. pp.177-18.

⁵⁶⁹ Por ejemplo los casos de Germán Alfaro, involucrado en el citado caso *Panadería Lautaro*, y Sergio Olea Gaona, ambos pertenecientes al FPMR, Chile.

⁵⁷⁰ LUZÓN PEÑA, D. 1996. pp.177-18.

No parece ser que la solución de las *teorías mixtas restrictivas* sea la más adecuada, toda vez que excluye los delitos comunes de la categoría especial de "políticos" aunque sean cometidos con dicha finalidad, e inclusive hay quienes excluyen de esta categoría a los delitos que supongan un cambio *ilegal* de la organización política del Estado, considerando como delitos políticos solo los *delitos de opinión*⁵⁷¹. Tampoco parece ser del todo correcta la solución de las *teorías mixtas extensivas* puesto que, si bien incluye a los delitos comunes dentro de la categoría "delitos políticos" cuando sean cometidos con una finalidad política, califica como políticos a los delitos que atentando contra la organización política del Estado no tengan un móvil político⁵⁷², lo que no ocurre en la mayor parte de los casos, puesto que todas las actuaciones que atenten contra la organización política del Estado se presumen realizadas por móviles políticos.

¿Sería correcto o adecuado a un criterio de justicia extraditar al autor de un delito común, por ejemplo, un delito contra la propiedad, que tuviera por finalidad el mantenimiento de una organización o movimiento político destinado a derribar un régimen autoritario?. ¿Dónde está la diferencia en el desvalor de una conducta como ésta y una incitación a la rebelión por ejemplo?. Entendiendo los delitos conexos en sentido amplio⁵⁷³, pensamos que en ambos casos existe una relación de favorecimiento a la comisión de un delito político. En el primer caso, aportando logísticamente a una organización insurgente. En el segundo caso, incitando a rebelarse o insurreccionarse. De ahí que los delitos comunes conexos, a nuestro entender, deben ser considerados delitos políticos, pero con un límite: el respeto a los derechos humanos. Llevado al plano jurídico, no serían delitos políticos aquellas conductas que, en un sistema democrático material, atacan bienes jurídicos de la mayor importancia, tales como la vida, la integridad física y la salud de las personas. Excluimos el derecho de propiedad por razones que mas adelante se examinarán⁵⁷⁴.

2.3. No tenemos una propuesta de definición mejor de delito político que la elaborada por la "sabia, complicada y ecléctica"⁵⁷⁵ definición que se intentó en la Conferencia de Copenhague mencionada, ni tampoco esto significa que le consideremos completamente acertada⁵⁷⁶, pero si hemos de enumerar los elementos que a nuestro juicio debe reunir un delito de esta naturaleza tendríamos que decir que:

1º Debe tratarse de un hecho ilícito, sea delito en el ordenamiento jurídico del Estado en el que se comete, o universalmente aceptado como tal.

2º Ser cometido con un móvil o finalidad política, la que reviste un doble carácter: por una parte el fin de desestabilizar y deslegitimar un régimen estatal, y por la otra, el fin de obtención del poder político para proceder a la instauración de un régimen distinto que, proteja los intereses de la comunidad toda o de una determinada clase social que haya resultado mayoritariamente oprimida por el régimen al cual se combate.

3º Ser cometido en el contexto de un régimen autoritario, tales como dictaduras y otros regímenes totalitarios, o en el contexto de un régimen democrático cuando la democracia es

⁵⁷¹ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA. 1986. p.246. En nuestra opinión, de ser así, ningún disidente político de los Movimientos de Liberación Nacional latinoamericanos podrían ser calificados como delincuentes políticos. Por ejemplo, los que cometieron delitos en Chile contra el régimen militar después de que éste se "legitimara" mediante la promulgación y "aprobación" de la Constitución de 1980.

⁵⁷² Conclusión a la que arriba LUZÓN PEÑA. 1996. p. 217, nota 10.

⁵⁷³ En este sentido, LAMARCA. 1985. pp.70-71.

⁵⁷⁴ Supra Cap. VI, *Apartado Segundo. El bien jurídico protegido.*

⁵⁷⁵ Expresiones de QUINTANO RIPOLLÉS. 1957. p.258.

⁵⁷⁶ Por ejemplo al excluir de la categoría de delitos políticos a "los que crean un peligro comunitario o un estado de terror", ya que resultan conceptos ambiguos que dependen de múltiples factores: medios de comunicación, estados psicológicos espontáneos o inducidos, etc.

meramente formal⁵⁷⁷.

4º Respetar las normas protectoras de los derechos humanos reconocidos universalmente (derecho interno y derecho internacional) en la forma de ejecución de los actos, los que en ningún caso podrían constituir actos de barbarie, como asesinatos masivos de población ajenas a la lógica del conflicto. En este sentido, y para el caso de un conflicto armado, ha de respetarse las normas del derecho humanitario. La inclusión de este elemento no viene a significar que privemos con ello el carácter de delito político a conductas tales como el tiranicidio, o el asesinato de representantes políticos de regímenes autoritarios sino que quiere enfatizar que no es delito político - y por ende sí terrorismo- acciones que JIMÉNEZ DE ASÚA describe como actos atroces y crueles en contra de la población o un sector de ella, como la colocación de un artefacto explosivo en un centro comercial, en una calle transitada, etc.

Parece ser que con esta conceptualización queda establecida la diferencia que existe entre delitos de terrorismo y delitos políticos. El terrorismo es un delito político, pues su finalidad tiene este carácter. Uno de los puntos que hemos enfatizado era que los intentos de la doctrina para dividir las conductas en políticas y sociales han sido superados. Es imposible concebir el ataque al sistema o régimen político y social imperante (delito social) sin aceptar que ella pasa necesariamente por el ataque a la organización política de un Estado determinado (delito político). Pero el hecho de considerar al terrorismo como un delito político no implica que deba asignársele el tratamiento benigno que caracteriza a este último, y viceversa, no implica que los delitos comunes que se cometen y que tienen una finalidad política, tengan que ser necesariamente considerados como delitos de terrorismo, y asignarles un tratamiento mas severo.

3. TERRORISMO.

Una de las exigencias de esta investigación ha sido el advertir la diferencia entre el terrorismo como fenómeno histórico y social, manifestación de la violencia política, y los delitos de terrorismo, cuestión que en rigor corresponde a la Ciencia Penal, a la que dedicaremos la Segunda y Tercera Partes de esta investigación.

3.1. La expresión "terrorismo" ha sido objeto de acuciado estudio por la doctrina sin que hasta ahora se haya logrado un aunamiento de criterios en torno a un concepto unívoco del mismo no tan solo para su adopción en el campo político y social, sino para llevarlo como paradigma al campo jurídico. La innegable imprecisión semántica ha sido fruto de la heterogeneidad que este fenómeno - o estos fenómenos -, de terrorismo han adoptado a través de los distintos procesos históricos y sociales. Indudablemente se han hecho presentes también criterios de carácter ideológico, de oportunidad y eficiencia que dependen de los actores sociales llamados a valorar la violencia. Lo que para unos es una organización terrorista, para otros será movimiento de liberación nacional o movimiento revolucionario.

De ahí que en esta investigación hablemos de *violencia política* y bajo esta denominación se haya realizado el recuento histórico de las organizaciones tanto de izquierda como de derechas, procurando evitar la utilización estigmatizante del término "terrorismo" para calificar como injustificables determinados comportamientos políticos, salvo casos extremos en los que no hemos podido prescindir de la connotación axiológica que lleva consigo. Queremos decir con esto, por muy loables que nos parezcan los fines de una organización, no podemos justificar siempre y en todo caso los medios que utilizan para su consecución. Podemos, en el plano axiológico, aceptar por ejemplo el atentado contra autoridades políticas o representantes del poder - como ocurre en el tiranicidio y en el derecho a resistencia -, pero nunca podríamos aceptar aquellas acciones que golpean a la clase obrera en particular, o a los propios sectores sociales que dichas organizaciones

⁵⁷⁷ Pensamos especialmente en el caso peruano bajo el gobierno de Fujimori.

representan o defienden, sea cual sea el régimen de gobierno en el que se produzcan⁵⁷⁸.

Llegados a este punto, examinadas las distintas tendencias que desde las ciencias sociales se advierten en torno a la definición del terrorismo, y en vistas al desafío de aproximarnos conceptualmente al mismo desde el campo jurídico penal, creemos que los elementos que han de considerarse para un concepto de terrorismo como fenómeno histórico y social, dicen relación con las características genéricas que éste asume, a pesar de su multiformidad, tanto en las democracias occidentales como latinoamericanas:

1ª *La finalidad del terrorismo es político-ideológica*, sea para socavar la estabilidad de un régimen establecido y promover su sustitución por otro, o sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social, esto es, para "subvertir" o "mantener" el orden político constitucional en un Estado democrático de derecho.

Es este elemento político ideológico el que nos permitirá diferenciarlo de otras formas de criminalidad, como el crimen organizado. La identificación del terrorismo con la categoría de criminalidad organizada ha motivado una cooperación interestatal que pretende destruir los lazos que conectan a las diversas organizaciones armadas (carácter internacional del terrorismo), y sus no poco frecuentes conexiones con el crimen organizado. Por ahora digamos que, desde un punto de vista jurídico penal la conexión entre crimen organizado y terrorismo se da en una relación de medio a fin. Dicho de otro modo, la organización terrorista blanquea capitales para mantener y fortalecer su estructura, elemento imprescindible para la comisión de delitos de terrorismo.

2ª *Se basa en la violencia o su amenaza y se dirige en definitiva a un destinatario colectivo representado por la sociedad o una parte de ella o el Estado*. La violencia cumple aquí una doble función: destructiva y simbólica. Destructiva en cuanto ataca no solo el componente físico sino también psíquico de la sociedad o parte de ella, a través de la comisión de actos caracterizados por la eficacia e imprevisibilidad (p.ej. el atentado explosivo). Simbólica en cuanto necesita para cumplir sus objetivos y difundir el alcance de sus amenazas de los medios de comunicación social. Éstos impactarán a la opinión pública realizando procesos de inducción de determinadas opiniones a favor o en contra del terrorismo, especialmente esto último si consideramos que los *mass media* obedecen a las directivas provenientes de los sectores privilegiados de la sociedad y en defensa de sus intereses. El terrorismo se transforma en un "distractor" de la opinión pública evitando que ponga atención en otros problemas reales que dimanen de la estructura misma de la sociedad. En esta lógica, los medios de comunicación en la lucha contra el terrorismo exhibirá con detalle las acciones realizadas por los insurgentes y ocultará- mientras le sea posible- las que son manifestación de la violencia estatal.

3ª *Provoca un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad, desproporcionados en relación a las consecuencias materiales y los daños directos ocasionados por la violencia*. Esta característica ha sido la causa frecuente de que haya existido confusión en la doctrina en relación al fin último de los delitos de terrorismo. Las definiciones que - ya desde la ciencia penal- aluden al fin de "producir terror", consideran a éste como el objetivo del terrorismo. Como se ha expresado, el terror es utilizado como medio para alcanzar el fin político, se trata por una parte de demostrar ante la autoridad una fuerza y una capacidad que, muchas veces en realidad no se poseen, y por la otra de que la violencia sirva como generadora de un mensaje a la sociedad, mensaje que se manifiesta en el ataque a "símbolos del poder". Esto último no priva a la violencia terrorista de su carácter indiscriminado. En muchos de los actos terroristas existe la eventualidad de agredir a ciudadanos ajenos a esta lógica de "guerra contra el Estado (o el sistema)".

⁵⁷⁸ Las matanzas de campesinos por ejemplo en la guerrilla Latinoamericana no encuentran justificación a nuestro juicio, sea que fueren perpetradas por paramilitares o guerrilleros, y en Europa- aunque también en algún caso de Latinoamérica, como Perú- los atentados explosivos en centros comerciales, los coches bomba en sectores urbanos en los que al menos existe un "dolo eventual" de matar a civiles ajenos a la lógica del conflicto, tampoco encuentran justificación.

Para la comunicación social de su mensaje el terrorismo evidentemente necesita contar con publicidad, labor ésta que corresponde a los medios de comunicación. El acto terrorista necesita contar con una capacidad de trascendencia tal que sea *capaz de destruir voluntades*. Necesita pues, que el acto sea difundido, como hecho llamativo. La lógica del terrorismo reclama *publicidad*.

4ª *El terrorismo es utilizado como estrategia predominante o "método tendencialmente exclusivo"*⁵⁷⁹, para cuyo desarrollo se hace necesaria la existencia de una *organización terrorista*. Ella ha de cumplir determinados requisitos: estructura jerárquica, delimitación de funciones en su interior, apoyo logístico, férrea disciplina, compartimentación. En otras palabras: ilegalidad y clandestinidad. De todos estos requisitos el que mayor interés penal reviste es el de la necesidad de contar con una jerarquía interna y funciones bien delimitadas, porque es aquí donde encontrarían su explicación las conductas de colaboración y la punición de actos preparatorios.

Pero hay una salvedad: de acuerdo a las características reseñadas, desde el punto de vista sociológico y criminológico, es posible admitir que el terrorismo puede ser llevado a cabo por actores individuales o colectivos⁵⁸⁰. La innovación sociológica ha consistido en afirmar que terrorista no es solo aquel que realiza actividades calificadas como tales, sino también aquel que compartiendo sus postulados, se transforma en integrante de ciertas redes de apoyo que si bien no realizan directamente dichas actividades, colaboran con la perpetración de estos actos. Ello puede dar lugar a graves infracciones en materia penal, a través de una extensión del ámbito de la punibilidad de la que difícilmente podría escaparse. Políticamente criminalmente no resulta conveniente, ni adecuado al principio de "última ratio" contemplar el terrorismo individual en el plano sustantivo. ¿Quiénes son los afectados por la norma?. Nos ponemos en el caso de ciertas organizaciones juveniles que sin pertenecer a una organización terrorista realizan actos de violencia callejera.

5ª *Ataca frontalmente a los derechos humanos* a través del uso de una violencia que va adquiriendo el carácter de indiscriminada. Como explica DOMÍNGUEZ VIAL⁵⁸¹: "La fuerza política, incluso la armada, se somete a normas coherentes con los derechos humanos y la libre determinación del pueblo, en cambio el terrorismo-estatal o privado- no lo hace, dando rienda suelta al desprecio más absoluto respecto a la dignidad y soberanía del pueblo, mediante el uso intenso y sistemático de la barbarie y la crueldad extrema e indiscriminada".

Si bien es cierto los derechos humanos son un concepto relativo, como dijera BOBBIO, a estos efectos cabe tener presente que su base común se encuentra en ser el fundamento de los Estados modernos, en la convicción de la existencia de valores y principios que van más allá de los Estados nacionales, y que les determina a positivizarlos tanto en la ley internacional como en la interna. Sobre esta base se entiende que es el Estado quien debe garantizar su respeto y potenciar su realización. Por tanto, la violación a los derechos humanos, es una conducta que solo puede ser llevada a cabo por el Estado, y no por individuos en particular. Primero, para que exista una violación a los derechos humanos, se requiere que tenga un carácter sistemático, y esto solo puede darse en el caso de un Estado (no de individuos). ¿Significa esto que, organizaciones criminales no pueden cometer tales violaciones?. En ningún caso, pero ello nada tiene que ver con su carácter de asociación, sino con la usurpación de la soberanía que supone atentar contra las bases del sistema democrático, lo que le transforma a estos efectos en un "micro Estado" dentro del Estado.

Considerando lo dicho puede concluirse que no toda violación a los derechos humanos es

⁵⁷⁹ Entre comillas la expresión utilizada por REINARES. 1993. pp. 42 y 47.

⁵⁸⁰ Recordemos que en este sentido se ha manifestado la Sociedad Internacional de Criminología. CASTILLO – PICCA – BERISTAIN. 1993. p.494 y REINARES. 1993. pp.59-60.

⁵⁸¹ DOMÍNGUEZ VIAL, 1988, p.58.

terrorismo, sino solo las que tengan un carácter sistemático, y ataquen concretamente derechos fundamentales. Los contenidos substanciales del terrorismo en las sociedades avanzadas se traducirían en la comisión de actos atroces y crueles, por regla general en el marco de la estrategia de una organización, con la intención de quebrantar por el miedo intenso la voluntad organización del contrario. Importa una agresión a toda la sociedad, en cuanto se debe destruir por el pavor toda posible colaboración de sectores sociales con el enemigo. A través de esta guerra de exterminio, llevada a cabo por ataques indirectos, se trata de disgregar a todo el que se opone, anulándolo, al privarle de la base de sustentación social.

3.2. Imbuidos de estas reflexiones, de las definiciones expuestas la que mejor satisface a estas características es la proporciona PONTARA, aunque todavía resulta demasiado amplia como prototipo para la ley penal: "un acto terrorista es una acción llevada a cabo como parte de un método de lucha política que aspira a influir, conquistar o defender el poder del Estado, y que implica el uso de la violencia extrema (muertos o heridos) contra personas inocentes, no-combatientes"⁵⁸². A ella deberíamos agregar, si queremos llevarla a nivel de orden político interno, la circunstancia de ser cometida en el seno de una sociedad democráticamente organizada en la que estén garantizadas las vías de participación política.

3.3. El carácter dinámico del fenómeno terrorista desencadena un proceso cuya comprensión ha tenido por misión, facilitar el examen de los lineamientos político criminales que se han seguido a nivel interno en esta materia. El ciudadano tiende a atribuir al Estado la responsabilidad de la existencia de organizaciones terroristas, aludiendo a su incapacidad más policial que política para reprimirlo, lo que ya induce a error desde que hay que asumir que ante todo la respuesta al terrorismo ha de ser política.

Basado en esta inculpación, el Estado adopta métodos de acción represivos utilizando la violencia, con lo que entra a primar la razón última de Estado por sobre la razón jurídica. Pero esta represión y arbitrariedad sitúa al ciudadano ajeno al conflicto, en un plano de desventaja frente al Estado, pues éste justificándose en la necesidad de encontrar a los responsables se permite a sí mismo ciertos márgenes de error aplicando violencia sobre ciudadanos inocentes, cuestión que la autoridad llama el "costo social de la tranquilidad política". Y proseguirá entonces la espiral de violencia, ya que los errores cometidos provocarán que los integrantes del cuerpo social enjuicien a la autoridad política, para finalmente verse enfrentados a una dicotómica alternativa de violencia: o pedir una mayor represión por parte del Estado, o aceptar lo exigido por la subversión.

La existencia de un Estado de Derecho determina que la ley encuentra su legitimidad en la institucionalidad política, y ésta mantiene su vigencia sí y solo sí se produce el cumplimiento de la ley. "La capacidad de un Estado para reprimir el terrorismo encuentra su legitimidad en el derecho y no en la fuerza policial, represiva o militar de que se disponga en un momento determinado"⁵⁸³. Por ello es que, en el siguiente capítulo intentaremos demostrar que no es posible pensar que el Estado, so pretexto de perseguir los actos terroristas, emplee el terror como método, nos referimos específicamente a las formas que asume la represión "ilegal" del fenómeno, a las violaciones de derechos y garantías fundamentales que cometen los organismos policiales en un momento determinado. Bien lo decía Vouim: "La condenación del terrorismo contra el Estado, no puede implicar la aprobación del terror"⁵⁸⁴, toda vez que se produce una involución en el sistema penal de garantías.

Aquí conviene hacer una precisión: el afirmar que el terrorismo sea la causa de esta involución, implica un razonamiento lineal que no conduce a la explicación de un fenómeno tan complejo como es la violencia política. Concordando con BARATTA, el sistema penal posee una lógica propia que se desarrolla independiente del terrorismo, y que se orienta hacia una

⁵⁸² PONTARA. 1979. p.58.

⁵⁸³ PICKERING DE LA FUENTE, G. 1988. p. 26.

⁵⁸⁴ Cita de DEL BARRIO-LEÓN REYES. 1990. p.22.

evolución autoritaria. Las raíces de esta lógica se encontrarían "en el *cambio autoritario del sistema general de control social*, en la mayor marginación de sectores sociales y mayores cuotas de explotación de los individuos que se producen en la sociedad capitalista. Todo ello exige un mayor control y mantenimiento del orden social⁵⁸⁵.

Concluimos aquí la primera parte de esta investigación. En lo que concierne sustancialmente a los dos capítulos elaborados, puede decirse que la violencia terrorista despliega dos tipos de efectos que resultan importantes de destacar. El primer efecto se deduce del propio Poder que utiliza la lógica del "enemigo" para amedrentar al ciudadano el que opta por inhibirse de las actividades públicas, tendencia inhibitoria que queda particularmente reforzada por el terrorismo político. Pero además despliega un efecto de carácter legitimante del sistema ya que se produce - o se provoca⁵⁸⁶-, un síndrome de inseguridad colectiva, especialmente frente a la violencia que procede de los sectores de la izquierda política y del independentismo, de manera tal que la simple existencia del terrorismo se utiliza como un factor legitimador de la actuación del poder estatal. Frente a ello la legislación antiterrorista cumple un papel de control social que se caracteriza por la progresiva centralización y ampliación de los agentes de control formal. A su análisis dedicaremos el capítulo siguiente.

⁵⁸⁵ BARATTA. 1985 a). p.44.

⁵⁸⁶ Como se ha expuesto, el proceso de inducción que se puede llevar a cabo a través de los medios de comunicación social es evidente, especialmente cuando éstos representan los intereses de los sectores privilegiados de la sociedad.

SEGUNDA PARTE

**TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LOS
DELITOS DE TERRORISMO**

CAPÍTULO III

LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL Y CRIMINOLÓGICA AL TERRORISMO.-

SUMARIO: I.- Preliminares, **II.-** TRATAMIENTO CRIMINOLÓGICO DEL TERRORISMO, 1.- Aproximación histórica acerca de la concepción criminológica del terrorismo. 2.- Toma de posición frente a la delincuencia terrorista: La Criminología crítica y el concepto de desviación social. 3.- El terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción. 4.- Terrorismo: ¿Crimen organizado?, **III.-** LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL AL TERRORISMO: Las legislaciones de excepción: 1.- Criterios de legitimación de la excepcionalidad jurídica y sus manifestaciones, 2.- Análisis comparado: Manifestaciones y consecuencias de la excepcionalidad jurídica en las legislaciones de España y Chile, 2.a.- En el plano sustantivo penal, 2.b.- En el ámbito procesal penal. Suspensión de derechos fundamentales, 2.c.- Tratamiento penitenciario especial, 2.d.- Las medidas premiales en los delitos de terrorismo: el arrepentimiento eficaz, 2.e.- El indulto y la amnistía, **IV.-** Conclusiones.

I.- PRELIMINARES.

Siguiendo con los lineamientos generales que nos ha proporcionado la primera parte de esta investigación, puede deducirse que la violencia estructural que se observa al interior de la sociedad ha sido objeto de control social y represión penal, ambos derivados de la crisis de legitimación por la que atraviesa un sistema enfermo.

Entendemos que la criminalidad moderna, en la que ha de considerarse inserto el terrorismo, debe ser concebida dentro de un modelo teórico explicativo de sus fundamentos materiales, como la consecuencia histórica y necesaria de la marginación social y la precariedad de vida y subsistencia a que se halla expuesta la fuerza de trabajo en el sistema imperante¹. La idea de criminal, como individuo libre y autodeterminado, y la concepción del castigo como pena teleológica (Ley del Talión) han quedado atrás². Lo que no ha quedado atrás es la idea del derecho penal como instrumento de control social, que históricamente ha sido utilizado por los sectores dominantes en la sociedad. Es lo que muy bien explica TERRADILLOS BASOCO, rescatando las ideas de CERESO MIR y BARATTA: "... realización de la justicia no es sino realización de un orden justo, y éste consiste en la vigencia de una escala de valores fijada no con criterios meta-históricos y abstractos, sino de acuerdo con la ideología dominante, pues, *el Derecho Penal es siempre un instrumento de protección del sistema político dominante*. En el llamado 'mundo occidental' esa escala de valores coincide con el universo moral de la cultura burguesa presidida por el signo del individualismo"³.

La connotación clasista de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por los Códigos Penales permite afirmar la función burguesa de la represión penal como "mecanismo ético de culpabilización y reforzamiento ideológico del orden existente", de donde se desprende que la mayor represión penal se dirige a la criminalidad de las clases subalternas, mientras que la represión hacia las clases dominantes (criminalidad de cuello blanco, por ejemplo) no pasan de ser "un simple catálogo ideológico"⁴, ello en razón de su conformidad con los valores del

¹ Así como son consecuencias también "la pobreza que es esencial a la sociedad burguesa, en donde la fuerza de trabajo se reduce a mera mercancía, y el individuo se ve privado de cualquier tipo de protección social siendo su única garantía, incierta, por lo demás, la que le ofrece el mercado de trabajo". LUXEMBURGO, Rosa. *Introducción a la economía política*, trad. de H. Ciafardini, 2ª ed. Madrid, 1974, p. 202). En el mismo sentido ZOLO, Danilo; *"Marxismo y cuestión criminal"*, en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Col. El Viejo Topo, 1983, pp. 83-134, esp. pp. 97-99

² Marx, *"La Sagrada Familia"*, 1967, ob.cit. pp. 243-251.

³ TERRADILLOS BASOCO, J. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal., 1981, b), p.15.

⁴ ZOLO; D. 1983, pp. 104 -105.

sistema capitalista de medios de producción. Pero también es necesario reconocer que el derecho penal no protege exclusivamente los intereses de la clase dominante, ya que también plasma valores que han sido fruto de luchas y victorias sociales⁵ y esto se advierte en que también se protegen bienes jurídicos que dicen relación con el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales.

Interpretando - en lo que es objeto de nuestro interés - los lineamientos de P.YOUNG y S.COHEN⁶, puede decirse que algunos actos desviados, como el terrorismo, efectivamente se erigen como una oposición al sistema, pero he aquí el cuidado que debe tenerse al momento de calificar una conducta como terrorista: debe, ante todo considerarse, respecto de la eficacia y legitimidad, los límites implícitos en sus formas de lucha. No todo delincuente puede ser visto como un revolucionario, especialmente cuando sus actos atentan contra la propia clase obrera, directamente o disgregándola o confundiéndola.

I.1.- De allí que surja como necesario el *control social* de la desviación, cuestión ésta que ha sido reconocida inclusive por los abolicionistas⁷, control social que es efectuado por el sistema penal. Los mecanismos de control social tienen por finalidad evitar la “disidencia” y la “desviación de algunos individuos o grupos en relación a la comunidad⁸. El derecho penal, sin duda, no es el único instrumento para acabar con el terrorismo, ni con el delito en general, pero no puede dejar de efectuarse su reconocimiento para castigar las vulneraciones a los derechos humanos fundamentales. De esta manera, si bien es cierto un acto de oposición política violenta adquiere legitimidad cuando combate los valores de un sistema económico opresor de los sectores más desposeídos de la sociedad, tiene por límite el respeto a los derechos fundamentales, pues su transgresión indiscriminada más bien sirve a la función de dividir a la clase obrera que aunarla en pro de sus reivindicaciones.

La necesidad de sometimiento del individuo, o de los grandes sectores sociales, a las orientaciones de los sectores detentadores del poder ha dado paso a la *teoría de la defensa social*⁹ que se ha manifestado en un control tecnocrático de la sociedad. El control penal desde esta perspectiva aparece con una naturaleza compleja, que debe ser analizada conforme a la realidad sociopolítica de cada sistema democrático. Las bases ideológicas del sistema democrático, el *consenso* político, la *estabilidad*, la *seguridad interior* se hacen aparecer como los elementos en peligro frente a la violencia terrorista, produciendo una *politización e involución de los sistemas penales*¹⁰ al establecer un tratamiento diferenciado para cada tipo de delincuente. Esta diferenciación es regulada en base a la conformidad o disconformidad de la desviación social para con los valores del sistema. Así tenemos que, para los que persiguen una inversión de la escala de valores, y en general, para los marginados de la sociedad existe un régimen jurídico de excepcionalidad represiva, mientras que para la criminalidad económica, que persigue la mantención de una escala de valores, esta excepcionalidad o bien es inexistente, o bien no se manifiesta con tanto rigor como en aquellos. Como acertadamente ha expuesto Danilo ZOLO, el proceso de criminalización bajo la forma individualizante, característico del derecho penal burgués, va desplegándose en torno a una parte ínfima de los infractores

⁵ Así p.ej. el castigo a las conductas xenófobas, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

⁶ YOUNG, J. "*Criminología de la clase obrera*" (1975) en Taylor, I. - Walton, P.- Young, J. *Criminología crítica* (1977), pp.89-127, esp. p.111; COHEN, S; "*Guilt, justice and tolerance: some old concepts for a new criminology*", en *Against Criminology*, 1979; p.167, "*Symbols of trouble*", en *Against Criminology*, 1980, p.165.

⁷ PAVARINI, Massimo. "*Abolicionismo y Reduccionismo*", en *PC*, N° 1, 1987, pp. 137-158, esp. p.154.

⁸ JAIME-JIMÉNEZ, Oscar. "*Control Social y violencia colectiva: un estudio comparado de la respuesta policial al terrorismo en sociedades industriales avanzadas*", en *Rev. Sistema*, núm.. 134, 1996, p. 95.

⁹ SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, PPU, 1988, pp.97-99, BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "*Pena y Estado*", *Papers, Rev. Sociología* n°13, 1980, pp. 97-128, p.107.

¹⁰ En este sentido, SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, pp.97-98; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. "*Crítica de la política criminal del orden público*", en *CPC*, 1982, N°16; pp. 49-92, esp. p.50-51; BARATTA, A. "*Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*", en *PC* núm.0, 1986 b) pp.77-93, esp. p.86.

"sociológicamente cualificados por su pertenencia a las clases subalternas y se despotencia, por el contrario para la criminalidad del poder y en general de los cuellos blancos"¹¹.

Empero, no siempre esta diferencia en el trato se advierte a simple vista. Existen formas de criminalidad que, aún siendo radicalmente opuestos sus móviles, son englobados dentro de un mismo concepto y tratadas jurídicamente de la misma manera. Es lo que ocurre con la criminalidad organizada, cuyo fin es ante todo de tipo económico, y en la cual se hace encuadrar al terrorismo. Y aún dentro de esta globalidad que es el crimen organizado, se puede advertir una notable distinción discriminatoria en el tratamiento que se da a cada una de sus formas en lo sustantivo penal y procesal, según sea la forma de desviación (conformidad o disconformidad con los valores del sistema). Esta discriminación es *ficticia o aparente*, ya que si bien, en teoría se trata de la misma manera cualquiera sea la forma de crimen organizado que se manifieste, en el ámbito legislativo advertimos una radicalización en el método punitivo hacia determinados delitos, como por ejemplo, los delitos de terrorismo.

La explicación a este trato discriminatorio se encontraría en la idea de que el sistema trata de defender sus convicciones ideológicas de sociedad de consumo y explotación. Por ello es que incluso dentro del ámbito de la criminalidad que tiende a la mantención de la escala de valores, como el narcotráfico, la delincuencia común, el terrorismo de Estado, la represión legislativa se manifiesta más fuertemente que en los delitos de cuello blanco. Y por supuesto esta represión legislativa se manifestará más severamente cuando se trata del propósito de invertir dicha escala de valores, caso del terrorismo insurgente o subversivo. Nadie puede negar que *no se trata de la misma manera* a un delincuente de cuello blanco o a un terrorista de Estado, que a un terrorista insurgente. En suma, se trata de un derecho penal *aparentemente igual* para criminalidades *desiguales*, pero que en su interior descubre a la vez *una desigualdad dentro de la igualdad*¹², que queda de manifiesto frente a cada cambio político y social.

El control penal en cuanto parte integrante del control social¹³, si bien se sustenta en las respectivas Cartas Fundamentales que son las que orientan los mandatos del legislador, es en los momentos de su ejecución donde mayormente se advierte la incidencia de los cambios y transformaciones de la contingencia política¹⁴. Los sistemas penales, desde el punto de vista deontológico, no suelen presentar contradicción con las normas constitucionales, sustantivas penales y procesales; sin embargo desde el punto de vista ontológico y práctico en más de alguna oportunidad es posible afirmar que "más que sistemas de protección de derechos fundamentales, son sistemas de violación a ellos"¹⁵. Y he aquí el problema que supone la necesaria transformación del aparato punitivo del Estado, que se vuelca hacia el terrorismo mediante la adopción de la emergencia penal, las legislaciones de excepción, que al mismo tiempo persiguen una relegitimación implícita del sistema. Se procede entonces a la reestructuración de los mecanismos de control penal.

"El hecho de defender la supremacía de la ley - dirá KIRCHEIMER- no descarta automáticamente la discriminación ni la desigualdad de trato, ni la fiel aceptación de patrones

¹¹Esto explica el carácter prevalentemente proletario y subproletario de la criminalidad puesto de manifiesto por las estadísticas judiciales. ZOLO, D.1983, p. 104

¹² La concepción de crimen organizado que aúna a delincuentes de cuello blanco, narcotráfico y terrorismo, y que lleva - en teoría - a un tratamiento jurídico de excepción igualitario para estas desviaciones diferentes, también es distinto.

¹³ El control penal al que se alude está referido al control social formal que, desde el Estado se lleva a cabo, a través de normas jurídico penales para la prevención y represión de actos ilícitos que atentan contra los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

¹⁴ BERGALLI, Roberto. "Conflicto social y control penal", en *RFDUCM*, Monográfico 10-11, 1986, pp.99-115, esp. pp. 108-109

¹⁵BERGALLI, Roberto. "Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal", en *Violencia y Política*, Monográfico *Rev. Sistema* núms.132-133, 1996 a) pp.129-143, p.142.

legales obligatorios impiden la arbitrariedad, inseparable compañera de la desigualdad.”¹⁶

Algunos autores, desde una perspectiva, a nuestro juicio, corporativista, han atribuido al terrorismo la aparición del autoritarismo en los sistemas democráticos con las legislaciones de emergencia, el recorte en las garantías fundamentales, y en definitiva ser una causa- al menos lateralmente- de la involución del sistema penal. Creemos, al igual que BERGALLI, que la razón por la cual los Estados contemporáneos caen en expresiones autoritarias se encuentra en otra cuestión, y que no debe confundirse la "contingencia política" o la "coyuntura política" con las causas profundas¹⁷. Y estas causas profundas dicen relación con la dualidad como característica esencial de las sociedades postindustriales y con el momento en que “la concentración de la riqueza y la difusión de la miseria provocan la época de mayor restricción de las políticas sociales que recuerden los procesos de acumulación capitalista”¹⁸, elementos ambos con los que se imbrica la idea del control social en el proceso de globalización cuya intervención en los sistemas democráticos ya se ha comentado.

La raíz del problema se encuentra en el desajuste económico y social del sistema socioeconómico imperante, un sistema que al proteger los intereses de los grupos en el poder descuida deliberadamente el resto de los sectores (independientemente de los logros frutos de victorias sociales). Esta desigualdad es la que produce la involución en el sistema penal. El terrorismo solo tangencialmente es causa de la involución en el sistema penal, y no puede utilizárselo como el chivo expiatorio de los males causados por una sociedad que en sí misma lleva la desigualdad.

La legislación de emergencia fruto de este control social formal exacerbado, al rediseñar el ordenamiento jurídico conlleva el riesgo de aplicar una "política penal de orden público"¹⁹ cuyas consecuencias sean la conversión del Estado democrático en un "Estado de Policía" y en su extremo más peligroso un "proceso de fascistización genérica del Estado"²⁰. Esto último entendido como "la salida del sistema normativo vigente por parte de los aparatos del Estado"²¹, que es lo que ocurre en el caso del terrorismo que se propicia por parte del Estado para combatir el terrorismo subversivo. La conceptualización del Estado democrático como "Estado de Policía" encuentra su fundamento en el control social formal que se ejerce sobre el terrorismo, extendiendo su ámbito más allá de las conductas que revisten tal carácter. Ciertamente, como expone Gómez BENÍTEZ, que el Estado de la legislación excepcional no suele destruir el Estado constitucional de Derecho, y que la "ausencia de libertad" parece ser "una ausencia democrática de libertad"²², no quita al Estado los inminentes rasgos de autoritarismo. En palabras de Laura ZÚÑIGA²³, nos encontramos con la "esquizofrenia penal" de un aparato legislativo moderno, garantista, que satisface las expectativas técnicas, y al mismo tiempo "una realidad alejada de los principios de respecto a los derechos fundamentales, por la aplicación de

¹⁶KIRCHEIMER, Otto. “*Represión legal de organizaciones políticas*” en *Justicia Política. Empleo del Procedimiento penal para fines políticos*, Freiburg, 1968, p.128.

¹⁷BERGALLI, R. 1986, p. 111

¹⁸BERGALLI, 1996 a), p. 132.

¹⁹Entendemos siguiendo a Bricola y Gómez Benítez que "la política penal" es "aquella que se dirige globalmente a la tutela penal de todos los intereses más significativos en un contexto social", en otros términos, la respuesta a la criminalidad restringida a la acción punitiva ejercida por el poder público y que la "política criminal" se refiere a "aquella que implica una transformación social e institucional" BRICOLA, Franco. "*Politica criminale e politica penale dell' ordine publico*" (a propósito della lege 22, Maggio, 1975, n°152), en *QC*, n°2,1975, p. 224, cit. por GÓMEZ BENITEZ, J.M. 1982, p. 51 y ss.).

²⁰La expresión que se adopta pertenece a ROMANO CANOSA. *Diritto e Rivoluzione*, Ed. Mazzota, Milano, 1977, p.108. Cit. por GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit. *CPC*, 1982, pp.49-50.

²¹GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. 1982, p.50

²²A propósito de la aceptación y exigencia social de represión al terrorismo, inducida en la mayoría de los casos por los medios de comunicación

²³ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. "*¿Tiene futuro la dogmática penal en Perú?*", en *RPCP*, Año III, Enero- Junio de 1995, N°5, pp.333-345, esp. pp.336-337

una legislación antiterrorista que desconoce las garantías de los códigos sustantivo y procesal", "la inaplicabilidad de los principales postulados de alternativas a la pena de prisión", plasmada en la imposibilidad práctica de acceder a los beneficios penitenciarios por parte del terrorista que se niega a someterse al tratamiento penitenciario, "la discrecionalidad policial en desmedro de la labor judicial que suponen las leyes de emergencia", esto es, ampliación de los plazos de detención, intervención en las comunicaciones, interrogatorio policial, etc.

Las plausibles y oportunas advertencias doctrinales realizadas no logran plasmarse satisfactoriamente en el campo normativo: la excepción legislativa, la emergencia ha ido paulatinamente transformándose en una cultura²⁴, una especie de "normalidad legislativa", una "droga del sistema" que a la par ha producido habituación y dependencia²⁵. Y esto es aplicable a la actual legislación antiterrorista en España y en Chile. El garantismo que supone incluir los delitos de terrorismo en el Código Penal (ley penal española) se ve reducido al mínimo, cuando se observa que el tratamiento procesal y penitenciario continúan adoptando la excepcionalidad como paradigma, y aprovechando al máximo la autorización constitucional que otorga el art. 55.2 de la CE (suspensión de garantías). En el caso chileno, la emergencia más pura y severa que impuso la dictadura del General Pinochet, que se vio en la necesidad de "legitimar constitucionalmente" ha sido adoptada en su esencia por la nueva legalidad que trajo la democracia. De hecho los delitos de terrorismo continúan siendo sancionados a través de una ley especial, aunque no la misma que la impuesta por el anterior régimen, y su tratamiento "excepcional" en materia procesal encuentra sus lineamientos y directivas generales en la propia Carta Fundamental (art. 19 n°7 CPRCH).

Pareciera ser que la mentalidad autoritaria, herencia de las culturas dictatoriales (franquista y pinochetista), se ha convertido en una normalidad para el ordenamiento político. Desenmascarar- como indica BERGALLI²⁶- su empleo político e ideológico, como arma contra el enemigo interno, es la labor del jurista para al menos intentar provocar una discusión en el seno de la sociedad, especialmente cuando se trata de un fenómeno, el terrorismo, en el que la excepcionalidad alcanza su punto más álgido.

I.2.- El control penal bajo la forma de excepcionalidad que ha ido perpetuándose en torno al tratamiento del terrorismo, es el campo de reflexión en el que se inserta el presente capítulo, mas existe otro punto imposible de soslayar: los fines de la pena en este tipo de delitos, puesto que se encuentra en estrecha relación con la función motivadora de la norma. ¿Es verdad que un terrorista puede ser motivado por la norma penal hasta el punto de reinsertarse a la sociedad?. No pretendemos realizar un examen acucioso del mismo sino tan solo dejar sentados los lineamientos generales que guiarán los razonamientos que se verterán en cada uno de los acápites sucesivos.

En teoría y desde que la escuela de Chicago realizó su aporte a la ciencia, el control social adquirió una orientación más democrática. Se trata de que sea "la propia interacción social la que produzca la adhesión a los valores que se construyen en la sociedad misma"²⁷. Sin embargo los choques de las actuaciones individuales con el ordenamiento jurídico, traen como consecuencia la reacción del sistema punitivo a través de la pena. ¿Por qué fracasa la norma en su motivación?. Conforme a los lineamientos generales de esta investigación creemos que ello

²⁴A este respecto expone BERGALLI: "la difusión de una consecuente cultura de la emergencia ha llevado a explicar la sustitución de la racionalidad jurídica por una razón de Estado, mediante la cual se pueden llegar a entender- mas nunca a justificar- las desviaciones practicadas por los sistemas penales", BERGALLI, 1996 a), pp.142-143.

²⁵Así, BERGALLI, R. "*Emergencia: una cultura específica*", presentación a la obra de SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, pp. I-XVI, SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988; BARATTA, Alessandro - SILBERNAIG, Mario. "*La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal*", en DP, año 8, 1985, pp.559-595; esp.pp. 559-561.

²⁶BERGALLI, R. "*Emergencia: una cultura específica*", ob.cit., p. XV.

²⁷BERGALLI, R. 1996 a), p.131.

dice estrecha relación con el sistema socioeconómico en el que la norma es sucesivamente originada, vulnerada y protegida²⁸. Así pues, no puede prescindirse - para una respuesta- de la crisis por la que atraviesa el Estado Social²⁹.

Tal como lo exigen los principios garantistas de un Estado Social y Democrático de Derecho, se ha dicho que la pena, en los supuestos de terrorismo, como en todos, cumple, por una parte un fin de prevención general, en términos amplios y asimismo, y como fundamental, una finalidad preventivo especial para conseguir la resocialización del delincuente³⁰. La resocialización es entonces el criterio general y fundamentador en el cumplimiento de la pena que se materializa en el tratamiento penitenciario³¹. No tiene la categoría de derecho subjetivo del sujeto, sino más bien un derecho del Estado a intentar la convivencia armónica entre los distintos sectores sociales. Se le considera en estos términos, una especie de mandato al que el Estado no puede renunciar en su función de procurar los medios necesarios para la reeducación y reinserción del delincuente. A pesar de que es el Estado quien pretende de esta manera influir en el sujeto, esto no significa que pueda imponer coactivamente la ideología y valores de quienes detentan el poder³². La resocialización tiene por límites la voluntad del individuo, su autonomía, la personalidad (art.59 LOGP). Como acertadamente expresa TAMARIT SUMALLA "Socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que pretende repudiar"³³, o al menos evitar "la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras"³⁴. En tal sentido la Administración penitenciaria solo está facultada para preparar al delincuente para una futura vida en libertad.³⁵

La cuestión radica en si es posible advertir la finalidad preventiva de la pena en la legislación penitenciaria. Para arribar a una conclusión hace falta distinguir entre reeducación, reinserción social, y resocialización³⁶. MAPELI CAFARENA opina que no puede advertirse en la LOGP española ningún aspecto preventivo. La reeducación y la reinserción a que se refiere la legislación penitenciaria, tienden al tratamiento del *individuo*, en cambio la resocialización se

²⁸En esta idea nos guiamos por SERRANO PIEDECASAS, que señala: "...el comportamiento individual, y por tanto, la función motivadora de la norma penal en el mismo, hay que buscarlo en el contexto socioeconómico en que se originó. Lo contrario sería llevar la norma penal a un plano estrictamente psicológico en cuanto a su función motivadora. No existe una contradicción individuo-sociedad, sino más bien entre distintos sistemas económicos y sociales". SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.88.

²⁹En opinión de SERRANO PIEDECASAS la crisis pone al Estado ante la necesidad de adecuarse a nuevos imperativos económicos. El consenso social resulta insuficiente para sustentar el "gobierno de la crisis" y de allí que el Derecho penal asuma caracteres de autoritarismo, como instrumento que servirá para contrarrestar la falta de legitimidad. SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.91. Ampliamente, Supra Cap. I.

³⁰Ello en España se ha realizado en cumplimiento del art. 25.2 de la CE desarrollado por el art. 1 de LOGP que indica "Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados y condenados a penas y medidas penales privativas de libertad". En Chile se prevé similar finalidad en el DS 518 de 21 agosto de 1998 cuyo art. 1º establece: "La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como, la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas".

³¹PÉREZ CEPEDA, Ana. "*Reinserción en materia de terrorismo*", en *CJ*, año 3, nº31, Junio 1995, pp.24-40, p.30.

³²En este sentido, PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p. 30; BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE- FERRÉ OLIVE-SERRANO PIEDECASAS. *Manual de DP.PG., III, Consecuencias Jurídicas del delito*, Ed. Praxis, Barcelona, 1994; SANZ MULAS, Nieves. "*Especificidades en la aplicación del derecho penitenciario sobre presos terroristas*" en *Nuevas Cuestiones Penales*, Publicación del X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, marzo de 1998, p.175.

³³TAMARIT SUMALLA, JM. *Curso de Derecho Penitenciario*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996, p.201.

³⁴MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1985 b), p. 117. En el mismo sentido MAPELI CAFARENA, Borja. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, 1983, MIR PUIG, S. "*Problemática de la pena y seguridad ciudadana*" en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, p. 191, PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p.30.

³⁵En este sentido BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE- FERRÉ OLIVE- SERRANO PIEDECASAS. 1994, p.60.

³⁶PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p.30

aplica a toda la población penal, como principio general que se orienta hacia la atenuación de los aspectos nefastos de la privación de libertad. Resocialización, por tanto, a juicio del autor no equivale prevención especial³⁷.

En el otro extremo, GARCÍA PABLOS, entendiéndolo que el fin de la pena es la prevención especial, equipara la resocialización a prevención general, toda vez que la reinserción social a la que alude la LOGP se refiere a la preparación del individuo para la *vida dentro de la sociedad*³⁸. Compartiendo en cierto sentido la opinión de este último autor, pensamos que la prevención general, en este tipo de delitos, en lugar de constituirse como una prevención general positiva, pareciera ser que reviste más bien el carácter de una prevención general negativa. Nos encontramos ante un tipo de delincuencia por convicción, modalidad delictiva de caracteres ideológicos con una finalidad política, en los que la función motivadora de la norma pareciera no surtir efecto alguno. La norma jurídica no tiene la facultad de motivar al terrorista para que se abstenga de cometer delitos ya que éste no solo es contrario a ella sino que no asume la legalidad en manera alguna. Ejerce su actividad delictiva al margen del Estado.

Al fallar la prevención general positiva, solo puede caber la prevención general negativa, esto es, la función intimidatoria de la norma frente a quien se opone a la misma. En otras palabras, mediante la amenaza y la ejecución de la pena se pretende que la norma se respete y exista una abstención de infringirlas. Queremos indicar con esto que, aquel que compartiendo los postulados de una organización terrorista no comete delitos de esta especie, lo hace más bien por el temor a sufrir las gravísimas consecuencias jurídico penales que ello trae consigo. Por otra parte, en cuanto a la prevención especial, nos parece al menos discutible: querer reinsertar a quien no quiere reinsertarse a la sociedad por una convicción ideológica más bien es una utopía. El delincuente por convicción jamás hará suyos los valores de la sociedad a la que combate, quien resulta efectivamente resocializado, por regla general, es el delincuente no adscrito a una determinada ideología. ¿Es posible creer que quien se ha opuesto tenazmente de terminadas estructuras lleve en el futuro una vida resignada a la legalidad vigente?. El delincuente por ideología que se resigna a vivir sin realizar acciones contra la estructura vigente, que no comporten un delito, es porque ha dejado atrás su historial político y hace suyos los valores de la sociedad a la que antes repudió. Desde esta última perspectiva pareciera ser que la resocialización sí tiende a la imposición de determinados valores sociales.

La ley penitenciaria en España intenta la resocialización de la manera que menos dañe a la libertad del sujeto. La legislación chilena proclama asimismo la resocialización del individuo. Pero el ordenamiento jurídico ha de entenderse como un TODO, en el que cada una de sus partes ha de estar en necesaria conexión y concordancia con las otras. Con la actual regulación en la ley penal en España y en Chile sobre los delitos de terrorismo cabe cuestionarse de qué manera puede conseguirse esa resocialización, el reintegro a la sociedad en circunstancias de que las penas que se aplican son excesivamente elevadas y el régimen penitenciario que se les aplica más bien tiende al aislamiento social. Fruto de la excepcionalidad a la que antes nos referíamos y aunque los medios de comunicación pugnen por crear en la opinión pública la creencia de que se trata de “cárceles doradas”³⁹.

¿Cómo podría reintegrarse en la sociedad española quien debe permanecer quince, veinte o incluso treinta años recluido en un recinto penitenciario, sometido a un régimen especial de máximo rigor?. ¿Cómo puede reintegrarse en la sociedad quien es *desarraigado* de

³⁷ MAPELI CAFARENA, B. 1983, pp. 150 y ss. El autor indica que la *reeducción* es un proceso que implica la compensación de las carencias del recluso frente al hombre libre mediante el ofrecimiento de posibilidades para su acceso a la cultura y a un desarrollo integral de su personalidad. *Reinserción* sería el proceso de introducción del individuo en la sociedad, mediante el favorecimiento del contacto directo y activo entre el recluso y la comunidad. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p.30 y

³⁸GARCÍA PABLOS DE MOLINA. “*La función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*”, en *ADPCP*, 1979, p.651.

³⁹ ZÚÑIGA, Laura. “*Sobre la resocialización de los presos terroristas*”, en *JpD* n° 35, Julio/1999.; pp. 28-30, p.28.

su medio y alejado de sus pares?. ¿Cómo puede reintegrarse a la sociedad chilena quien es recluido en prisión preventiva a la espera inacabable de una condena?. ¿Cómo puede reinsertarse socialmente quien es aislado, recluido en un recinto carcelario especial, para "reos de máxima peligrosidad" donde no tiene otra posibilidad que acceder a sus familiares más directos y a sus abogados defensores?.

De acuerdo a lo anterior, creemos que *en la praxis* en el caso de los delitos de terrorismo, la pena cumple su más íntima función retributiva, prescindiendo de toda finalidad social. Frente al terrorista la pena se entiende como la imposición de un mal o castigo como retribución al daño causado a la sociedad, este mal, como bien lo expresa ROXIN "no puede recuperar al delincuente para el buen camino ni corregir su defectuosa relación con la comunidad, sino que más bien, le produce pesar y desesperación, reforzando su deficiente comportamiento social y fomentando su reincidencia, que es precisamente lo que el Derecho Penal pretende impedir."⁴⁰. Y atendido el avance de la ley penal hacia un modelo cada vez más garantista, se hace imposible sostener la retribución como finalidad única.

Resulta aberrante, asimismo que en el marco de un Estado de Derecho tenga que admitirse esta verdad, aunque con algunas variaciones, ya que como se ha indicado, ante la opción prevención-retribución, se opta por la primera, la prevención general en su modalidad negativa, recordando que un sistema penal basado en la pura y absoluta prevención general lleva a "un sistema de terror penal en el que la preocupación es solo por la eficacia y las técnicas de manipulación, sometimiento y obediencia de los ciudadanos"⁴¹. Para nadie es una novedad que la resocialización se encuentra en crisis. La violencia desencadenada por el terrorismo y la cantidad de delitos cometidos por delincuentes en libertad condicional, ha determinado un retraimiento en el movimiento resocializador⁴². Ello, ha determinado por ejemplo una restricción en los permisos de salida de los internos en España, y la obstaculización para la obtención de beneficios penitenciarios en Chile, que por regla general se traduce en una negativa de los mismos. Como factor importante se suma a lo anterior un retraimiento del Estado de bienestar. La resocialización no se puede llevar a cabo por el enorme gasto público que se demanda.

En las actuales condiciones del sistema penal es imposible lograr la concreción materia de la resocialización. Al respecto señala BARATTA "... la crisis de la ideología reeducativa ha sido, también y sobre todo, el síntoma de la inadecuación del instrumento penal para la satisfacción de una exigencia social y política que podría (y debería) guiar la intervención institucional en relación con los problemas y conflictos de desviación"⁴³. Esto se acentúa en los supuestos de terrorismo. En ellos el concepto de resocialización queda sin contenido real lo que se manifiesta no solo a nivel de tratamiento penitenciario sino asimismo a nivel de otorgamiento de beneficios antes o durante la condena. ¿Que queda entonces?. ¿Conformarnos con la crítica y asumir que- lamentablemente en los supuestos de terrorismo la pena no tiene otro fin que el castigo?. El aceptar este argumento solo podría hacernos caer en un escepticismo de dudosa utilidad y no conduciría más que a admitir una involución inminente en el sistema penal.

Una corriente de autores adscritos a la visión funcionalista de la pena y a la concepción sistémica de la sociedad, proponen una solución sosteniendo que es necesaria la sustitución del principio de resocialización por el principio de prevención general positiva. Así, JAKOBS⁴⁴,

⁴⁰ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, Trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Diego M. Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p. 43.

⁴¹ BUSTOS, Juan. "Las funciones de la policía y la libertad y la seguridad de los ciudadanos", en *NFP*, n°32, , Ed. Temis, Bogotá, 1986, pp.165-177, esp. p.167.

⁴² En este sentido, ZÚÑIGA, L., 1999, p.28.

⁴³ BARATTA, A. "Integración - Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistémica", en *DP*, año 8, 1985 b), pp. 3-26, esp. p.18.

⁴⁴JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Ed. De Gruyter,

indica que la pena, como instrumento de prevención positiva, tiende al restablecimiento de la confianza y a la consolidación del ordenamiento jurídico, en relación a terceros y posiblemente en relación al individuo que comete la infracción normativa. De donde se deduce que la prevención especial cumpliría un papel secundario en su función fundadora de la pena, de manera tal que lo que debe primar es la prevención general positiva⁴⁵.

Otros autores, como Danilo ZOLO han ido más allá y hablan de "socialización del tratamiento de la desviación criminal"⁴⁶, ya que no puede pretenderse la resocialización o integración de un delincuente a una sociedad a la que combate. Desde una perspectiva socialista el modelo de socialización, contrario a la forma institucional y coercitiva, debe darse con lo que ZOLO llama "el desarrollo de la socialización real del desviado", esto es, ampliando las esferas de participación y asegurando las condiciones para realizar una práctica efectiva de las libertades civiles y políticas transformándolo en sujeto activo en las relaciones sociales.

Ni el abandono de la utopía de resocialización, por verdadera que ella nos parezca, ni la sustitución del principio por el de prevención general. Tenemos que reconocer que, existiendo la pena privativa de libertad, no puede renunciarse a la idea de resocialización porque ello conduciría a relegitimar los instrumentos tradicionales del ordenamiento penal en concordancia con una política conservadora estática⁴⁷. La premisa desde la cual ha de partirse es que la resocialización en un Estado democrático no puede dirigirse hacia una transformación ideológica del sujeto. *Solo ha de buscar que éste en el futuro no cometa delitos*. Lo que aún queda sin respuesta es el cómo un delincuente por convicción llegará a sustentar, en su fuero interno, el apoyo a un sistema social y político al que combate, supuesto que no cometer delitos en el futuro implica que "intenten luchar por sus convicciones políticas dentro del juego democrático, sin el uso de la violencia"⁴⁸, todo lo cual sí parece ser una pretensión de un cambio ideológico o político. Por ejemplo, quien en un sistema democrático combate mediante la violencia, nos parece que no cambiará su convicción interna de que es ése el método que ha de utilizar para efectuar los cambios radicales que busca en la sociedad. Sería ingenuo pensar que quien ha sido condenado a veinte años de cárcel, la abandone tras el cumplimiento de la pena pensando que debe luchar por otras vías dentro del juego democrático, y si eso llegara a producirse mas bien es por el efecto atemorizante de la privación de libertad, o porque "el tratamiento penitenciario" le ha *inducido* a acatar las normas del sistema democrático. En contadísimos casos observaremos un cambio real.

Pensamos que si se quiere aspirar al ideal resocializador en un sistema democrático debemos partir desde *una antesala* al campo penitenciario y que radica quizá mas bien en la función motivadora de las normas penales⁴⁹. Parece ser una utopía, pero es el ideal al que jamás podemos renunciar: el cumplimiento de las normas debido a la creación de una conciencia colectiva en su necesidad, ese "respeto a la ley y al derecho de los demás" que debe guiar las conciencias en un sistema democrático *material*.

I.3.- En el presente capítulo se intentará abordar desde el punto de vista crítico el tratamiento criminológico de que han sido objeto las conductas "desviadas" de terrorismo, y la forma en

Berlín, Nueva York, 1983, p.9. Cit. por BARATTA, A., 1985 b), p.5.

⁴⁵Estos autores se basan en la teoría sistémica desarrollada por N. LUHMANN. Pertenecen a esta corriente de pensamiento en torno a los fines de la pena, además de JAKOBS, AMELUNG, OTTO, entre otros. Véase un análisis particularizado desde una crítica a estas posturas en BARATTA, A., 1985 (b).

⁴⁶ZOLO, D. 1983, pp. 113-118

⁴⁷BARATTA, 1. 1985 b), p. 19. Para un análisis mas profundizado véase PAVARINI, Massimo. "*Concentrazione*" e "*diffusione*" del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*", en *QC*, 1, 1978, pp.39-61.

⁴⁸ZÚÑIGA, Laura, 1999, p.30.

⁴⁹A esto parece apuntar Juan BUSTOS cuando se refiere a la necesidad de reducción de la función preventiva general a un nivel puramente ideológico y no práctico, y que la función preventiva de la pena ha de dirigirse al fortalecimiento de la conciencia en el derecho. BUSTOS, J., 1986, p.167.

que, desde "la emergencia penal" se ha enfocado el combate al mismo. Imprescindible es indicar que en esta investigación no se descartan del todo las tesis abolicionistas que en la ciencia penal surgieron como "respuesta indignada ante la barbarie penal", sino que - como inteligentemente consideró PAVARINI⁵⁰ - hacemos un buen uso de ellas, optando por la idea de la mínima intervención penal, considerando que desde el control social es necesario castigar las conductas que atentan contra los derechos humanos⁵¹, minimalismo que se vierte también en las concepciones garantistas defendidas por FERRAJOLI⁵², y por el Kernstrafrecht (derecho penal mínimo) de NAUCKE⁵³ en Alemania.

II. TRATAMIENTO CRIMINOLÓGICO DEL TERRORISMO

El estudio del terrorismo en cuanto *fenómeno criminal* ha de enfocarse desde la Criminología y desde la Ciencia del Derecho Penal. El punto de partida lo constituye la existencia de los delitos de terrorismo como parte del orden jurídico en los diversos países. De esta forma, junto al saber normativo del Derecho penal, aparece como imprescindible el saber empírico que proporciona la Criminología, ya que la dogmática de fórmulas abstractas poco o nada puede evolucionar si no se ocupa de la realidad social a través de las diversas ciencias, y entre ellas la Criminología; y además porque, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, la necesidad de comprender si el Derecho penal consigue eficazmente las que pretende, convierte la verificación empírica de estas consecuencias en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo⁵⁴.

Diversas corrientes provenientes de la criminología, la psicología (no psicoanalítica) y de la filosofía política conservadora atribuyeron la violencia política, dentro de la cual se considera inserto el terrorismo, a patrones de conducta desplegados por determinados sujetos con una conformación peculiarmente anormal y patológica. La *Criminología Clásica* busca en las anomalías que caracterizan a los distintos comportamientos criminales una explicación psicológica de la criminalidad, partiendo de ella como un dato ontológico, preconstituido a la reacción social y al derecho penal. En el otro extremo, la *Criminología Crítica*⁵⁵, parte del análisis de la criminalidad relacionando la conducta desviada con las estructuras sociales.

Realizadas estas consideraciones generales, intentaremos realizar una exposición desde la historia acerca de la concepción criminológica de la delincuencia terrorista, comenzando por algunas tesis criminológicas que consideran que el terrorismo se yergue sobre la base de una especie de personalidad especial, hasta las que consideran los factores sociales y culturales como esenciales a toda delincuencia. Se concluirá con una toma de posición frente al fenómeno en cuestión desde el punto de vista de la criminología crítica, postura a la cual adscribimos. Finalmente nos referiremos a la insoslayable discusión acerca de la criminalidad organizada.

1- Aproximación histórica acerca de la concepción criminológica del terrorismo.-

⁵⁰ PAVARINI, Massimo. "El sistema de derecho penal entre Abolicionismo y Reduccionismo", en *PC*, N° 1, 1987, pp. 141-157, esp. pp.156-157.

⁵¹ Véase mas ampliamente: BARATTA, A. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *NFP*, N°34, 1986 a), Bogotá, Colombia, pp. 421-435.

⁵² FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1995; "El derecho penal mínimo", *PC* n° 0, 1986, pp.25-48

⁵³ NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Straftat und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, 1992, pp.13- 33.

⁵⁴ HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p.15

⁵⁵ Véase LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991.

1.a) La *Escuela Positiva* (LOMBROSSO, FERRI, GARÓFALO) atribuye al delincuente ciertas características especiales, que permiten establecer algunos criterios diferenciales entre el delincuente político y el delincuente común. LOMBROSSO, primer exponente de la *Escuela antropológico criminal* (1876), en su obra "*El delito Político*", atribuyó al *delincuente político* ciertos *rasgos epileptoides*⁵⁶, rasgos que – a su juicio- se encontrarían presentes en los héroes nacionales de la reunificación italiana, y en los levantamientos campesinos al sur de Italia, caso en este último en el que habría tenido grave influencia la avitaminosis crónica, producto de la pelagra.

FERRI, a diferencia de Lombroso califica al *delincuente político* de "*pseudo criminal*" pues no reconoce en él rasgos morfológicos criminaloides, y pone de manifiesto la relatividad de estas infracciones al señalar que *son delitos en la medida que no convienen a los que detentan el poder en un determinado momento*. Por este motivo, estima que tales delitos son *artificiales* y no corresponden a lo que él define como delito, esto es, "ofensas a las condiciones de moralidad media de un pueblo, en un momento dado". Su argumento más fuerte se encuentra en los *móviles que impulsan el accionar político*, y explica que no sólo "no son egoístas o antisociales" sino que, por el contrario, "son altruistas y nobles"⁵⁷. La diferencia sería entonces diametral entre atentado político y delito común. FERRI también hace referencia a un tipo especial de delincuencia vinculada a tendencias atávicas que expresan algún grado de retorno a la bestialidad, y delitos de carácter evolutivo en los que priman las facultades mentales (fraude y maquinaciones). Sobre esta base, como se ha señalado, se ha caracterizado al *delito político* como "*evolutivo*", en oposición a los delitos comunes, en cuanto ellos son manifestación de antisocialidad, descontrol y pasionalidad, consecuencia de una incivilización y renuencia al progreso de la humanidad⁵⁸.

1.b) Las *teorías de orientación sociocriminogenética o sociológica criminal* acentúan la importancia de los factores ambientales en el origen del comportamiento criminal y minusvaloran los elementos psicológicos y biológicos. Varias de las teorías de esta orientación se aplican a la explicación de la criminalidad como fenómeno colectivo, hecho nomotético y no del delito como hecho individual, ideográfico.

Dentro de la variedad de autores que plantean estos postulados y siguiendo la misma dirección propuesta por Ferri, encontramos a MAXWELL⁵⁹ quien distingue entre una delincuencia retrógrada (pasión baja) y una delincuencia anterógrada. Esta última vendría a ser la antesala de nuevas formas sociales de la humanidad, pero que como no corresponden al estado actual de la evolución chocan con el medio social. Incluye dentro de esta categoría a los demócratas liberales o radicales que lucharon por el constitucionalismo clásico, y a los anarquistas y socialistas. De igual manera, propone una clasificación de los delincuentes en la que contempla al *infractor político* entre los delincuentes por *motivos psicosociales*, esto es, "delincuentes por honor o *por ideología*", categoría que a su vez contempla a los religiosos, políticos y sectarios.

La tendencia a concebir a la sociedad como cocausante de la delincuencia se va plasmando poco a poco en la historia de la criminología. Así, Gabriel TARDE, jurista y sociólogo en su obra *La Criminalidad Comparada* (1886) enfatizó el aporte de los factores sociales al delito y anticipó su "teoría de la imitación" y la existencia de un "tipo criminal". El delito, según TARDE, *es más explicable por causas sociales y psicológicas que biológicas*". El

⁵⁶ En su obra "*El delincuente en relación a la Antropología Criminal*", distingue entre enfermo mental y delincuente. El "criminal nato" estaría en su concepto predeterminado al delito en base al atavismo y la degeneración, la locura moral y la epilepsia. Es susceptible de ser reconocido por una carga estigmática física, fisiológica y psíquica.

⁵⁷ FERRI. *Principios de Derecho Criminal*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, p.568

⁵⁸ FERRI. *Sociología Criminal*. T. I, Góngora, Madrid, 1907/1907, pp.125 y ss.

⁵⁹ MAXWELL, J. *Le Crime et la société*. Paris, Ernest Flammarion Editeur, 1920, pp.214 y ss.

tipo criminal admitido no es sino un tipo profesional, de una especie singular en el terreno de los rasgos físicos, las capacidades, las aptitudes, nació simplemente especialmente dotado, al igual que otros nacieron con capacidades para triunfar, como jueces, militares, músicos, etc.

Siguiendo a Tarde deberíamos decir entonces que un terrorista y un infractor político han “nacido especialmente dotados” para cometer actos de terrorismo o infracciones políticas. Nos parece que esta argumentación carecería de todo sustrato material, histórico, social y económico. *Las leyes de la imitación* (1890) que propone este autor tampoco parecen tener una base lógica que pueda explicar cabalmente la delincuencia terrorista: No podríamos sostener seriamente que el terrorista imita a otros, y que esta imitación la hace en base a la proximidad de sus contactos con otros similares, ni que las actuaciones terroristas surjan en base a la imitación que las clases bajas aspiran y realizan en pos del estilo de vida de las clases altas. La delincuencia terrorista es algo mucho más complejo que esto.

Es probable que en casos aislados de este tipo de delincuencia se cumpla la tercera ley de la imitación, según la cual ante dos modas “opuestas”, una puede llegar a ser substituta de la otra. La carencia de originalidad, que según TARDE, se observa en más del noventa por ciento de las personas, apoya esta imitación. Pudiera ser que esta explicación valdría para ciertos casos en que jóvenes adolescentes, sin mayor experiencia, integraran algún tipo de banda cuyos objetivos sean la comisión de actos que pudieran ser tipificados como delitos de terrorismo, oponiéndose a otra cuyas motivaciones fueran exactamente lo contrario⁶⁰. Pero no es la postura que aquí se pretende sustentar por cuanto el terrorismo, como se ha dicho, es un fenómeno cuya esencia es histórica, económica y social.

1.c) Para Emilio DURKHEIM, el delito es un “*hecho social normal*”, un factor de salud pública que permite advertir la “sanidad” de una sociedad, ya que una sociedad sin delitos sería imposible. El delincuente “ya no es un ser radicalmente asocial, un elemento parasitario, un cuerpo extraño e inasimilable, introducido en el seno de una sociedad, sino que es un agente regular de la vida social”⁶¹. Siguiendo esta teoría debería concluirse que el *delincuente terrorista actúa como agente regulador de la vida social* y que sus actuaciones son hechos que hieren estados fuertes y precisos de la *conciencia colectiva*, entendiéndose por ésta el conjunto de creencias y sentimientos comunes de los miembros de una misma sociedad.

Quizás el concepto de anomia sirviera para explicar la aparición de determinada delincuencia política. La anomia deriva de las crisis (perturbaciones del orden colectivo). Cuando el núcleo social experimenta súbitas transformaciones (crisis industriales o financieras, por ejemplo), los seres no perciben los límites de lo posible y de lo justo y se presenta un estado de “desregulación” o “anomia”, que puede concebirse como el “estado de desintegración social originado por el hecho de que la creciente división del trabajo obstaculiza cada vez más un contacto, lo suficientemente eficaz entre los obreros, y por lo tanto, una relación social satisfactoria. Se presenta como el polo contrario de la solidaridad orgánica”⁶².

Es, por tanto, la creciente división del trabajo, la falta de coordinación, la declinación de la solidaridad, el conflicto de clases, los que conducen a la pérdida de una interacción íntima y continua. Dificultado así el desarrollo de un sistema de reglas comunes, y su falta de armonía en cuanto a las acciones y expectativas de los diversos sectores, es lógico que el resultado sea una *tendencia a la desintegración social*. La tesis de DURKHEIM satisface en cierto modo la explicación de la aparición de determinado tipo de delincuencia, especialmente la política, pero *no puede sostenerse como base para explicar el terrorismo*, ya que parte de un supuesto

⁶⁰ Es lo que eventualmente explicaría la existencia de grupos de jóvenes, como los que integran la *kale borroka* (País Vasco), que realizan desórdenes y atentados en la vía pública, y cuya conducta es considerada a efectos de la ley penal española, como conductas de terrorismo.

⁶¹ DURKHEIM, Emile; *Las reglas del método sociológico*, Edit. La Pleyade, Buenos Aires, 1976, p.90.

⁶² LAMNEK, Siegfried; *Teorías de la criminalidad*, Edit. Siglo XXI, México, 1980, p.39.

indemostrable: la existencia de un consenso colectivo originario. El consenso colectivo no puede significar sino un criterio impuesto por los grupos que tienen el poder, y que simplifican así las divergencias en beneficio de sus intereses⁶³. Por otra parte, no pensamos que deba distinguirse lo normal de lo anormal, y que lo primero debe fortalecerse, y lo segundo combatirlo o eliminarlo. Si aplicásemos las tesis de Durkheim, habría que concluir forzosamente que como el crimen (terrorista) es lo normal, habría que crear el crimen para que la sociedad fuera más sana.

Las proposiciones de Durkheim sobre “anomia” son ampliadas por Robert MERTON y el *estructural funcionalismo*⁶⁴, que plantea el *problema de la desviación con la estructura cultural*, señalando que el individuo se mueve por objetivos y metas que la propia sociedad le impulsa a conseguir. En el caso que no exista un equilibrio entre los objetivos y los medios se produce la “desviación”. La estructura social actuaría ya obstaculizando, ya fomentando la satisfacción de las expectativas culturales. En el supuesto que las estructuras culturales y sociales estén mal integradas, y las primeras exigen un comportamiento y actitudes, que las segundas obstaculizan, entonces se produce una tendencia al derrumbe de las normas o a la falta de normas⁶⁵.

Merton establece distintas categorías o tipologías, conforme al papel social o conducta de los individuos en situaciones específicas y no a la organización de su personalidad. El *delincuente político y el delincuente terrorista se corresponderían con el tipo de adaptación individual de la Rebelión o rebeldía*, esto es, personas que están fuera de la estructura social y tratan de alcanzar una estructura social nueva, o modificada⁶⁶, ya que en el primero existiría un “extrañamiento de las metas y las normas existentes, que son consideradas como puramente arbitrarias”⁶⁷. Según Merton, hay que distinguir entre el “rebelde” y el “resentido”, ya que en éste último no existe un verdadero cambio de valores, mientras en la rebelión hay una verdadera transvaloración. Con esta tipología, según critica MARCÓ DEL PONT, Merton “asume el papel de un rebelde cauteloso, porque hace críticas que llevadas a su conclusión lógica exigirán cambios sociales radicales, pero nunca lo lleva a esos extremos”⁶⁸. En suma, su teoría es meramente descriptiva.

1.d) Tampoco creemos que aporte sustancialmente en este ámbito *la Escuela de Chicago y la teoría ecológica*⁶⁹ cuyo núcleo se centra en la lucha por el espacio en la ciudad, atribuyendo la más alta tasa de delincuencia a las zonas centrales en base a un fenómeno de “*desorganización social*” o *ausencia de espíritu comunitario*, a que la delincuencia respondería con una organización perceptible, con un código de normas altamente diferenciado que los muchachos van transmitiendo a sus compañeros más jóvenes. No puede sostenerse que la delincuencia terrorista pueda explicarse en base a esta teoría. Ni siquiera como argumenta SUTHERLAND, en la “*teoría de la asociación diferencial*”, porque en los barrios pobres no existiría tal desorganización sino una “organización diferencial”. El delincuente terrorista no se caracteriza por realizar su actividad en las zonas del centro de la ciudad, por existir allí una desorganización social o ausencia de espíritu comunitario, sino más bien porque *es allí donde se concentra el poder político*. SUTHERLAND, en nuestra opinión, tampoco puede explicar la

⁶³ ANIYAR, Lola; *Criminología de la Reacción Social*, ICZ, Maracaibo, 1977, pp. 100.

⁶⁴ El estructural funcionalismo, trata de descubrir como algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista.

⁶⁵ LAMNEK, 1980, p. 43.

⁶⁶ Todo ello supone que los movimientos organizados de rebelión “tratan de introducir una estructura social en la que las normas culturales de éxito serían radicalmente modificadas, y se adaptarían provisiones para una correspondencia más estrecha entre el mérito, el esfuerzo y la recompensa.

⁶⁷ MERTON, Robert. *Teoría y estructura sociales*, F.C.E., México, 1980, p.52.

⁶⁸ MARCÓ DEL PONT, Luis; *Manual de Criminología*, Edit. Porrúa, México, 1990, p.52.

⁶⁹ Exponentes de esta escuela son Robert Ezra Park, Clifford Shaw y Henry D. McKay.

delincuencia terrorista y la política⁷⁰. Y más bien es una consecuencia de lógica que de su teoría el concluir que, las múltiples y variadas formas de actuación que suelen adoptar el delincuente terrorista y el político (las técnicas, los motivos, los impulsos) se aprenden. Su teoría resulta demasiado amplia, ya que no cabe atribuir todos los delitos a una sola causa material o ideal y esto es lo que la lleva a admitir numerosas excepciones entre los cuales se encuentran los delincuentes ocasionales, accidentales, por crisis, etc⁷¹.

Lo que sí puede rescatarse de SUTHERLAND son los elementos principales de una *criminología del conflicto*, presente en la Criminología crítica y que apuntan a: a) el reconocimiento de la precedencia lógica del proceso de criminalización al comportamiento criminal, b) la relación entre los intereses y la actividad de los grupos sociales en conflicto y el proceso de criminalización del comportamiento criminal, y c) el carácter político que asume el fenómeno criminal: criminalización, comportamiento criminal y pena son aspectos de un conflicto que se resuelve mediante la instrumentalización del derecho y del Estado, es decir, por medio de un conflicto en el cual, el grupo que tiene el poder logra definir como ilegales los comportamientos contrarios a sus intereses, obligando de esta forma, al grupo contrario a actuar contra la ley⁷².

1.e) Albert COHEN no resulta más satisfactorio, ya que en la *teoría de las subculturas* parece limitarse a la explicación del fenómeno delincencial juvenil (no abarca a adultos y mayores) y tampoco logra explicar todas las conductas cometidas por éstos, como por ejemplo las políticas. Su teoría carecería de universalidad para los efectos que aquí interesan, y asimismo, se duda de la supuesta cohesión y consenso normativo que Cohen le atribuye a las bandas juveniles, y se duda asimismo sobre la correlación entre delincuencia y clase social. De hecho, puede observarse que gran cantidad de los delincuentes políticos y terroristas “no pertenecen” precisamente a los estratos bajos de la sociedad. Y finalmente, *el “subculturalismo” ha servido para estigmatizar a sectores marginados de la sociedad dentro de los cuales podemos contar a los disidentes políticos*⁷³.

En síntesis, la mayor parte de estas teorías han señalado que el *fenómeno terrorista*, y por ende la delincuencia correlativa a él, es propicio a desarrollarse en *climas de desorden social, sobre todo ante un régimen autoritario*, en el que los sectores empobrecidos de la sociedad y los marginados son los más golpeados. Desde un plano sociológico, esto explicaría el hecho de que la acción directa terrorista sea *por regla general* - aunque no excluyente-llevada a cabo por personas de bajo estrato social, mientras que las directrices ideológicas nacen de mentes intelectuales pertenecientes a estratos acomodados de la sociedad⁷⁴.

Walter LAQUEUR⁷⁵ le enrostra a esta orientación criminológica su amplitud excesiva y por tanto la carencia de un eje coherente que la sustente, y señala que la misma crítica puede

⁷⁰ Según sus postulados: 1.- La conducta criminal es esencialmente aprendida. 2.- Ella se aprende en interacción con otras personas en un proceso de comunicación. 3. - El aprendizaje ocurre dentro de grupos personales íntimos. 4.- El aprendizaje incluye tanto técnicas de comisión del delito como de los motivos, impulsos, actitudes. 5.- Predominio de las definiciones favorables a la violación de la ley, esto es, al principio de la asociación diferencial. 6.- Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.

⁷¹ Por otra parte, no considera los rasgos de personalidad, sobre simplifica el proceso de aprendizaje y no considera adecuadamente los modelos de “respuesta”, “aceptación” y “receptividad” de los sujetos, enfatizando los procesos sociales de transmisión y minimizando los de recepción.

⁷² BARATTA, A. *“El modelo sociológico del conflicto y las teorías acerca de la criminalidad”*, en DP, año 2, 1979 a), pp.2-23, esp. pp. 8-10.

⁷³ MARCÓ DEL PONT, 1990, p.61.

⁷⁴ Como bien lo señalara QUINTANO, existe una “dualidad de acción y pensamiento que, por lo demás, se acredita en las más de las manifestaciones de la vida político real, siendo la masa popular carne de cañón dispuesta para toda clase de empresas heroicas o criminales”. QUINTANO RIPOLLÉS, A *Tratado de la Parte Especial del DP*. Tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; p. 25.

⁷⁵ LAQUEUR, Walter; *Terrorismo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1983, p.43.

formularse a todos aquellos autores que han hablado de delincuentes por fanatismo o intolerancia, delincuentes por convicción, por exacerbación ideológica, por idealismo, por pasión política y la inútil disquisición en torno a si se trata de una pasión política, una emoción política o delitos pasionales políticos, etc. Ninguna de estas elucubraciones nos dice nada, salvo que el móvil de ciertos delitos es distinto al del delincuente común.

1.f) Las teorías de orientación psicológico criminal enfatizan determinados aspectos o mecanismos psicológicos en el origen del delito, con una notoria subestimación de los aportes biológicos y criminales. Otorgan a las vivencias (o contenidos de conciencia) del sujeto cierta autonomía frente a lo somático o lo ambiental⁷⁶.

Muchas de estas teorías⁷⁷ consideran al delincuente como un ser “anormal”, aunque tal anormalidad desde el punto de vista empírico o valorativo no encaje precisamente entre las categorías admitidas por la Psiquiatría. Algunas de estas tesis intentan asociar al *delincuente político* con determinadas *características especiales o patologías mentales*. El terrorista sufre una *alteración psíquica* consistente en alguna de las entidades nosológicas clásicas, en especial la psicosis. Para otros se trataría de un “*síndrome*” (conjunto de síntomas que aún no adquiere la autonomía de una entidad nosológica) que se traduciría ya en una “personalidad desajustada”, ya en una “*caracteropatía*” o bien en una “personalidad mal estructurada”, etc.

Tampoco sus argumentos nos parecen convincentes como para explicar el tema en cuestión ya que carece de la cientificidad necesaria como para admitir una regla general. Es verdad que terroristas como Robespierre o Nechaieff según cuenta la anécdota histórica⁷⁸ presentaban rasgos de personalidad epileptoides, obsesivos o neuróticos. Pero también es verdad que la mayoría de los terroristas no presentan estos rasgos. Tampoco marcan una tendencia ni determinan la esencia de la violencia en el conflicto social⁷⁹.

En el campo de investigaciones criminológicas apoyadas por la medicina, se descubre en el carácter del delincuente político ciertos elementos recurrentes. Así Ernest SEELIG⁸⁰ en el tratamiento del delincuente por convicción, le atribuye ciertos rasgos esquizotímicos (frío, autístico, poco sociable, insensible o poco sensible), disposiciones congénitas que vendrían a formar parte del proceso de desarrollo del delito en la criminogénesis individual. Caracteriza al delincuente político como impulsivo, de rasgos esquizofrénicos marcadamente acentuados y tendencia a la agresividad. Sin embargo, hay que tener presente que su estudio se realiza en base a fichas clínicas de activistas nacionalistas negros, habiéndose comprobado que los rasgos patológicos que presentan, son demostración de su situación de marginalidad más que de su actividad política. Lo que Seelig describe, no es el perfil del delincuente político sino el perfil del marginado negro norteamericano⁸¹, sin que ello signifique desmerecer su indudable aporte en relación a la problemática del delincuente por convicción.

1.g) Albert BANDURA, aplicando el *interconductismo* de Skinner⁸², explica el origen de la conducta agresivo-violenta en un aprendizaje social y no en una estructura peculiar de carácter

⁷⁶ A la inversa, las teorías bio-criminogenéticas y las socio-criminogenéticas, ya esbozadas, consideran el impacto que en lo psíquico producen ciertas circunstancias y miran cierto resultado psíquico como consecuencia casi forzosa de un factor cuya potencia se exagera notoriamente.

⁷⁷ Se incluyen en esta corriente el psicoanálisis, el Conductismo, Fenomenología, entre otras.

⁷⁸ Nechaieff en 1870 asesinaba predicando que cualquier destrucción traía la revolución.

⁷⁹ LAQUEUR, 1983, p. 25.

⁸⁰ Seelig distingue en la criminogénesis individual un proceso de desarrollo del delito y un proceso de desencadenamiento del delito. Mas ampliamente en su obra *Tratado de Criminología*, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985.

⁸¹ RANGUEL, Enrique; *Estudios sobre la violencia*, Edit. Monteavila, Caracas, 1974, p.32.

⁸² SKINNER, dentro del Interconductismo, propone estudiar las consecuencias de la conducta por sobre los estímulos que la provocaron, distinguiendo entre “*conducta respondiente*” (la provocada por un estímulo) y la “*conducta operante*” (la que actúa sobre el medio para provocar consecuencias).

psicológico.

Distingue dos tipos de *aprendizaje: por observación y por la experiencia directa*⁸³. Así, serán las circunstancias sociales las que favorezcan o no un determinado comportamiento: el delincuente terrorista, o político, aparecería influido por la familia, los grupos primarios en general y los medios de comunicación social (aprendizaje por observación), o bien por la experiencia directa, a raíz de situaciones políticas traumáticas que pudo haber vivido (desaparición forzada de sus padres, ejecuciones y encarcelamiento de amigos, allanamiento de su domicilio, torturas, etc.). Frente a la proposición conductista e interconductista surge como gran interrogante crítica si el ser humano es solo un conjunto de condicionamientos, o si existe en él, además un “componente” que escapa a la relación automática entre estímulos y respuestas, en general⁸⁴.

Finalmente, en esta corriente de pensamiento encontramos la *tesis de la frustración-agresión* de John DOOLLARD, Neal MILLER, O.H. MOWRER y SEARS, que en suma, combinando principios psicoanalistas y proposiciones conductistas, intenta explicar este tipo de delincuencia indicando que la conducta agresiva siempre presupone la existencia de frustración, y que la existencia de frustración siempre conduce a alguna forma de agresión⁸⁵. El delincuente político y el terrorista serían personas “frustradas” en sus aspiraciones sociales, como producto de la “agresión” que importa un determinado sistema económico y político. Se objeta a esta teoría⁸⁶: a) que no toda frustración conduce necesariamente a una agresión; b) simplifica asimismo los efectos de la frustración al no considerar suficientemente las diferencias individuales ni las diversas formas de percibir (“significados”) determinados estímulos, c) y por último, en el plano empírico, es extraordinariamente difícil establecer nexos causales entre “alto grado de frustración” y determinada forma de delito, sea en sujetos individuales (acción delictiva específica) sea en grandes grupos de sujetos (criminalidad).

Como puede observarse, ninguna de las clasificaciones expuestas logran identificar un perfil psicológico del delincuente terrorista, ni siquiera del delincuente político en su forma pura. No es posible sustentar, actualmente, la existencia de personalidades de criminales salvo el caso de los psicópatas. La “desviación” en la delincuencia política como en la terrorista no se explica sobre la base de elementos adscritos a la psicología, sino en relación con el contexto social. De ahí que hay quienes estimen que se trataría de una “desviación cultural”, una rebeldía frente a los patrones sociales dominantes, ya que ambos tipos de delincuentes realizan una interpretación crítica de los valores y cánones sociales vigentes, y que importan una separación con los mismos. A esto nos referiremos seguidamente.

1.h) Enrique RANGUEL⁸⁷ reconoce en la delincuencia política un reordenamiento de los cánones valóricos y normativos de acuerdo a determinadas directrices políticas, lo que obviamente se traduce en actitudes, comportamientos y patrones de actividad ideológica diferencial, que insinúan *rasgos subculturales*. El quiebre con los marcos consensuales de la actividad política, se manifiesta en que no conciben la política como forma de comunicación para la toma de decisiones. En opinión de Ranguel esto no constituye, por regla general, un ideologismo sobreimpuesto a la situación política existente, sino más bien la constatación de realidades fundamentales de dominación y lucha.

De este modo es como surge una forma autoritaria de entender y resolver los problemas

⁸³ BANDURA, Albert; *Modificación de conducta, análisis de la agresión y de la delincuencia*, 1977. GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *Nociones de Criminología*, Publicación de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1982, pp. 68 y ss.

⁸⁴ GONZÁLEZ, M.A., 1982, p.69

⁸⁵ DENKER, R. *Elucidaciones sobre la agresión*. Ed Amorrurto, Buenos Aires, Argentina, 1973, pp.17 y ss.

⁸⁶ DENKER, R. 1973, pp.17 y ss.

⁸⁷ RANGUEL, Enrique; *Violencia y Revolución*, Edit. Nuevos Tiempos, México, 1977, p.65.

políticos, las tareas son combates, victorias y consolidaciones, no debates y consensos⁸⁸. En gran medida, el autoritarismo que algunos vislumbran en este actuar corresponde a la tendencia de extender sus metas al resto de la población como proyecto de sociedad.

El examen de la delincuencia política y la terrorista no puede pasar por alto las condiciones objetivas que llevan a determinadas personas a asumir la violencia como instrumento de cambio social. No podemos mirar de la misma manera a un combatiente en una guerra civil abierta, como los republicanos en España, que a minorías étnicas sublevadas, como los kosovoalbanos, ni que a los combatientes palestinos "obligados" a vivir en campos de refugiados, o en el pequeño territorio que Israel les ha "concedido"⁸⁹. No podemos mirar de la misma manera a los guerrilleros latinoamericanos, inmersos en la insurrección de masas, o en la guerra popular prolongada, formando Movimientos de Liberación Nacional contra dictaduras y gobiernos autoritarios, que a los guerrilleros islámicos cuyas batallas se fundamentan en un rechazo al sistema europeo, a la modernización y al modelo occidental de vida. Esto explicaría, a juicio de algunos autores⁹⁰, que la idiosincrasia de los delincuentes políticos y terroristas determina en cierta medida su forma de actuación frente a determinados problemas sociales, y que esta idiosincrasia se asienta en la naturaleza del proceso histórico en que viven.

Parece poco acertado afirmar de manera tajante que es la "idiosincrasia" de los pueblos lo que trae como consecuencia la realización de más o menos actos de terrorismo. De lo que se trata es de desentrañar precisamente las características comunes en este fenómeno delincencial y no las particulares de cada cultura. Creemos que solo de esta forma puede arribarse a una conclusión mas o menos general basada en un análisis del contexto histórico y en la interrelación existente entre delincuente, Estado y Sociedad. De otra manera no tendría sentido seguir el camino hacia un sistema democrático, ni afirmar que la violencia política que se desata contra una dictadura militar es distinta de la que se desata contra un régimen *materialmente* democrático, caso en el que pasaría a llamarse terrorismo.

1.i) Paralela y contemporáneamente a las teorías criminológicas basadas en un modelo funcionalista de la sociedad, la anomia y las teorías subculturales que dominaron en la década de los cincuenta en EE.UU, nace en los años sesenta la *perspectiva del etiquetamiento (labelling approach)* en la que el estudio del delito se concentra no en la acción del sujeto sino en la reacción social. El problema no es ya la *desviación* del sujeto actuante sino los agentes sociales que lo controlaban. Sus exponentes máximos son BECKER, CICOUREL, ERICKSON, KITSUSE y LEMERT⁹¹.

El *labelling approach* estudia los órganos de control social, cuya función es controlar y reprimir la desviación. La aplicación de la etiqueta de delincuente se realiza en conexión al proceso de reacción social, y la *desviación* es vista no ya como una cualidad del acto que la persona realiza sino una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones que los otros aplican al ofensor⁹². El delito sería una construcción social, y el proceso de etiquetamiento cumple funciones sociales determinadas en relación al castigo social. Esto había sido ya afirmado por Durkheim al señalar que el castigo permitía afirmar los valores que se protegían en la sociedad y la cohesionaban. Como consecuencia de este etiquetamiento se observa que el

⁸⁸ RANGUEL, E, 1977, p.54.

⁸⁹ En Septiembre de 1993 se llegó a un acuerdo entre la OLP y el gobierno israelí para ceder a los palestinos algunos territorios ínfimos (franja de Gaza y Jericó). La lucha armada ha continuado desde entonces por algunos grupos palestinos que no aceptaron la negociación de Arafat, al no contemplarse el reconocimiento de un Estado Palestino propiamente tal, sino solo una autonomía limitada, y además porque no se resolvieron problemas fundamentales tales como la permanencia de colonos israelitas en territorios palestinos, y el poderío militar que Israel aún ejerce sobre los territorios "cedidos".

⁹⁰ Así, LAQUEUR, 1983, pp. 240-241.

⁹¹ LARRAURI, Elena; *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991, pp. 1 y 25.

⁹² BECKER, H. *Outsiders*, New York, Free Press., 1963. Trad. Español J. Tuber, *Los extraños*, Ed. Tiempo Contemporáneo, Buenos Aire, 1971, cit. por LARRAURI, E. 1991, p.29.

delincuente asume el status de tal, recibiendo el apoyo de un determinado grupo social, nuevas posibilidades de actuación, y dada la restricción en que se encuentra para actuar en el mundo convencional adopta esta nueva identidad: la etiqueta de delincuente. Existe pues una "ironía" en el proceso penal ya que su orientación pugna por la disminución de la delincuencia, pero a la vez con el etiquetamiento tiende a que el sujeto delincuente siga siendo tal⁹³.

Sin duda la crítica mas fuerte al labelling approach fue realizada por los teóricos de la *Nueva criminología* (TAYLOR-WALTON-YOUNG)⁹⁴ desde una perspectiva materialista. Se señala que los teóricos del etiquetamiento al analizar la desviación centran su atención en las conductas que generalmente se consideran desviadas: drogadicción, delincuencia juvenil, etc. reforzando así la etiqueta de desviado en este sector de la delincuencia. Excluyen - o ignoran en su análisis- con ello otro tipo de desviaciones, la de los detentadores de poder, como por ejemplo la criminalidad económica. Además de ello, el etiquetamiento desconoce la conexión de los comportamientos delictivos con las estructuras sociales, el cómo estas facilitan, permiten o amparan el surgimiento de estos actos. Como expone Elena LARRAURI: "Adicionalmente la etiqueta de desviado no hace justicia al carácter político de sus actos. Definir como desviados a los dirigentes negros ("panteras negras"), a los huelguistas o amotinados, a los ladrones, es desconocer que estos actos son formas de lucha política. Incluso en las escasas ocasiones en que se presta atención a estas otras formas de *desviación*, como los delitos de los poderosos, las protestas de los luchadores políticos, etc. El acento sigue estando en los individuos"⁹⁵.

La Nueva criminología se erige como el antecedente inmediato de la Criminología crítica destacando que el *etiquetamiento* no resalta suficientemente que el desviado elige el comportamiento delictivo como una forma de lucha política, y no como producto de la reacción de los otros⁹⁶. Retoma las tesis provenientes de Durkheim y Marx de análisis del delito no como un fenómeno individual sino en relación a la sociedad y al Estado.

2.- Toma de posición frente a la delincuencia terrorista: La Criminología crítica y el concepto de desviación social.

Los *planteamientos macro-sociológicos* que ostenta la Criminología crítica en contraposición a los bio-psicológicos de la Criminología Clásica constituyen la clave para comprender el fenómeno del terrorismo. La relación que ella establece entre el comportamiento desviado y las estructuras sociales vino a romper con los enfoques etiológico - criminales⁹⁷, y con la teoría de la Defensa Social al suponer que la ley penal no es igual para todos y que la categoría de criminal se aplica de forma independiente a la dañosidad social del delito cometido.

La criminología crítica utiliza el término *desviación*, más amplio y más limitado que la palabra delincuente. Desviación es un comportamiento no acorde con normas sociales pero no necesariamente penalizado⁹⁸. Las "*desviaciones sociales*" se traducen en la ruptura con los modelos normativos generales de una sociedad, que subyacen al Derecho, que son aprendidos en la vida social, que se reflejan en la dogmática penal a través del tipo. Pero el sustrato del ordenamiento jurídico viene dado por ciertas metas y valores sociales, fraguadas en torno a las condiciones socio políticas y las condiciones de vida dominantes. De ahí que lo ideológico y cultural sea inseparable de las normas jurídicas, y que el delincuente aparezca en una actitud de rebeldía - lucha política- frente a tales valoraciones, actitud que a su vez está condicionada por una multiplicidad de factores materiales objetivos y subjetivos. No puede hablarse de una

⁹³ LARRAURI, E. 1991, 37

⁹⁴ Véase; TAYLOR, I. -WALTON, P. - YOUNG, J. *The New Criminology*, Londres, Routledge (Trad. al español de A. Crossa, *La nueva criminología*; Buenos Aires, Amorrurtu, 1977.

⁹⁵ LARRAURI, 1991, pp.106-107.

⁹⁶ TAYLOR, I. -WALTON, P. - YOUNG, J. *Criminología Crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1977., pp.169-171.

⁹⁷ La etiología criminal se orienta hacia la búsqueda de "las causas del delito".

⁹⁸ LARRAURI, E. 1991, XVII

malevolencia natural, sino de conductas antisociales definidas, causadas y criminalizadas culturalmente al ser contrarias a los imperativos de conducta requeridos por el orden social. En el ámbito político, si bien es indudable que la seguridad del Estado, y el orden político, son valores o bienes jurídicos que están protegidos penalmente, es también indiscutible que su estabilidad en cuanto forma de Estado o de gobierno corre siempre riesgos pues está sujeto a un cuestionamiento constante, o debería estarlo si se trata de un sistema democrático, según exponíamos en el primer capítulo.

De esta forma, la *desviación social* con respecto a estas pautas de conducta tiene un carácter eventual y contingente, generalmente la delincuencia política - contrariamente a la delincuencia terrorista- no es entendida por la sociedad como desviada, ya sea porque viene a ser la respuesta a problemas comunes como la liberación nacional, o el separatismo, ya sea porque se dan en “una crisis en que los marcos normativo-valorativo han estallado por la presión del conflicto y la violencia”⁹⁹.

Los postulados básicos de la criminología crítica se han vertido en diversos *principios orientadores de política criminal* que resultan de vital importancia al momento de proponer un tratamiento criminológico del terrorismo¹⁰⁰:

2.a) Es imprescindible aplicar el método materialista histórico para analizar el problema de la desviación y la criminalidad y de esta forma insertarlo en el análisis de la estructura general de la sociedad¹⁰¹. Luego, el primer objeto de estudio ha de ser la función que cumple el Estado, las leyes e instituciones legales en el mantenimiento de un sistema de producción capitalista¹⁰², tema que ya se ha abordado en la primera parte de esta investigación.

Las desviaciones provenientes de los sectores dominantes, tales como la criminalidad económica, y la criminalidad organizada en general- según anunciábamos- reciben un tratamiento diferenciado en relación a las desviaciones de los sectores dominados, dentro de los cuales consideramos inserto el terrorismo insurgente o subversivo. Cuestionamos pues la naturaleza criminológica - y por ende, el tratamiento jurídico- que se confiere al terrorismo en cuanto forma de criminalidad organizada¹⁰³.

La criminalidad de los sectores sociales dominantes surge como consecuencia de la agudización de las contradicciones al interior de los procesos de acumulación y circulación de capital, y asimismo de estos procesos con el campo político. En cambio, las desviaciones que presentan los sectores dominados y que se vierten en hechos delictivos similares a los mencionados no son sino una consecuencia: *primero*, de un desajuste en las relaciones de producción, y *segundo*, un desajuste en las relaciones de distribución de la riqueza en un determinado momento¹⁰⁴.

⁹⁹ FALS BORDA, Orlando. *Las revoluciones inconclusas de América Latina*. Ed. siglo XXI, México, 1968, p.8

¹⁰⁰ En este enfoque nos hemos guiado por la metodología expuesta por BARATTA, A. "*Criminología crítica y política penal alternativa*" en *Politique Criminelle et Droit Pénal, Actes du Prèmier Colloque regional espagnol*, Octubre de 1977, en *RIDP*, N°1, 1978, pp.43 y ss. y SERRANO PIEDECASAS, J.R. *El actual sistema penal y el carácter excepcional en el tratamiento jurídico del terrorismo*, Tesina de licenciatura, Universidad de Salamanca, España, 1986, pp.39 y SS.

¹⁰¹ Recurrimos al aporte de la teoría marxista en relación a que la criminalidad moderna tiene raíces estructurales del carácter capitalista del sistema. Sin embargo pensamos, como Danilo ZOLO, que ha de completarse este análisis con los aportes de la sociología, la política y la cultura que trata los factores sobreestructurales que influyen en el delito. Véase ZOLO, Danilo; "*Marxismo y cuestión criminal*", ob.cit., 1983, pp.84, 97; LUXEMBURGO, R., 1974, p.202

¹⁰² Como expone LARRAURI, el problema de la desviación no puede ser analizado correctamente si no se le enmarca dentro del contexto histórico caracterizado por este sistema de producción. El rol que le cabe al derecho penal y al funcionamiento del sistema penal es favorecer su mantenimiento. De ahí que sea necesario el estudio de las normas penales, su génesis, qué intereses protegen y las funciones que cumplen en el establecimiento y reproducción del sistema social. LARRAURI, 1991, p.113.

¹⁰³ Véase supra en este mismo capítulo: II. 4.- *Terrorismo, ¿Crimen organizado?*.

¹⁰⁴ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986, p.40.

Al regirse el cambio de las fuerzas de trabajo por el mercado, no puede vislumbrarse posibilidad para el individuo de garantía institucional ni social de la ocupación de su fuerza de trabajo, y por tanto la marginación social aparece como efecto necesario o estructural del modo capitalista de producción¹⁰⁵. La reacción social manifestada por el derecho penal se vierte con mayor dureza ante estos últimos: los delincuentes pertenecientes a los sectores dominados (entiéndase también marginados socialmente) son los desviados, etiquetados, estigmatizados y a ellos se les aplica ya desde la creación de los tipos penales el mayor rigor¹⁰⁶. Esto se debe a que sus conductas delictivas atacan las relaciones de producción y de distribución capitalistas, independientemente de que asuma sus valores (caso de la delincuencia común). Por el contrario, el rigor es menor cuando se trata de criminalidad económica o delincuentes que pertenecen a los sectores socialmente dominantes.

Desde las teorías criminológicas del conflicto se puede reconocer el esquema político del conflicto, y advertir el proceso de criminalización como un proceso en el cual los grupos en el poder logran influir en la legislación, utilizando de esa forma las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar el comportamiento de grupos contrarios¹⁰⁷. Los procesos de estigmatización del individuo como desviado que pueden también verificarse dentro de la reacción no institucional, pueden definirse como "aquellos procesos de atribución de status criminal que se desenvuelven mediante la actividad de las instancias oficiales del Estado (legislador, judicial, policial)"¹⁰⁸. De ahí que como señala TURK, el estudio de la criminalidad se convierta en "el estudio de las relaciones entre el *status* y los roles de la *autoridad* legal - creadora, intérprete y ejecutora de los *standars* legales del comportamiento correcto y desviado- y los *status* y *roles* de los *sujetos* -receptores u opositores, pero no autores de dichas decisiones, para los cuales el derecho es creado e interpretado o hecho valer coercitivamente"¹⁰⁹.

La Criminología crítica expuso en sus inicios que la desviación en los sectores dominados era un acto de oposición política a los intereses de los sectores dominantes, intereses que son representados y defendidos por el derecho penal. El delito sería un acto político en cuanto refleja las contradicciones inherentes al sistema y se opone a los valores dominantes¹¹⁰. *Pero no toda desviación, como hubo de reconocerse posteriormente es un acto de oposición política*. La década de los setenta marcó un hito. Por una parte la existencia de un capitalismo salvaje y crisis económica que recortaron el Estado Social, y por la otra la exacerbación del terrorismo (Baader -Mainhof en Alemania, Brigadas Rojas en Italia). Esto dio margen para que pudiera hablarse de una *estrategia de la tensión* cuyo objeto era la desestabilización de los sistemas democráticos y asimismo *impedir el avance paulatino de los sectores de izquierda*¹¹¹. Inmediatamente surgieron como respuesta las legislaciones antiterroristas¹¹². Paralelamente y

¹⁰⁵ ZOLO, 1983, pp. 97-99.

¹⁰⁶ No puede pensarse que el fenómeno criminal, en los Estados democráticos y en los que aún están en transición, como las incipientes democracias latinoamericanas, sea el producto de un rechazo ideológico e insubordinación política de la sola clase obrera frente al modelo impuesto por la clase dominante. También gran parte de esta insubordinación viene dada por los sectores marginados económica y culturalmente. En este contexto hay que tener presente que el curso de los acontecimientos en la historia de las últimas décadas, hace imprescindible pensar también en los sectores marginados no asimilables al concepto marxista de proletariado. En este sentido se plantea Danilo Zolo (1983, p. 87-89).

¹⁰⁷ En este sentido, VOLD, G.B. *Theoretical criminology*, New York, 1958, p.202. Cit. por BARATTA, A. 1979 a), p. 10.

¹⁰⁸ BARATTA, A; 1979 a), p.14.

¹⁰⁹ TURK, A; *Criminality and legal order*, 3ª ed., Chicago, 1972, p.35. Cit. por BARATTA, 1979 a), p. 14. En opinión de BARATTA, que compartimos, las teorías del conflicto no constituyen una alternativa completa frente al estructural funcionalismo. Véase BARATTA, A. 1979 a), p.18.

¹¹⁰ LARRAURI, E. 1991, p. 113.

¹¹¹ LARRAURI, E. 1991, p.147

¹¹² Los sectores de izquierda se encontraron ante la paradoja de tener que defender el Estado de derecho y los derechos fundamentales que mermaban las legislaciones antiterroristas. PITCH, T. *"Critical criminology, the*

como resultado de las luchas sociales comenzó a acuñarse la idea de que *el derecho penal no solo protege los intereses de la clase dominante, sino que también protege intereses de los sectores dominados y que han sido obtenidos en base a este tipo de luchas.*

YOUNG elaboró la *criminología de la clase obrera*¹¹³ y he aquí lo que nos interesa: *no debe idealizarse y ver en todo delincuente un héroe político, así como tampoco puede reducirse a todo delincuente al lumpen.* Como expone PLATT¹¹⁴ *deben condenarse los actos que dificultan la lucha de los trabajadores dividiéndolos, y deben celebrarse los que encierran una clara conciencia política.* Es necesario entonces, fijar la atención en el *contexto* y no solo en el acto delictual, antes de otorgar al acto desviado el carácter de oposición política o lucha contra el sistema. Esto permite, a juicio de YOUNG¹¹⁵ y en el mismo sentido COHEN¹¹⁶, diferenciar entre los distintos actos desviados y condenar a determinados de ellos en base a su ilegitimidad.

Conforme a lo que se ha venido exponiendo en esta investigación, nos asiste la convicción de que ilegítimos pueden ser, en todo caso, los actos que representan la esencia de los valores del sistema capitalista, como el narcotráfico, la delincuencia económica, la criminalidad de los sectores dominantes en general. Pero, ¿podría decirse que el terrorismo es legítimo desde este contexto?. No se trata de un fenómeno natural y ahistórico, sino más bien de un fenómeno producido por los desajustes y falta de integración al interior del sistema, cuya finalidad política es indiscutible, tanto si nos referimos al terrorismo insurgente o subversivo, como al que se ampara en el Estado, el primero perseguirá un cambio radical en las estructuras sociales, el segundo perseguirá la mantención de un sistema o régimen de gobierno determinado en el que parecen fallar las bases de legitimidad.

El criterio para determinar qué actos son ilegítimos y cuales no, lo vislumbró ya la criminología crítica: *el respeto a los derechos humanos fundamentales*¹¹⁷. Este es el planteamiento que se ha sostenido al analizar las características del terrorismo en cuanto “fenómeno histórico y social”. Se reitera en su examen en cuanto “fenómeno delictivo” y lo mantendremos en el análisis sustantivo del terrorismo, como criterio de valoración del bien jurídico protegido¹¹⁸.

La defensa de este planteamiento se apoya en la propia *clase trabajadora. La violación de derechos humanos la golpea, la disgrega y la confunde.* Tanto la violación proveniente – originariamente- del mismo Estado, como por parte de la insurgencia de los sectores dominados¹¹⁹. Y por ello es que su lesión o puesta en peligro ha de ser protegida frente a los ataques que provengan tanto de la autoridad política como de organizaciones o grupos privados. Pero, como se decía, la asunción por parte del derecho penal de la protección de estos derechos humanos fundamentales, no implica que éste deje de servir como instrumento para la protección (en primacía) de los intereses de los sectores dominantes. Por esto es que debe rescatarse el carácter de los derechos humanos fundamentales, como elemento central en la creación de una

construction of social problems, and the question of rape" en *International Journal of Sociology of Law*, n°13, 1985,p.37. Cit. por LARRAURI, E. 1991, p.147.

¹¹³ YOUNG, J. "*Criminología de la clase obrera*" (1975) en TAYLOR, I. - WALTON, P.- YOUNG, J. *Criminología crítica*, trad. de Nicolás Grab, Ed. Siglo XXI, México, 1977, pp.89-127.

¹¹⁴ PLATT, T. "*Street Crime: a view from the left*", en *Crime and Social Justice*, n°9, 1978, p. 31. Cfr. LARRAURI, E. 1991, pp.154-155.

¹¹⁵ YOUNG, 1975, p.111.

¹¹⁶ COHEN, S. "*Guilt, justice and tolerance: some old concepts for a new criminology*", en *Against Criminology*, 1979; p. 167; el mismo, "*Symbols of trouble*", en *Against Criminology*, 1980, p.165. Cit. LARRAURI, E. 1991, p.163.

¹¹⁷ SCHWENDIGER, H y J. "*¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*" 1975, p.179. Cit. en Taylor, I.- Walton, P.- Young, J. *Criminología crítica*, 1977, LARRAURI, 1991, pp. 179, 188.

¹¹⁸ *Infra* Cap.II y *Supra*, Cap. VI.

¹¹⁹ Sobre el concepto de violación a los derechos humanos y su origen, *Infra* Cap. II, IV. El terrorismo. I. *Un intento de caracterización.*

política criminal garantista.

Desde esta perspectiva puede arribarse a lineamientos generales de una política de transformación social e institucional cuyo carácter, a decir de BARATTA¹²⁰ sea *radical*. Las raíces de la criminalidad se identifican antes que en el carácter antisocial de la conciencia y la voluntad individuales, en el carácter antisocial e inhumano de la sociedad capitalista. Decía Marx: "...No deberán castigarse los crímenes en el individuo, sino destruir las raíces antisociales del crimen y dar a cada cual el margen social necesario para exteriorizar de un modo esencial su vida. Si el hombre es formado por las circunstancias, será necesario formar las circunstancias humanamente"¹²¹.

La criminología crítica tiene como tarea la desmitificación del derecho penal para revelar a qué intereses sirve, el estudio de los órganos de control social en cuanto sustentadores de los intereses de la clase dominante, proponer nuevas definiciones de delito que protejan los intereses de las capas sociales más débiles, y vincular, teoría con práctica para sustituir el sistema capitalista¹²². Sobre esta base propone una *Política Criminal alternativa* que desde la Prevención:

Primero, persiga un cambio de tipo estructural que permita modificar las relaciones de producción, y no consista meramente en lograr una mejor distribución de la producción social¹²³. La instauración de *garantías sociales de existencia* impeditivas de la marginación social de la fuerza de trabajo y los fenómenos de desocialización y disgregación cultural se hacen necesarias para una transformación radical de la estructura productiva¹²⁴. Si se quiere construir una política criminal en la perspectiva del socialismo, debe proponerse la superación del actual sistema y de las instituciones penales que le sustentan, "en la medida que éstas se fundan en la concepción cristiana de la libertad, la culpa y de la pena"¹²⁵. Coherentes con los lineamientos que nos inspiran en esta investigación concebimos que la raíz primera del delito, factor de desocialización del individuo se encuentra precisamente en la *carencia de un espacio social* garantizado a cada uno para el ejercicio de una libertad no formal. La socialización de los medios de producción, la superación del trabajo asalariado y la recomposición social del trabajo dividido son "los ejes de todo proyecto de transformación revolucionaria de la sociedad burguesa"¹²⁶, y

¹²⁰ BARATTA, A "Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal", en *La Reforma del Derecho Penal II*, Ed. a cargo de Santiago Mir, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1981; pp. 25- 61, esp. p.59.

¹²¹ MARX, Karl; "*La Sagrada Familia*", cit., 1967, p.197.

¹²² LARRAURI, 1991, p.118.

¹²³ Discrepamos de las teorías revisionistas, particularmente las neogramscianas, que plantean que el problema de la desviación social debe ser tratado en el marco de una redistribución del producto social, ya que el Estado social sería relativamente autónomo frente a la producción capitalista. Consideramos, siguiendo a SERRANO PIEDECASAS (1986, p. 41, nota 39) que su análisis no puede separarse del sistema de producción capitalista. La causa de la delincuencia selectiva, como la terrorista, no está relacionada, en un sistema capitalista solamente con una desigualdad social. En similar sentido GÓMEZ BENÍTEZ estima que el enfrentamiento contra la delincuencia en el terreno de la distribución (entre otros), no consigue más que "una provisional y 'formal redefinición' de la delincuencia...", GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. 1982, pp.90-91.

¹²⁴ Para Danilo Zolo, en una opinión que compartimos, esta hipótesis de transformación de la sociedad capitalista hacia un sistema socialista puede ser perseguida ya en la sociedad burguesa, a través de una política del movimiento obrero y sindical dirigida a realizar y garantizar el pleno empleo de la fuerza de trabajo. Dice ZOLO: "Política y lucha por el empleo y política socialista de prevención del crimen son en este sentido la misma cosa: es decir, una política de autotutela de los trabajadores contra la precariedad de las perspectivas de subsistencia y de supervivencia conexas a la organización capitalista de la sociedad. Su presupuesto común es una *estrategia que asuma los intereses de las capas marginales y subproletarias como un todo único con los intereses del proletariado*, y su defensa como objetivo... central de la lucha política y social". (ZOLO; 1983, p. 110). Los subrayados son nuestros.

¹²⁵ ZOLO, D. 1983, pp.106-107.

¹²⁶ ZOLO, D. 1983, p.108

Segundo, propugne el desarrollo de la organización de las capas dominadas, en la perspectiva de hacer frente- como alternativa válida- a la formación y desarrollo de subculturas criminales ligadas a la disgregación social, que en la sociedad capitalista van aparejados con los procesos de marginación de la fuerza de trabajo. Como acertadamente expone Danilo ZOLO: "el principal instrumento de una política criminal del movimiento obrero es la politización y la activación revolucionaria, la organización política, el crecimiento y la consolidación de la conciencia y la solidaridad de clase"¹²⁷. Dicho de otro modo, una ampliación de los servicios de un sistema democrático a todas las capas sociales, la concepción de libertad - participación y no meramente de libertad. De esta forma se lograría una mayor integración previniendo las desviaciones sociales como el terrorismo.

2.b) Si el carácter fragmentario del derecho penal en la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, tiende a ocultar que, mayoritariamente, son los intereses de la clase dominante los que se plasman en él, forzoso es concluir que los órganos del ius puniendi estatal protegen principalmente los intereses de esta clase, lo que origina una desigualdad en el Derecho Penal. Como expone BARATTA¹²⁸: "...El derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización a los individuos pertenecientes a dichas clases y ligados funcionalmente a las exigencias de acumulación capitalista y dirige el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas... no solo las normas del Derecho penal se aplican selectivamente reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el Derecho penal ejercita también una función activa de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad".

Justamente por esta desigualdad es que los mecanismos coercitivos y la pena se aplican de manera desproporcionada a las clases sociales inferiores, ya que ellas con su actividad delictiva amenazarían los intereses de la clase dominante. Todo lo cual, a su vez, obedece a un proceso de criminalización propio del sistema capitalista, que puede ser catalogado como "ético o individualizante"¹²⁹, cuyo efecto es el hacer recaer sobre factores morales y de desviación individual la responsabilidad de *males* que pertenecen a la estructura misma de la sociedad. De donde se deduce, por una parte, el carácter clasista de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el Código Penal; y por la otra, la función burguesa de la coerción penal como mecanismo ético de culpabilización y reforzamiento ideológico del orden existente¹³⁰.

Sabemos que el derecho penal no defiende todos los bienes jurídicos amenazados, sino solo aquellos en los que, teóricamente, tienen igual interés todos los ciudadanos, y cuando penaliza las ofensas a los bienes esenciales lo hace de manera desigual y de modo fragmentario. Sabemos también que la estigmatización como delincuente se aplica de manera desigual a los sujetos independientemente de la dañosidad social de sus acciones y la gravedad de sus infracciones¹³¹.

¹²⁷ ZOLO, D.1983, p. 111. En este mismo sentido se había ya pronunciado Rosa de LUXEMBURGO: "...el único medio eficaz de que dispone la revolución proletaria es la adopción de medidas radicales de naturaleza política y social, la más rápida transformación de las garantías sociales de la vida de las masas y el despliegue del idealismo revolucionario que a la larga solo puede mantenerse sobre la base de una libertad política sin trabas por medio de la intensa y activa participación de las masas". LUXEMBURGO, Rosa; "*La revolución Rusa*", en *Escritos Políticos*, trad. de G. Muñoz, Barcelona, 1977, p. 589.

¹²⁸ BARATTA, A. "*Criminología crítica y política penal alternativa*", ob. cit. 1978, pp. 46-47.

¹²⁹ El proceso de criminalización (Derecho penal Moderno) en el sistema capitalista, según ZOLO, se caracteriza por la asunción de tres técnicas: a) la tipificación de figuras abstractas mediante las cuales se definen como delito las conductas lesionadoras de bienes jurídicos y conductas violentas de la *sociedad desviada* (imputables a la conciencia y voluntad de *personas*), en contraposición a las lesiones y conductas no-antijurídicas de la *sociedad no desviada*. b) La utilización de la represión y sanción penales de un lado como forma de concientización al pueblo de que el delincuente tiene una conciencia y voluntad criminales, c) y de otro lado, como forma de estigmatización y marginación social a través de la reclusión y la inscripción de la condena en el registro de antecedentes. ZOLO, D.1983, pp 102-105.

¹³⁰ ZOLO, D.1983, pp 102-105.

¹³¹ BARATTA, A.1978, p.45.

Ello conduce a pensar que es tarea primordial la revisión de las categorías de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, en base a una identificación de las necesidades e intereses de la colectividad, y procederse a la inversión de su actual jerarquía caracterizada por la prevalencia de los intereses propietarios, moralizantes, y éticos. Esto pasa por *la ampliación de las zonas de protección para aquellos bienes jurídicos desatendidos por una política penal tradicional* (seguridad social, laboral, protección del medio ambiente)¹³², esfuerzos que se han estado llevando a cabo por los sectores adscritos al Garantismo.

Si bien compartimos las críticas al derecho penal que hace el abolicionismo, entendemos, que en las actuales condiciones no puede procederse a la anulación del control social formal, sino a una política criminal intermedia que tienda a *la despenalización* o a la minimalización del derecho penal¹³³. Implica la reducción de los órganos de represión y de control que se dirigen a las clases dominadas, y la fijación de límites en *principios legales* (legalidad, tipicidad, irretroactividad), *principios funcionales* (subsidiariedad, proporcionalidad), y *principios personales* (responsabilidad por el hecho). Esta despenalización ha de tener como primer objetivo la *apertura de los márgenes de aceptación social de la desviación*. Y en este sentido pensamos que constituyen supuestos fundamentales de una política criminal desde la perspectiva socialista, de un lado, la ampliación de los márgenes de aceptación social frente a los sectores marginales de la sociedad, lo que implica que el movimiento obrero debe abandonar su actitud discriminatoria frente a estos sectores. De otro lado, la ampliación de una mayor autonomía de las masas y de la libertad política.

Todo ello teniendo en cuenta que la misión inherente a la despenalización es la *defensa de los derechos humanos* si es que *se pretende proteger los intereses de las capas sociales más débiles*. Como expone acertadamente LARRAURI¹³⁴, no es el desviado el que debe cambiar o ser intervenido sino la sociedad quien debe aumentar sus cotas de tolerancia y civilidad. Una política criminal desde la perspectiva socialista debe tender hacia una mayor libertad antes que a la represividad, ha de ser socializante y no marginadora, promocional y liberadora antes que terrorista y culpabilizadora¹³⁵.

2.c) Retomando las ideas vertidas en los preliminares, puede observarse que, paradójicamente, en la política criminal de prevención de los sistemas neoliberales y desde la prevención especial, se esgrime la *resocialización*, cuya esencia es cuestionada sociológica y criminológicamente por lo que las desviaciones de las clases subalternas significan ante una sociedad desigual. Fuerza concluir que la verdadera reeducación del condenado no se encuentra como lo plantea el mito burgués – en el interior de una cárcel, sino que *en la toma de conciencia de su propia posición de clase y de las contradicciones de la sociedad de la que de una u otra manera forma parte*.

De ahí que sea imposible la *“resocialización” del delincuente terrorista mediante el ofrecimiento de dádivas y beneficios a cambio del arrepentimiento* y colaboración - problemática permanente en el delincuente por convicción - sino mediante *la toma de una conciencia social y política* por parte del mismo individuo, acompañada de una ampliación de los espacios de libertad civiles y políticos que le transformen en sujeto activo de las relaciones sociales. Como acertadamente afirma BARATTA¹³⁶: "La verdadera "reeducación" del condenado es aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y

¹³² En este sentido SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986,p.41- ZOLO, 1983, p.114.

¹³³ En este sentido, BARATTA, Alessandro - SILBERNAIG, Mario; *"La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal"*, en DP, año 8, 1985, pp.559-595, esp. p561-562, ZOLO, D. 1983, p. 114; BARATTA, A. 1978, pp. 53-55.

¹³⁴ LARRAURI, 1991, pp.176-179

¹³⁵ ZOLO, 1983, p.113.

¹³⁶ BARATTA,A.1978, p.52.

acción política dentro del movimiento de la clase".

Una política criminal socialista de intervención en el tratamiento penal debe estar dirigida a *la socialización posible de todo tratamiento penal*¹³⁷ lo que significa que deben *socializarse las culpas y las responsabilidades* toda vez que reconocemos que *el origen del delito está en la estructura social imperante*. Esto reafirma la idea de la necesidad de una reducción drástica de la esfera de intervención penal. Debe, asimismo, rescatarse la idea de superación progresiva de la cárcel, socializando el control y tratamiento de la desviación criminal en su doble función de gestión social y socializadora. Una política criminal socialista conlleva el abandono progresivo del modelo de "tratamiento institucional" y la aceptación social en los límites de lo posible. A juicio de Danilo ZOLO, gran parte de la desviación debería ser *no tratada*, sino simplemente *tolerada* "como señal y producto de tensiones y disfunciones sociales que no pueden encontrar soluciones en la pena (sobretudo privativa de libertad) sino únicamente en los grupos sociales en cuyo interior se manifiestan"¹³⁸.

La tendencia progresiva hacia el fin de la conflictividad social¹³⁹ producto de una transformación radical en las estructuras sociales encontraría su límite precisamente en el respeto a los derechos fundamentales. De ahí que para los casos de terrorismo no solo debe tenderse hacia una reducción cuantitativa de la intervención penal - teniendo como límite el respeto a los derechos humanos- sino que a la vez *debe propiciarse un tratamiento desde el punto de vista ideológico* hacia los grupos terroristas, entendiendo este tratamiento como *discusión política*, y no la sola aplicación de la violencia institucional que es la pena privativa de libertad. *La aplicación selectiva de las sanciones penales estigmatizantes*, como dice BARATTA, y especialmente la de la cárcel, es un "momento superestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad"¹⁴⁰.

Pero, en la medida que no se socialice la responsabilidad y el tratamiento penal siga siendo individual *deben respetarse las garantías del Estado de Derecho* mediante los principios de tipificación, legalidad, y derecho a la defensa. Parafraseando a ZOLO, "La represión penal, en otros términos, debe ser, mientras exista, de tipo jurídico y no genéricamente social: en formas ciertas y normativamente predeterminadas, y no espontánea; rodeada de todas las garantías del derecho... y aún de otras como la publicidad del proceso incluso en la fase instructoria y el máximo de participación del control popular sobre la administración de justicia"¹⁴¹. Mientras subsistan los conflictos sociales *cualquier transacción* sobre el derecho como sistema de límites y de controles frente al poder, de libertades individuales, de garantías para el disenso y la acción de los sujetos sociales equivale, como dice FERRAJOLI¹⁴² *a un paso atrás*.

2.d) En cuanto a la función que cumple la *opinión pública y los procesos ideológicos y psicológicos* que sirven como fundamento a la desigualdad que empíricamente tiene el Derecho penal, algo ya habíamos esbozado desde la perspectiva sociológica al caracterizar al terrorismo¹⁴³. Cabe destacar, en esta parte de la investigación (criminológica), que la opinión pública cumple dos tipos de funciones: por una parte, le cabe el rol de activar el proceso informal de reacción a la desviación y a la criminalidad y por otra parte, en el sentido de comunicación política de base, es portadora de la ideología dominante, que consolida el sistema

¹³⁷ ZOLO, 1983, p. 113.

¹³⁸ ZOLO, 1983, p.118.

¹³⁹Nos referimos a lo que debería darse en una futura y aún hipotética, sociedad que ha efectuado su tránsito desde el socialismo al comunismo.

¹⁴⁰ BARATTA, A. 1978, p.47.

¹⁴¹ ZOLO; D. 1983, p. 120.

¹⁴² FERRAJOLI, L. "¿Existe una democracia representativa?", en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Col. El Viejo Topo, N°7, 1983, p.70.

¹⁴³ Supra Cap. II, IV. *Terrorismo, 1. Un intento de caracterización*

penal, y por tanto el mito de su igualdad¹⁴⁴. Por otra parte, es a nivel de la opinión pública, en su acepción psicológica social, que se han desarrollado los procesos de criminalización en los que se realizan funciones simbólicas de la pena: Una función integradora que produce un aunamiento entre aquellos que son meros espectadores ante el “enemigo común”, procurándose así una consolidación de las relaciones de poder existentes.

Además, los procesos de inducción que se realizan en la sociedad y en la opinión pública a través de los “mass media”¹⁴⁵ y de la imagen de criminalidad que éstos transmiten, son frecuentemente manipulados por las fuerzas políticas interesadas en los cursos de las campañas de “ley y orden”, tan presentes en los momentos de crisis¹⁴⁶. Pero no solo mediante estas campañas, sino que su actividad es permanente en el intento de conservación del sistema de poder. Con ello, a decir de BARATTA *se oscurece la conciencia de clase y se produce una falsa representación de una solidaridad que aúne a todos los ciudadanos en la lucha contra el “enemigo común”*¹⁴⁷. La finalidad clara de tal campaña, concluye el autor "es la de sobreponer a la imagen del desacuerdo del sistema político, la imagen del terrorismo, concurriendo de tal manera a la criminalización del desacuerdo y más en general a la legitimación del abandono de garantías constitucionales y procesales existentes para la tutela del ciudadano respecto a la acción punitiva del Estado"¹⁴⁸.

3.- *El terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción.*

A pesar de las diferentes opiniones criminológicas que intentan explicar la desviación terrorista, existe en todas ellas como rasgo definitorio la aceptación de que éste pertenecería a la categoría del *delincuente por convicción*, entendida ésta en sentido amplio. Un tipo criminológico genérico cuya característica principal es la presencia de una motivación política, ética o religiosa en su actuación, capaz de incluir desde el terrorista hasta el objetor de conciencia que se niega a prestar el Servicio Social sustitutorio¹⁴⁹.

Delincuente por convicción aún, y no todavía delincuente por convicción política que es a lo que propiamente pertenecería el terrorista. En los capítulos anteriores nos hemos referido latamente a la evolución del Estado liberal y al delito político, y hemos visto que, las teorías subjetivas que definen el mismo prácticamente nacen cuando los Estados liberales se consolidan constitucionalmente. A partir de allí, como bien advierte BAUCELLS¹⁵⁰, tienden a confundirse malamente los conceptos de delincuencia política y delincuencia por convicción. Ante todo hay que tener en claro que, una cosa es el motivo del delito, la finalidad que se persigue con el mismo, y otra cosa es el concreto motivo del delincuente. Mientras el delito político se caracteriza por la finalidad de la acción, el delincuente por convicción se caracteriza por la motivación política, religiosa o ética del autor¹⁵¹.

¹⁴⁴ En este último sentido: HABERMAS, J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, 1952, SCHMIDCHEN, C. *Die Befragte Nation. Über den Einfluss der Meinungsforschung auf die Politik*, Freiburg I. Br. 1959, HWNNIS, W; *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, Recht und Staat* n°200-201, Tübingen, 1957. Todos cit. por BARATTA, 1978, p.52.

¹⁴⁵ Esta influencia ha motivado al Parlamento europeo en 1997 a pedir a los medios de comunicación que asuman su responsabilidad social al informar sobre actos terroristas y advierte los intentos por parte de los grupos terroristas de utilizarlos para alcanzar sus propios objetivos. Resolución sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea A4-0368/96 en DO C55/27 de 30 enero de 1997. Ello nos parece adecuado hasta cierto punto pues se corre el riesgo de restringir el derecho a la información en plena democracia.

¹⁴⁶ En este sentido, por todos, BARATTA, 1978, p. 53; SERRANO PIEDECASAS, 1988, p. 90; el mismo *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p.15.

¹⁴⁷ BARATTA, 1978, p. 53. En el mismo sentido, SERRANO PIEDECASAS, 1988, p. 90; el mismo *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p.15.

¹⁴⁸ BARATTA, A. 1978, p.53.

¹⁴⁹ BAUCELLS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Edit. Tirant Lo Blanch, 2000, p. 83.

¹⁵⁰ BAUCELLS, J. 2000, pp. 37, 408.

¹⁵¹ Parafraseando a BAUCELLS, que sigue en este punto a DE MARISCO: la delincuencia política atiende “no

Aceptemos, pues, como señala SEELIG, que el tipo criminológico in comento es aquel que actúa “por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente”¹⁵². De allí la importancia vital del pluralismo político y el reconocimiento a la libertad ideológica como presupuesto de un Estado democrático.

Reconocido que sea este derecho es indispensable admitir que no tiene un carácter absoluto. Se encuentra limitado por el resto del ordenamiento jurídico, especialmente por la ley penal, cuya función más significativa es la de motivación a los ciudadanos para el cumplimiento de las normas. Como decíamos al iniciar este capítulo, el delincuente por convicción no actúa motivado por el Derecho, luego, la motivación de la norma en su caso no surte efecto alguno. Cierto es que el delincuente común tampoco parece ser motivado por la norma desde que delinque, sin embargo, la gran diferencia entre ambos es que, mientras el delincuente común “resiste la función de determinación de la norma penal,... no cuestiona su valoración”. El delincuente por convicción, al contrario, “niega ambas funciones” porque antepone su propia ideología a la escala de valores que representa el bien jurídico protegido o la norma penal¹⁵³.

El hecho de que el delincuente por convicción ponga en entredicho la legitimidad de las normas penales y que actúe motivado por un convencimiento ideológico, en principio, no priva a la conducta de su carácter antijurídico, independientemente del juicio ético que se pudiere tener en relación a la motivación, reprobable o no reprobable. Además, como se decía, esta categoría es omnicomprendensiva de diversos tipos de delincuencia, desde el terrorismo que realiza acciones violentas y atentatorias contra los derechos humanos, hasta el insumiso que actúa omisivamente negándose a realizar el servicio militar y la prestación social sustitutoria¹⁵⁴.

De ahí que la problemática radique en la difícil opción entre otorgar o no un tratamiento diferenciado para este tipo de delincuencia. Si fijamos nuestra atención en la categoría omnicomprendensiva de la actuación delictiva por convicción, puede decirse que, en general, las legislaciones se han caracterizado por la ausencia de tratamientos expresos para ella¹⁵⁵. La legislación alemana fue la primera en acuñar la expresión “delincuente por convicción” en el proyecto de CP alemán de 1922 (Proyecto Radbruch) instando por *un tratamiento punitivo privilegiado* para el autor en el que concurre “el íntimo y decisivo móvil de estar obligado al acto a causa de su convicción moral, política o religiosa”¹⁵⁶. Esta categoría desaparece en los Proyectos de 1927 y 1930, contemplándose solo una atenuación “por móviles respetables”, y ya en la Ley de Reforma de 1969 no existe regla especial en relación al que obra por motivos de conciencia. En otros países ni siquiera ha existido fórmula legal que contemple un tratamiento particular¹⁵⁷.

Desde el punto de vista de la dogmática penal la atención debe fijarse en la decisión tomada racionalmente por el autor, de atentar contra bienes jurídicos fundamentales, decisión que orientará la acción en un determinado sentido. La “convicción” más allá de los móviles del delito trasciende a las instituciones mismas de la teoría del delito que dicen relación con la culpabilidad (existencia de causales de justificación). Esta idea, empero, no resulta sustentable tratándose de este tipo especial de delincuente por convicción que es el delincuente terrorista¹⁵⁸

tanto al impulso que mueve al agente cuanto al fin de la acción”. La cita de DE MARISCO aparece en la obra de BAUCCELLS (2000, p. 37), extraída de BELLINI, F. “*Il delitto politico*” en *Rivista Penale*, 1991-I, p.347.

¹⁵² SEELIG, Ernest; *Tratado de Criminología*, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985, p.169.

¹⁵³ TAMARIT SUMALLA, J. *La libertad ideológica en el derecho penal*. Edit. PPU, Barcelona, 1989, p. 343.

¹⁵⁴ Ampliamente sobre la actuación conforme a la conciencia, TAMARIT, J. 1989, pp.340 y ss.

¹⁵⁵ TAMARIT, J. 1989, p.348, y la obra de Joan BAUCCELLS, ya citada (2000)

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, p. 246.

¹⁵⁷ Ampliamente, TAMARIT, J. 1989, pp.351 y ss.

¹⁵⁸ Infra Cap. VI, Apdo. 3º, II. Tipo Subjetivo, 4. *Digresión sobre culpabilidad y delincuente por convicción*.

y su tratamiento jurídico se caracteriza por la presencia de una legislación excepcional, en la que se combina un tratamiento punitivo agravatorio con una estrategia especial de atenuación de la pena para el arrepentido.

¿Por qué esta diferencia de trato si en el delincuente terrorista existe también una convicción política más vinculante que la norma jurídica?

El hecho de que en la delincuencia por convicción exista una especie de “supra derecho” al cual deben mayor obediencia que a la norma jurídica, no puede servir como argumento de legitimación de la violencia cuando se atenta contra principios básicos que se encuentran garantizados constitucionalmente. La libertad de conciencia, libertad ideológica, se encuentra garantizada constitucionalmente en el art. 19 nº6 de la CPRCH y en el art. 16 de la CE. En ambos textos legales se erige como común denominador la exigencia de que las manifestaciones que se deriven del ejercicio de este derecho no deben oponerse al mantenimiento del orden público protegido por la ley. Esto implica el respeto a ciertos principios que se erigen como fundamento del orden político y de la paz social en Chile y España.

Primero, el principio de la dignidad humana (art. 1 CPRCH y art. 10.1 CE) se presenta como límite al ejercicio de la libertad de convicción o de conciencia. De esta forma, las actuaciones que se deriven del ejercicio de esta libertad no pueden significar una violación a la dignidad humana. Esto es lo que ocurre precisamente en el terrorismo: utiliza al individuo como un instrumento, transgrediendo los principios de autonomía y humanidad¹⁵⁹.

Segundo, el terrorismo no respeta el principio de universalidad porque acepta o legitima la utilización del terror para conseguir sus finalidades, empero, deslegitima las actuaciones de quienes ejercen el mismo terror contra ellos. No aceptan su máxima como universal: su violencia es legítima, en cambio, la que el Estado ejerce contra ellos siempre- desde su punto de vista- es ilegítima. En términos simples: ellos pueden aplicar el terror, pero no quieren que el terror se aplique contra ellos¹⁶⁰.

La pregunta es hasta que punto es conveniente establecer un tratamiento diferenciado para este tipo de delincuencia. Para algunos, como BOCKELMANN¹⁶¹, la excepcionalidad en el trato igualitario que debe tener el derecho penal implica realizar una diferencia arbitraria e injusta tratándose de los delitos comunes con finalidades políticas, ya que si el elemento decisorio en la atenuación de la pena está en la conciencia subjetiva de cada individuo, tendríamos que aceptar “como resoluciones fundadas en principios morales también las opciones más miserables”. Por otra parte, se corre el riesgo de manipulación política por parte de los detentadores del poder, si el privilegio se destina solo a aquellos que actúan por convicciones que se encuentran acordes con la escala de valores sociales. Para otros, la solución pasa desde el plano sustantivo penal, por aceptar la existencia de una causa de justificación, y otros sitúan el problema en el ámbito de la culpabilidad¹⁶².

Pensamos, siguiendo a BAUCELLS¹⁶³, que la valoración jurídica de la actuación del

¹⁵⁹ BAUCELLS, J. 2000, pp.214-215.

¹⁶⁰ En este sentido, BAUCELLS, J. “*Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico*”, ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar.

¹⁶¹ BOCKELMANN, P. “*Zur Problematik der Sonderbehandlung von überzeugungsverbrecher*”, en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974. Cit. por TAMARIT, J. 1989, pp.388 y ss.

¹⁶² TAMARIT, J. 1989, pp.391 y ss

¹⁶³ BAUCELLS, J. 2000, pp.219-220. En el mismo sentido, en su ponencia “*Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico*”, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, U. de Castilla La Mancha, nov. 2000.

autor por conciencia, como sería el caso de quien se niega a realizar el servicio militar y la Prestación Social Sustitutoria, no puede equipararse a la actuación del delincuente terrorista. Y ello porque en el terrorismo el ejercicio del derecho a la libertad ideológica se realiza con pleno uso de cauces violentos, que atentan contra la dignidad humana, por lo que no puede ofrecerse a su respecto una solución en el ámbito de lo injusto que se ampare en una causal de justificación.

4.- Terrorismo: ¿Crimen organizado?¹⁶⁴.

4.a. Consideraciones previas.

En este último lineamiento general de una política criminal alternativa se pretende someter a discusión la idea en boga acerca de una concepción criminológica del terrorismo como crimen organizado. Ha sido durante mucho tiempo un criterio comúnmente aceptado por la Doctrina y la Legislación nacional e internacional que el terrorismo es un fenómeno enmarcable dentro de otro mayor que es la "delincuencia o criminalidad organizada"¹⁶⁵. Este criterio ha sido motivado principalmente por tres factores: a) el complejo entramado humano y técnico que ostentan las organizaciones delictivas, b) la negativa repercusión social y política de sus actuaciones, y c) la conexión internacional y apoyo mutuo entre estas organizaciones delictivas.

La mayor parte de la doctrina en Europa estima que la nota organizativa es un elemento esencial en el terrorismo. Por citar a algunos autores en esta parte de la investigación¹⁶⁶, encontramos a Carmen LAMARCA, para quien la especificidad del terrorismo viene dada "por su carácter institucional y cuasi jurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza", es decir, la organización criminal, o mas bien, la naturaleza de "institución político criminal"¹⁶⁷, aunque no se manifiesta en torno a la consideración del terrorismo como parte de la "criminalidad organizada". En el mismo sentido se había ya planteado PIGNATELLI¹⁶⁸ para quien esta naturaleza de institución político criminal, la organización, sería la nota distintiva y

¹⁶⁴ Sobre crimen organizado existe abundante literatura, véase entre otros: AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino GUTIÉRREZ – ALVIZ CONRADI, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996 (existen en el varios artículos referidos al problema del terrorismo como crimen organizado); ABAD CASTELOS, Montserrat; *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el derecho internacional: (obligaciones estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito)*, Ministerio del Interior- Secretaría General Técnica, Madrid, 1997; AA.VV.; *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olive y Enrique Anarte Borrallo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, MINGARDI, G. *O Estado e o crime organizado*, IBCCrim. Sao Paulo, 1998; CRESSEY, D.R.. *Criminal organization: its elementary forms*, Londres, 1972; Mc Intosch, M. *La organización del crimen*, México, 1977; MANTOVANI, F. *Il problema della criminalità*. Padova 1984; COHEN, A.K. "The concept of criminal organization" En *BritJCrim* 17, 1977; FERRACUTI, Franco y BRUNO, Francesco; "La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica", en AA.VV. *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, Giuffré, Milan, 1994.

¹⁶⁵ Entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco, *DP.PE*, 1996, p.778; POLAINO NAVARRETE, "Delitos contra el Orden Público (V). Delitos de terrorismo", en *Curso de DP.español. PE.*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.906. AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino GUTIÉRREZ–ALVIZ CONRADI, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996; DE JORGE MESAS, Luis Francisco; "Restricciones al derecho de asociación para prevenir y perseguir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas", en AA.VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CDJ, CGPJ, 1996, pp. 328, 335 y ss. BARÓN QUINTERO, Susana; "Legislación y Jurisprudencia, Título XXI del Código Penal. Delitos contra la Constitución", en AA.VV.; *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olive y Enrique Anarte Borrallo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p.272.

¹⁶⁶ Ampliamente en Cap. VI, Apdo. 1º: *Sobre el concepto jurídico del terrorismo en la doctrina...*, y Apdo. 3º: *Elementos básicos del tipo de injusto...*

¹⁶⁷ LAMARCA, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, pp.91-93.

¹⁶⁸ PIGNATELLI, Amos; "Natura del terrorismo e repressione penale" en *La Magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra*, en *Quaderni di Questione Giustizia*, Ed. Franco Angeli, Milano, 1982, p.20 y ss., esp. p.252. Cfr. LAMARCA, 1985, p.91.

necesaria que permitiría al grupo para la persecución de su objetivo político. LEVASSEUR¹⁶⁹ en igual sentido opina que no toda violencia política puede ser considerada terrorista, sino solo cuando ella es ejercida por un grupo organizado que actúa sistemáticamente. Hay quienes llegan a atribuir a la organización criminal terrorista el carácter de "microestado", un "Estado dentro de un Estado"¹⁷⁰. Claro es que en todos estos casos se está aludiendo al terrorismo insurgente. Pero cabe considerar que se han alzado voces indicando que el terrorismo de Estado también forma parte de la criminalidad organizada, ya que se trataría de grupos "surgidos en el seno de instituciones estatales y aparatos de poder que por su incisividad sobre los derechos de los ciudadanos tendrían que haber sido objeto de un control especial"¹⁷¹.

Se ha acusado - y con razón- la vaguedad del concepto de "criminalidad organizada" pero lo cierto es que en los últimos años ha ido perfilándose social y jurídicamente a actividades delictivas de mayor gravedad, siendo las principales: la criminalidad económica, el tráfico de drogas y estupefacientes y el terrorismo. Cabe destacar que la figura de blanqueo de capitales (criminalidad económica) ha sido la de mayor importancia entre las tres, en base a la procedencia de dichos capitales principalmente por el narcotráfico y el terrorismo.

A nivel de legislación interna en España¹⁷², baste destacar las consideraciones de la Fiscalía General del Estado en sus Memorias de los años 1992 y 1993: "Resulta evidente que la actual estructura del sistema penal no se encuentra en condiciones de producir una respuesta proporcionalmente adecuada a las modalidades de la delincuencia... y el crimen organizado"¹⁷³. "Un comentario específico exige la evolución cuantitativa de dos fenómenos delictivos que me preocupan singularmente: los *atentados terroristas* y el *problema del narcotráfico*. Su enorme repercusión social, los *efectos devastadores del terrorismo sobre la pacífica convivencia y la paz social en las que debe asentarse nuestro Estado de Derecho* y la *erosión que produce el narcotráfico en amplios sectores de nuestra juventud*, mueven al Ministerio Público a llevar a cabo todos los esfuerzos posibles para poder ver disminuidas tales lacras"¹⁷⁴.

Por otra parte la cooperación internacional a nivel de Estados ha sido el paradigma adoptado por las legislaciones nacionales para concebir a estos fenómenos como criminalidad organizada. Por ahora baste señalar¹⁷⁵ las actuaciones del Parlamento Europeo en las últimas dos décadas. En febrero de 1985 mediante seis resoluciones aprobó la creación de espacios

¹⁶⁹ LEVASSEUR, G. "*Les aspects répressifs du Terrorisme International*", en GUILLAUME, G.- LEVASSEUR, G. *Terrorisme International*, A. Pedone, París, 1977, p.p.59 y ss. Cfr. LAMARCA, 1985, p. 93.

¹⁷⁰ Así, BERNER, 1847, p.486, PATALANO, V. 1971, pp.152 y ss. Cits. por LAMARCA, 1985, p.92. Véase también, supra, Cap. II: al caracterizar el terrorismo nos hemos apoyado en la opinión de estos autores para explicar, en parte, el por qué una organización privada puede violar los derechos humanos, aún cuando tal conducta originariamente corresponde al Estado.

¹⁷¹ Es la opinión de Perfecto Andrés IBÁÑEZ en su artículo "*Contra corrupción, legalidad en serio (algo sobre función pública, delito y justicia, aquí)*", *Rev. Mientras Tanto*, núm. 59, 1994, pp.57-62, especialmente p.60 en la que hace referencia a los reductos de franquismo residual que se observan en casos tales como los de: Santiago Corella ("Nani"), "la mafia policial", caso "GAL", caso del "espionaje de los partidos políticos", "caso Linaza" y el del comisario Ballesteros, UCIFA y el de los ex agente o agentes del CESID implicados en escuchas ilegales.

¹⁷² Las normas más importantes de legislación interna española sobre criminalidad organizada son: Terrorismo: arts.571-580 CP, LO 4/1988 de 25 de mayo de reforma a la LECrim (arts. 384 bis, 504 bis, 520 bis, 553 y 579, Tráfico de estupefacientes: arts.359-378 CP, LO 5/1988 de 24 de marzo creadora de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilegal de drogas, LO 8/92 de 23 diciembre que introdujo el art. 263 bis en la LECrim, sobre la entrega vigilada de drogas; LO 12/1995 de represión del contrabando, Ley 36/1995 de 11 de diciembre sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas; Blanqueo de capitales: Ley 10/1995 de 24 de abril, por la que se crea la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la Corrupción, Real Decreto 925/1995, Reglamento en desarrollo de la Ley 19/1993 sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, especialmente los procedentes de narcotráfico o terrorismo. Aplicable a los tres: LO 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales y LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹⁷³ MaFGE, 1992, p.21. Cit. por GUTIÉRREZ- CONRADI A, F. 1996, p. 10.

¹⁷⁴ MaFGE, 1993, p. 29. Cit. por GUTIÉRREZ- CONRADI A, F. 1996, p. 10. Lo destacado es nuestro.

¹⁷⁵ Ampliamente, Infra Cap.IV, II. 3. *El papel legitimador de las instituciones europeas...*

únicos de cooperación jurídica, judicial y policial, los “tres círculos de represión”¹⁷⁶ mediante los cuales se aúnan esfuerzos interestatales en contra del terrorismo y el narcotráfico principalmente¹⁷⁷. Esta idea se materializa en el Acuerdo de Schengen (14 de junio 1985) relativo a la supresión de controles en las fronteras comunes, y en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (19 de junio de 1990). En 1991 la Directiva 91/308 del Consejo de Comunidades Europeas (10. 06.91) instó a los Estados a establecer medidas y actuaciones de diversa índole para la prevención del blanqueo de capitales, especialmente los procedentes del narcotráfico y del terrorismo.

La idea de englobar al terrorismo en la criminalidad organizada, a efectos de la cooperación judicial y policial, se mantiene en el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich (7 de febrero de 1997). La Resolución del Parlamento europeo sobre extradición (A4-0265/97) de septiembre de 1997 vuelve a insistir en ello: "Considerando que la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión europea debe mejorar sustancialmente y aumentar con ello su eficacia para combatir la delincuencia, tanto organizada como no organizada, (ante todo el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el cohecho activo y pasivo, el fraude y otros delitos) y para que ningún Estado miembro pueda convertirse en refugio donde un delincuente pueda estar a salvo de la persecución y la sanción de otro Estado miembro" (DO C/304/131 de 18-09-97)¹⁷⁸.

Pero por otra parte la legislación internacional ha dado luz a cierta normativa en la que concibe al terrorismo como un fenómeno distinto de la criminalidad organizada.

Así, Chile suscribió un acuerdo de cooperación con Italia “en la lucha contra el terrorismo, la criminalidad organizada y el tráfico de droga” el 16 de octubre de 1992, y que fue promulgado en 1996¹⁷⁹. En dicho acuerdo se tratan como materias distintas el terrorismo y la criminalidad organizada, no obstante aplicarles un tratamiento similar en materia de cooperación internacional. Por su parte, la Unión Europea, la Resolución de 30 de enero de 1997 “sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea” (A4-0368/96) le concibe como un fenómeno distinto de la criminalidad organizada al señalar: "considerando que para los fines de esta resolución es adecuado considerar acto terrorista cualquier acto, cometido por individuos o grupos, mediante el recurso a la violencia o amenazas violentas, contra un país, sus instituciones o sus habitantes en general, o contra personas concretas..." "haciéndose cargo de que, actualmente, algunos Estados miembros de la Unión Europea se enfrentan a actos terroristas- con frecuencia organizados y apoyados de forma transfronteriza - y que los demás Estados miembros tampoco se libran de dicho actos entre criminalidad organizada y terrorismo".

Empero, al igual que en el caso del acuerdo chileno italiano, aplica a ambos una normativa común en materia de extradición de las cuales puede destacarse, en relación a la cooperación policial y judicial el instar a los Estados miembros para poner en práctica con el máximo de rigor el principio establecido en el artículo 2 bis del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión europea firmado el 27 de septiembre de 1996 de acuerdo con el cual, no solo los autores de actos terroristas sino también los

¹⁷⁶ Denominación dada por LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 41 y ss.

¹⁷⁷ La Unión Europea destaca en el Título VI de este Tratado que son materias de interés común entre los Estados miembros de la UE en el art. K.1: 4) la lucha contra la toxicomanía; 7) La cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional.

¹⁷⁸ En el mismo sentido el Convenio europeo de extradición de 1957 y el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición de 10 de marzo de 1995 DO C 78 de 30.03.97 y DO C 357/4 de 12.12.96.

¹⁷⁹ Decreto N° 26 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial* de 22 de febrero de 1996. Por este acuerdo se forma un Comité Bilateral entre ambos países para la cooperación atendiendo a “la exigencia de llevar a cabo formas más eficaces de coordinación de las actividades de información, análisis y represión del terrorismo, la criminalidad organizada y del tráfico de estupefacientes”.

colaboradores con banda armada están sujetos a extradición, con eliminación de los requisitos de doble incriminación y excepcionalidad como condición para la asistencia judicial y la extradición"(DO C 55/32 de 24.02.97).

A pocos meses, en abril de 1997 el "Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada" adoptado por el Grupo de Alto Nivel creado por el Consejo de Europa *ni siquiera menciona al terrorismo como forma de crimen organizado*, haciendo énfasis en la figura del blanqueo de capitales. En los antecedentes citados indica: "El Consejo Europeo (Dublín, 13 y 14 de diciembre de 1996) destacó su firme voluntad de luchar contra la delincuencia organizada... se pidió al Consejo que examinara la lucha contra la delincuencia organizada en todos sus aspectos... ". En el Planteamiento general del Grupo de Alto Nivel considera dentro del crimen organizado el problema del narcotráfico y blanqueo de capitales, señala: "*El principal móvil de la delincuencia organizada es el afán de lucro...*"¹⁸⁰, y por tanto, no el afán político, característica primordial del terrorismo.

El Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 (97/C 191/03) adoptado por el Consejo de Europa asimismo patenta esta distinción y señala: " ...en lo que respecta a la extradición solo una intervención decisiva que afecte a las condiciones de fondo llevaría a una mejora significativa de la cooperación en los procedimientos penales más importantes, como los correspondientes a los *delitos de terrorismo "o" a la delincuencia organizada*"(DO C 191/13 de 23.06.97).

Pero en 1998 los Ministros de Justicia e Interior de la UE sostuvieron una posición distinta al alcanzar un acuerdo político que recoge el compromiso de cooperación y asistencia mutua en caso de tráfico de personas, blanqueo de capitales, narcotráfico, criminalidad económica y grave extorsión, y terrorismo, definiendo como organización criminal: "la asociación estructurada de más de dos personas que actúan de manera concertada para cometer crímenes o delitos castigables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o de una pena más grave". Asimismo se imputa la pertenencia a una organización criminal a quienes hayan participado en un plan delictivo, aunque no estén directamente implicados en la ejecución del mismo (punibilidad de actos preparatorios), y la extraterritorialidad penal para su juzgamiento¹⁸¹.

¿A qué se debe esta ambigüedad en la legislación internacional?. O mejor ¿A qué se debe esta dicotomía entre las legislaciones internas y la internacional?.

Da la impresión de que en las legislaciones internas, a nivel de gobiernos, y en varios instrumentos internacionales, no por nada se pretende englobar dentro de un concepto común e igualar el tratamiento jurídico para tres fenómenos, cuyo único denominador común es el ser un tipo de desviación que se vale del elemento organizativo para facilitar la consecución de sus fines, por lo demás diversos. A tres actos desviados tan disímiles se les otorga un tratamiento penal, procesal y penitenciario similar. A nivel penal y procesal penal la amplitud de los tipos penales, las altas penas, el recorte de garantías fundamentales¹⁸², amplias atribuciones a la policía, dificultades en la ejecución penal, la utilización del derecho penal premial (arrepentidos). A nivel penitenciario la clasificación en primer grado (legislación española), el internamiento en cárceles especiales, las dificultades para la obtención de beneficios penitenciarios (legislación chilena), la rapidez en los procedimientos de extradición, son todas ellas instituciones que se aplican por regla general a terroristas, narcotraficantes y delincuentes de cuello blanco. Asimismo la mayor cooperación judicial y policial interestatal (Europol), para

¹⁸⁰ *Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada*, Consejo de Europa, 28 de abril de 1997. DO C 251/1 de 15.08.97.

¹⁸¹ *El País*, 20-03-1998, p.4.

¹⁸² *Infra* en este mismo capítulo, punto III, *La respuesta político criminal...2. Manifestaciones y consecuencias de la excepcionalidad jurídica*.

prevenir actos delictivos de organizaciones como éstas. Pensamos que, tal como lo ha dejado *entrever* el acuerdo chileno-italiano, el Consejo de Europa y el Parlamento europeo, que se trata de formas de criminalidad absolutamente distintos.

4.b. *Razones para distinguir el terrorismo del crimen organizado.*

Debemos partir por una consideración que nos parece del todo esencial: el terrorismo, como hemos afirmado, tiene una clara *motivación política*, cuestión que no ocurre en el crimen organizado. Existe por tanto una primera y esencial *diferencia de carácter teleológico*.

Debemos por tanto valorar el elemento político¹⁸³, la violencia que se ejerce fuera de los cauces institucionales si no queremos, como acierta TERRADILLOS "incluir en el cajón de sastre del terrorismo a todas las formas graves de criminalidad... lo que haría injustificable su tratamiento específico"¹⁸⁴. Esta diferencia, que no es nueva, por cierto, parece haber sido olvidada por los sectores encargados de diseñar las técnicas de represión y control social, para los delitos cometidos por individuos agrupados bajo organizaciones. Ya en el siglo XIX CONCEPCIÓN ARENAL advertía acerca de la diferencia entre los *delitos colectivos* y los comunes atendiendo sobre todo a la finalidad "no personal", "no egoísta" de los primeros, esto es, "que tenga no una empresa, sino una causa (fin) buena o mala, razonable o absurda, pero común a todos los que la defienden"¹⁸⁵.

Esta finalidad altruista, a juicio de ARENAL, era lo que provocaba la permanencia de los delitos colectivos a través de los siglos – por ejemplo, el terrorismo – ya que los delitos comunes, o bien desaparecían con las instituciones a las que combatían o bien cuando el fin ya no era razonable, cada vez iba teniendo menos partidarios. Refiriéndose en específico a otras formas de la "moderna" criminalidad organizada decía: "Hay también, es cierto, otros delitos comunes obra de las leyes que aparecen y desaparecen con ellas; sin aduanas ni contribuciones de consumos no habría contrabandistas ni matuteros, pero entran en la categoría de los delincuentes comunes por el móvil personal y egoísta que los impulsa y *porque no se proponen reformar las leyes, sino eludirlas*"¹⁸⁶.

Es cierto que *la organización*, especialmente en los delitos de terrorismo, se erige como elemento integrante del tipo penal, pero ello no le hace merecedor del calificativo de criminalidad organizada para que pueda ser sometido a un tratamiento jurídico igualitario al tráfico de estupefacientes, de seres humanos, la delincuencia económica etc. Ante todo es el elemento del móvil o finalidad lo que permite arribar a esta diferencia: "la acción terrorista, como acción política que es, supone, en último término, un intento de incidir en el desarrollo de una determinada forma de convivencia, mediante la lesión de bienes jurídicos de importancia trascendental, o a través de la utilización de medios que provoquen alteraciones graves de la vida ciudadana"¹⁸⁷.

Si bien esta consideración es aplicable tanto al terrorismo insurgente como al terrorismo

¹⁸³En opinión contraria FABIÁN CAPARRÓS sostiene que "si bien el móvil de estos grupos (terroristas) parece ser muy diferente, ello no impide que, contempladas desde el punto de vista funcional y organizativo, puedan ser considerados una manifestación del crimen organizado... también el entramado terrorista necesita contar con una estructura financiera capaz de procurar los medios precisos para afrontar los costes de sus acciones objetivo para el cual no duda en acudir al atraco, al secuestro o a la extorsión...". FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; "*Criminalidad organizada*", en *El Nuevo Código Penal: Primeros problemas de aplicación*, Publicación de IX Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, 1997, pp.169-182, esp. p. 178.

¹⁸⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan; *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p.55.

¹⁸⁵ ARENAL, Concepción; *El delito colectivo*, Edit. Asencio, Lima, Perú, 1978, p. 7.

¹⁸⁶ ARENAL, C. 1978, pp. 8-9. Lo subrayado es nuestro.

¹⁸⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio - TERRADILLOS BASOCO; Juan; "*Terrorismo y Derecho Penal*", en *Informaciones*, 11 de noviembre de 1978, Suplemento político núm. 172, p.1.

de Estado, pensamos que, con mayor razón tratándose del primero, resulta válida esta distinción si aplicamos el esquema criminológico seguido hasta ahora en relación a la desviación: Hay que ver si el acto desviado puede entenderse efectivamente como portador de unos valores alternativos al sistema dominante (capitalismo) o, si por el contrario representa los valores propios del mismo.

Esto permite diferenciar y argumentar en torno a la clara dicotomía que hay entre la criminalidad organizada (delitos de cuello blanco, narcotráfico, tráfico de seres humanos, etc.) y el terrorismo. Los primeros tienden al mantenimiento y exacerbación de los valores del sistema capitalista de medios de producción, su finalidad es de tipo económico¹⁸⁸. En cambio el terrorismo- especialmente el insurgente - se opone a estos valores, su finalidad es claramente política y son precisamente las formas ocultas de financiación de las actividades terroristas las que han contribuido a etiquetarlo como crimen organizado. El terrorismo no persigue un afán de lucro como fin último, emplea la criminalidad de tipo económico para la financiación de su estructura organizativa, en otras palabras el afán de lucro es un medio para conseguir el fin último de naturaleza política.

El entendimiento de esta diferencia por parte de los grupos en el poder que logran influir en el aparato estatal para la elaboración de una legislación protectora de *sus intereses* permite explicar también *dentro de un derecho penal y procesal penal igual una desigualdad en el trato*.

Ejemplo de ello en la legislación chilena es el internamiento de procesados por delitos de terrorismo (peligrosos para la estabilidad del sistema político), en cárceles de alta seguridad, aplicándoseles un régimen penitenciario de carácter cerrado. Para los *peligrosos* para la sociedad y el poder económico de los grupos en el poder (tráfico de drogas) existen las cárceles comunes, lo mismo que para quienes han integrado organizaciones paramilitares reconocidas o no reconocidas oficialmente por el Estado. Para los delitos en los que no existen lesiones a las personas (delitos económicos- no peligrosos para la estabilidad del sistema) están cárceles especiales¹⁸⁹ o regímenes especiales de prisión privilegiados materialmente en relación a los recintos penitenciarios comunes¹⁹⁰.

En la legislación española, la política de dispersión en materia penitenciaria se aplica casi exclusivamente a los presos por delitos de terrorismo. Las penas para los delitos de tráfico de estupefacientes y las de los delitos de terrorismo resultan exageradas en relación a la criminalidad de cuello blanco. ¿Por qué esta diferencia de trato?. ¿No son ambos crimen organizado al menos para la legislación interna?.

Pero otra parte los gobiernos y la Comunidad Europea han mostrado una actitud ambigua: "hacia dentro" (legislaciones nacionales) el terrorismo es crimen organizado, *el terrorismo insurgente*, porque parece ser que el Terrorismo de Estado es impensable. Sin embargo "hacia afuera" no lo es. En el congreso de Alejandría (Egipto) llevado a cabo en 1997

¹⁸⁸ En esta postura parece alinearse Laura Zúñiga: "Digamos que el fin último de prácticamente todas las organizaciones criminales es el lucro económico. Se diría *que salvo las organizaciones secretas y las terroristas*, pero incluso en estos casos habría que matizar que muchas de ellas precisamente buscan ganancias económicas para satisfacer esos fines ilícitos". ZÚÑIGA, Laura; "*Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*", en AA.VV; *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olive y Enrique Anarte Borrallo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p.200, nota 2. Lo subrayado es nuestro.

¹⁸⁹ En Chile la criminalidad económica tiene mayores posibilidades de obtención de libertad provisional, así como la posibilidad de entrar a una dependencia penitenciaria privilegiada (Anexo Cárcel Capuchinos).

¹⁹⁰ Inclusive para quienes han realizado actos de terrorismo de Estado. P.ej., en España, en el caso GAL, los responsables fueron encarcelados por breve tiempo sin que se les aplicara un tratamiento penitenciario especialmente severo, como ocurre tratándose del terrorismo insurgente. En Chile, existe una "cárcel para militares" en la que cumplen sus cortas condenas los pocos que han sido juzgados por violaciones e derechos humanos, con todas las prerrogativas de una "cárcel dorada".

los europeos manifestaron una posición contraria a la que adoptan las legislaciones nacionales: ahora el terrorismo no es crimen organizado, sino que todas las actividades que de forma directa o indirecta persiguen *finés económicos o un afán de lucro*. Esta fue la postura adoptada por Francia, Bélgica, Grecia, España y Portugal. Mientras que los Estados Unidos y Arabia Saudita mantienen su postura en torno a concebirlo como criminalidad organizada siguiendo la Teoría Conspirativa.

Particularmente en el caso de España, desde los años setenta se comenzó a advertir la presencia de asociaciones delictivas conectadas internacionalmente, cuya selección para la penalización se realizó en base a criterios económicos (tráfico de drogas y estupefacientes) y de seguridad del Estado (terrorismo v/s estabilidad política). Su tratamiento jurídico ha sido represivo más que preventivo. Dentro de estas formas de criminalidad se encuentra el terrorismo, de difícil control desde el punto de vista penal. Se ha demostrado que las organizaciones que infringen la normativa antiterrorista cuentan con una gran disponibilidad de recursos financieros destinados a financiar sus actividades ilícitas tanto dentro como fuera del país. Estos recursos provienen a su vez de otras conductas delictivas como amenazas condicionales (impuesto revolucionario) y el secuestro.

El crimen organizado se ha presentado en este país a través de otras actividades delictivas como el tráfico de armas, el tráfico ilegal de mano de obra, y la prostitución. Pero solo en el caso de las conductas terroristas y del narcotráfico existe, por ejemplo, una mayor agravación punitiva tratándose de los autores o jefes de estas organizaciones. Por otra parte y como es la regla general en los Estados europeos, es considerado delito común (se desconoce su finalidad política) para los efectos de la extradición, mientras que político criminalmente, criminológicamente y sustantivo penalmente se reconoce esta finalidad política.

Son contradicciones que solo se explican atendiendo a otro tipo de intereses, a que nos referiremos tras dejar establecidas las diferencias entre terrorismo y crimen organizado. La segunda diferencia entre ambos tipos de criminalidades es la *diferencia operacional*: mientras el terrorismo busca publicidad, el crimen organizado busca el ocultamiento de sus acciones criminales. Como veíamos en el capítulo anterior, de un lado, el terrorismo es consciente de que para alcanzar la finalidad política deseada requiere del apoyo al menos de algunos sectores de la población, lo que logrará en la medida que sus comunicados y sus actuaciones sean difundidos, esto es, a través de la comunicación social de su mensaje. De otro lado, necesita demostrar al Estado que es capaz de continuar con su actividad sin que los mecanismos de represión afecten sustancialmente su estructura, y que además es capaz de generar un sentimiento de temor en determinados sectores conexos al Estado, llámese Fuerzas Armadas, Poder Judicial, etc. El terrorismo necesita que sus actos trasciendan, para poder *destruir voluntades* en el entramado del Poder.

En cambio, el crimen organizado, lejos de perseguir publicidad, lo que reclama es el silencio y el encubrimiento de sus actuaciones. Como acierta FERNANDEZ MONZÓN¹⁹¹, en su gráfica expresión: "la diferencia entre un ladrón y un terrorista es que el ladrón no quiere que se sepa lo que hace, mientras que el terrorista exige que se sepa". En sentido similar, JENKINS afirma: "Las principales motivaciones de los terroristas son políticas; realizan sus acciones para lograr el máximo de publicidad... y a diferencia de otros delincuentes, casi siempre reivindicar sus actos"¹⁹².

También, enfáticamente, la *Sociedad Internacional de Criminología* y autores como

¹⁹¹ FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel; "*Prensa, opinión pública y terrorismo*" en *Terrorismo Internacional*, dirig. Por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp.65-80; esp. p.68.

¹⁹² JENKINS, Brian. "*Tendencias actuales del terrorismo internacional*" en *Terrorismo internacional*. (Dir.) Salustiano Del Campo. Instituto de Cuestiones internacionales, Madrid, 1984. p. 13.

CASTILLO, PICCA y BERINSTAIN¹⁹³ al establecer las características del fenómeno del terrorismo concluyen que se trata de una forma de criminalidad distinta al crimen organizado:

"El carácter internacional de numerosas acciones terroristas ha conducido a los Estados a adaptar sus legislaciones y a desarrollar sus iniciativas en el ámbito de la cooperación interestatal. Además han aparecido relaciones entre algunas manifestaciones de la criminalidad internacional y, especialmente *el crimen organizado por una parte, y los grupos terroristas por otra...* El terrorismo y el crimen organizado tienen en común plantear grandes dificultades de definición en el plano jurídico, dificultades cuyo reflejo se encuentra en la mayoría de las legislaciones nacionales, así como en la negociación de los instrumentos jurídicos internacionales. El terrorismo y el crimen organizado son, en cambio, fenómenos que la Sociología Criminal y la Criminología han contribuido a conceptualizar sin interferencia de juicios morales ideológicos... El crimen organizado corresponde a una realidad cuya conceptualización aparece menos evidente que el terrorismo, en razón de su carácter más o menos disimulado. *Mientras que el terrorismo está a la búsqueda de una publicidad cierta para alcanzar sus objetivos, el crimen organizado exige por naturaleza disimular sus acciones*"¹⁹⁴

Se nos puede objetar: el terrorismo de Estado, cuya finalidad es también política- y por tanto distinta del crimen organizado según lo expuesto – no persigue publicidad, sino ocultamiento¹⁹⁵. A ello respondemos: lo que esta forma de terrorismo quiere ocultar es su nexos con el aparato estatal, lo que busca es el anonimato en relación a su conexión con el Estado. Mas no oculta, ni desea ocultar sus actuaciones, que están destinadas a amedrentar al terrorismo insurgente, y a la disidencia política en general. ¿Qué dijeron los captores de Marey en España en su tarjeta de presentación?: “ Vous aurez bientôt des nouvelles du GAL (Vosotros sabréis pronto del GAL)”, y luego en el comunicado en que reivindican su acción: “...Todo asesinato de ETA encontrará su venganza.” ¿Y que dijo el *Comando 11 de Septiembre* responsables del asesinato de cinco militantes de izquierda tras el frustrado atentado a Pinochet en 1986?: “ Cinco fueron los muertos en el atentado al Presidente Augusto Pinochet, y muy pronto habrá un quinto muerto, uno por cada escolta muerto”¹⁹⁶.

Recapitulando, el terrorismo ha sido considerado una forma de crimen organizado: a) por erigirse mediante una organización jerarquizada y permanente, b) que cuenta con una conexión internacional o redes internacionales (España y Francia al menos); c) porque se vale de figuras delictivas como el blanqueo de capitales para la consecución de un lucro para facilitar la realización de sus actividades. Volvemos a la pregunta: **¿Porqué a nivel interno el terrorismo se concibe como crimen organizado y a nivel internacional los Estados europeos mantienen una posición diferente?** Esta pregunta admite dos respuestas complementarias entre sí: Por una parte, porque el terrorismo que se trata de reprimir es el *terrorismo insurgente*. Ni en las legislaciones internas ni en la legislación internacional sobre terrorismo existe una condena manifiesta al Terrorismo de Estado¹⁹⁷.

¹⁹³ CASTILLO BARRANTES, E - PICCA, Georges. - BERINSTAIN, Antonio; “*Criminalidad Organizada*”; Informe General de la Sociedad Internacional de Criminología. Texto original en francés, en *IAPL, ISC, ISSD, IPPF: Effective National and International Action against organized. Crime and Terrorist Criminal Activities*, CNPDS, IPPF, Milán, 1990, pp. 76-89. Trad. al español de Isabel Germán, en CPC N°50, 1993, pp. 493-512. Opinión similar QUINTERO OLIVARES, G. “*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.177-190, esp. p.178.

¹⁹⁴ CASTILLO-PICCA-BERINSTAIN, 1993, p. 494 y 496.

¹⁹⁵ En esta objeción, CALDUCH, R. 1997, p.16

¹⁹⁶ MIRALLES, M. - ARQUES, R. *Amedo: El Estado contra ETA*, Ed. Plaza Janés, Barcelona, 1989., p.157 y 163.; COLLYER, Patricia- LUQUE, María José; *José Carrasco: Asesinato de un periodista*; Ed. Emisión, (inscrip. 66.179), Santiago, Chile, p. 158.

¹⁹⁷ Véase, p.ej. Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977 y otros instrumentos internacionales analizados en el Cap. IV.

El único terrorismo que en la legislación española que parece ser posible de concebir es el *terrorismo insurgente*¹⁹⁸. Similar cosa ocurre en la legislación chilena (art. 9 CPRCH; Ley 18.314 sobre conductas terroristas). Ello para facilitar los procedimientos de extradición de tipo de delincuencia. En realidad, no existen problemas para extraditar a un terrorista independientemente de que haya participado directamente en la ejecución de un acto, en su preparación o ejecución como se ha señalado en los convenios de extradición citados.

Pero por otra parte, y aproximándonos a lo que se intentará someter a discusión en el análisis sustantivo, ¿Qué incidencia real puede tener el terrorismo insurgente para la seguridad, el orden público y en definitiva la estabilidad política del país?. ¿Realmente se ha pensado por ejemplo que en Chile el FPMR y el MJL, y en España, ETA puedan tener - o pudieren haber llegado a tener - un grado de influencia tal capaz de revertir el sistema (independientemente de que muchos de sus actos afecten valores fundamentales)?.

¿No será que *de manera encubierta* se reconoce que el terrorismo no significa un peligro real para la estabilidad política del sistema sino para la estabilidad económica de los poseedores de la mayor parte de las riquezas económicas?. ¿Por qué los ministros de Justicia e Interior de los Estados de la CEE manifiestan su preocupación por el terrorismo en cuanto fuente del blanqueo de capitales?. ¿Y por qué existe la desigualdad en el tratamiento penal y sobretodo penitenciario para los delitos de cuello blanco por una parte, y para el narcotráfico y el terrorismo por la otra?¹⁹⁹. ¿Por qué existe una tipificación expresa de estos últimos cuando se trata de terrorismo insurgente y altas condenas, mientras que no es así tratándose del terrorismo que se ampara en el Estado?.

De lo anterior podría deducirse que la represión del terrorismo insurgente es posible que sea utilizada para proteger el sistema económico anexándole a un problema de estabilidad política, de peligro para la seguridad y el orden público que en realidad no existe. Las actividades llevadas a cabo por grupos subversivos si bien afectan valores fundamentales como el derecho a la vida, y por ello son sancionables, no son capaces de revertir el sistema político que se ostenta en los países europeos, sistemas ya consolidados. De hecho los actos de violencia de los grupos subversivos mas bien parecen intentar demostrar que el Estado no puede contra ellos. En suma, parece ser que con este tipo de tratamiento *igual* (todos son crimen organizado) pero a la vez *desigual* (mayor coerción penal en casos de terrorismo insurgente) se trata de obviar un problema que en realidad tiene connotaciones históricas, económicas y sociales que apuntan a la estructura misma de la sociedad: desigualdades económicas, falta de participación política, etc.

5.- ¿Cómo hacer entonces para intentar dar solución al problema de la desviación terrorista?.

Lo que la criminología crítica propone en su política criminal es la búsqueda de una *discusión crítico-ideológica* del problema de la criminalidad al interior de la sociedad y de la clase obrera²⁰⁰. Esta discusión al abarcar el problema de la delincuencia terrorista debe

¹⁹⁸ No se alude a lo que pueda deducirse de la interpretación de los tipos penales de terrorismo, sino al desconocimiento del carácter terrorista de una organización como los GAL, plasmado en las sentencias que hasta ahora se han dictado. De acuerdo a lo que la jurisprudencia ha señalado, los GAL "no son terroristas", sino "funcionarios que cometieron ciertos delitos" y deben ser castigados conforme a la ley penal común. En cambio el tratamiento jurídico que se otorga a los procesados pertenecientes o colaboradores con ETA o GRAPO, es radicalmente distinto, ya que a ellos se les considera terroristas y como tales son juzgados.

¹⁹⁹ Adviértase la diferencia entre el tratamiento que se ha dado en Chile al caso de los "*Pinocheques*" y a los casos de delitos de terrorismo; y en España, la diferencia en el trato para el caso *Mario Conde* (criminalidad económica) y para los casos de terrorismo de ETA.

²⁰⁰ En este sentido la Resolución del parlamento europeo sobre la "lucha contra el terrorismo" de enero de 1997 (A4-0368/96 de 30 enero de 1997): Considera necesario promover el *diálogo democrático* para contribuir a la solución de los conflictos políticos, étnicos- nacionales, sociales y ecológicos y para evitar que dichos conflictos sirvan de aparente justificación de actos terroristas y puedan encontrar una cierta anuencia en parte de la población". DO C 55/31 de 24.02.97. Entendemos que el diálogo democrático se inicia antes que nada con la voluntad política de

reforzarse en los términos ideológicos para permitir, por una parte, la producción científica y, por la otra, el acceso a la opinión pública a una información de carácter científico, distinta de la que comúnmente llega a percibir: prejuiciada, llena de estigmatizaciones que en nada contribuyen a aminorar el problema, sino que aún más, lo fortalecen.

El problema que se plantea es si realmente es posible la discusión ideológica en el Estado de derecho tal y como se encuentra planteado. Ante todo, debemos considerar que las convicciones son ideológicas cuando se basan no en razones sino en intereses de grupo (convicciones comunes), intereses políticos, sociales o económicos. Ello no implica que, necesariamente una convicción ideológica tenga que ser falsa al estar basada en intereses y no en razones. Es por ello que el ideólogo no acepta discusiones, pues siempre considera que la posición del enemigo o del contrario es la ideológica. Lo opuesto a la ideología no es "la verdad" sino la "disposición al diálogo"²⁰¹. Un síntoma del carácter ideológico de una convicción es la reacción irracional frente al contrario, reacción que se concreta en este caso, en la comisión de delitos de terrorismo.

En las actuales condiciones, en una sociedad capitalista²⁰² ciertamente que la discusión ideológica con los grupos terroristas se dificulta, más aún si consideramos, engarzando esta idea con lo planteado en el primer capítulo, que la discusión parlamentaria se da asimismo en base a la obediencia a intereses políticos de cada grupo o partido político. Las opiniones políticas se ligan a intereses, al poder, a la autoridad. De ahí que la mencionada "disposición" al diálogo, en definitiva, no resulte ser más que una táctica tanto por parte de la autoridad como por parte de las organizaciones terroristas. Una táctica más de la autoridad basada en su estrategia política de anulación del opositor, y una táctica más de las organizaciones terroristas que responde a similares planteamientos. ¿Qué han sido si no las mencionadas "treguas" que determinadas organizaciones "decretan" tras un "diálogo" con las autoridades?. ¿Qué son muchas veces si no una inmensa farándula?.

Si las opiniones políticas son la punta del iceberg, y aquello que las determina en última instancia está muy por debajo de la superficie de la conciencia, como dice KRIELE²⁰³, lo que puede modificarlas son las experiencias profundas aunque en el ámbito político vivencias iguales pueden llevar a experiencias totalmente distintas. Ello porque la complejidad de los contextos históricos, sociales y económicos solo pueden ser analizados en base a esquemas teóricos de interpretación. De ahí la importancia de la producción científica y dogmática en torno al terrorismo, que reconozca su origen estructural derivado del esquema capitalista y los factores históricos, sociales y económicos que lo producen.

Creemos que las palabras de BUENO ARÚS y GARCÍA RIVAS son las que mejor interpretan lo que aquí se ha tratado de sostener: "Es cierto que el terrorismo no admite medias tintas y que, frente a él, solo se puede estar con o contra los terroristas, pero también es cierto que *para su erradicación se ha de acudir primero a los medios políticos y reformas sociales que permitan cargarse de razón* frente a los terroristas, y solo en último término cabría acudir a los radicales medios de control social que son las leyes penales..."²⁰⁴.

negociación.

²⁰¹ KRIELE, Martin; *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Pensamiento Jurídico alemán contemporáneo. Trad. de Eugenio Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp.240-242.

²⁰² Para el caso de España, la sociedad capitalista se encuentra en su fase de Estado de Bienestar, con su correspondiente forma de Estado Social y Democrático de Derecho. Chile al parecer va en la misma dirección, siendo muy similar su proceso democrático al español.

²⁰³ KRIELE, M. 1980, pp. 256-257

²⁰⁴ BUENO ARÚS, Francisco; "*Principios generales de la legislación antiterrorista*", en *RFDUCM*, núm. Monográfico 11, 1986., p.144; GARCÍA RIVAS, Nicolás; "*Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*", en *PJ*, núm. 10, Marzo de 1984, p.107 y ss.

III.- LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL TERRORISMO: LAS LEGISLACIONES DE EXCEPCIÓN.

En estrecha conexión con los planteamientos criminológicos expuestos y según anunciábamos, la “desigualdad penal” se ha volcado hacia el terrorismo bajo la forma de *emergencia penal*, que, por razones político criminales ha tendido a perpetuarse en el tiempo constituyendo una verdadera “cultura de la emergencia”. Su manifestación, por excelencia, son las legislaciones de excepción dictadas ex profeso para hacer frente a la criminalidad terrorista. En opinión de algunos autores²⁰⁵ las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo, pues expresan en cierto modo una autonegación del Estado de derecho que sería buscada a propósito por los propios delincuentes que cometen tal tipo de delitos. Con ello se estaría creando una “dialéctica agresión-legislación” que da lugar a una profusa producción legislativa.

Puede que en algunos casos sea cierta esta búsqueda de una mayor represión legislativa por parte del terrorismo, para intentar justificar sus actuaciones y, al mismo tiempo, deslegitimar al Estado. Sin embargo este planteamiento resulta insuficiente para una explicación general. No puede soslayarse la importancia, y culpa, al mismo tiempo de la violencia estructural que pone de manifiesto el problema de la “legalidad v/s legitimidad” del Estado, tema ya abordado. De tales razonamientos se infiere que las legislaciones de excepción tienden a aparecer en los momentos de crisis económicas de los Estados, más bien de *crisis sociales*²⁰⁶, en las que el Estado lucha por mantener las estructuras sociales, políticas y jurídicas, procurando acallar a la oposición política, sea directa o indirectamente. Directamente, criminalizando las formas y objetivos de la movilización social²⁰⁷. Indirectamente, cuando el terrorismo es la excusa para desatender otros problemas, cuya solución demandan los sectores disidentes.

La excepcionalidad jurídica se manifiesta no solo mediante la presencia de leyes penales especiales sino asimismo en el ordenamiento penal ordinario, lo que supone una “normalización” de lo excepcional, a través de la incorporación de elementos que producen un vaciamiento de las garantías constitucionales²⁰⁸. El derecho penal de excepción supone, como expresa FERRAJOLI²⁰⁹, una “mutación sustancialista del modelo de legalidad penal” – inducida por el paradigma del “enemigo común”- y que viene a suponer una alteración de carácter subjetivista del derecho penal. Se expresa especialmente en la configuración de los tipos penales mediante una marcada tendencia a la “personalización” del derecho penal de la emergencia lo que viene a caracterizarlo más bien como un “derecho penal del reo que un derecho penal del delito”²¹⁰.

Ello incidirá a su vez en institutos procesales esenciales en el Estado de derecho, como el establecimiento de la verdad procesal. El proceso se convierte en un “momento de lucha

²⁰⁵ Por todos, LAMARCA, C. “Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en *Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, publicación del XIII Congreso universitario de alumnos de derecho penal de la Universidad de Salamanca, coord. por L. Zúñiga R., C. Méndez R. y M.R. Diego Santos, Edit. Colex, 2001, p. 101.

²⁰⁶ En ellas que el Estado Social opta por apaciguar a sus opositores en lugar de asumir su propia incapacidad para resolver equitativamente el problema de la distribución de la riqueza. SERRANO PIEDECASAS, J.R., 1988, p.100.

²⁰⁷ Esto ocurre especialmente en los sistemas autoritarios, en los que los partidos de izquierda especialmente, y movimientos sociales reivindicativos, son declarados ilegales por el gobierno de turno.

²⁰⁸ Para SERRANO PIEDECASAS “las llamadas leyes especiales, procedimientos o tribunales especiales no suponen más que una forma encubierta de excepcionalidad”. Ob. cit, 1988, p.105. Desarrollando tal opinión, estimamos que la excepcionalidad penal ha de ser comprendida en su globalidad, pudiendo distinguirse una excepcionalidad abierta y una encubierta. La excepcionalidad *manifiesta o abierta* se produce en los casos de los *estados de excepción constitucional* (vr.gr. Estado de Sitio) y asimismo tratándose de legislaciones *apartes, distintas* de la ordinaria. La excepcionalidad *encubierta*, en nuestro concepto, es la que se da dentro de la propia legislación ordinaria, (vr.gr. Especialidad en el tratamiento de los delitos de terrorismo. Véase especialmente LECrim).

²⁰⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 820.

²¹⁰ FERRAJOLI, 1995, pp.820 y ss.

contra la delincuencia terrorista”, en el que lo que importa es “no solo si el imputado *ha cometido* un hecho terrorista o criminal, sino también *si ha sido* y sobre todo *si es todavía* un terrorista o un criminal”²¹¹.

La distorsión subjetivista y sustancialista del delito trae también como consecuencia – y a la vez como característica de las legislaciones de excepción- el “gigantismo procesal”²¹². Una expansión pluridimensional de los procesos, que se explica en el hecho de que ya no se trata de investigar el concreto delito cometido, sino una verdadera fenomenología criminal en todas sus dimensiones. Tal carácter es especialmente notorio en la ley penal antiterrorista chilena, en la que la dilación y extensión de los procesos ha sido exorbitante. A su vez, el gigantismo procesal, ha sido “un terreno propicio para cualquier abuso posible”²¹³, gracias a lo cual ha podido desarrollarse una estrategia legislativa que combina lo agravatorio con lo premial. La permanencia en prisión provisional, o la duración de las condenas depende, en gran parte, de la colaboración que el delincuente pudiera prestar para coadyuvar al desmantelamiento de su propia organización²¹⁴.

Por último, la jurisdicción de emergencia presenta una marcada “deformación policial”²¹⁵, en el entendido que las atribuciones policiales se extienden, legislativamente, mas allá de sus competencias normales, abarcando funciones propias de la judicatura. Diríase que estamos ante una “contaminación” policial de la jurisdicción, que si bien por una parte, obedece a la necesidad de eficacia para el descubrimiento y sanción de actos de terrorismo, por la otra inserta un factor criminógeno favorable a la utilización de procedimientos ajenos a la legalidad

1.- Criterios de legitimación de la excepcionalidad jurídica y sus manifestaciones.

El Estado tradicionalmente ha utilizado ciertos criterios e instrumentos para legitimar la excepcionalidad jurídica, especialmente cuando de actos de terrorismo se trata. Tales instrumentos se encuentran en estrecha conexión con la función simbólica que desempeña el derecho penal en el proceso de producción normativa.

1.a. Decíamos en otro lugar que una de las características del terrorismo es que se basa en la violencia o su amenaza, la que a su vez cumple una función simbólica, en el entendido de la necesidad de comunicación social del mensaje de las organizaciones terroristas²¹⁶. Pero como contrapartida, se encuentra la instrumentalización y manipulación de la opinión pública, que hace el Estado, a través de los *mass media*. Es probable que sea éste uno de los instrumentos político criminales de legitimación más eficaces, al mismo tiempo que sirve como distractor de otros problemas reales, económicos, políticos o sociales. Por ello es que no es raro que, a través de “la dispersión de información interesada”²¹⁷, en ocasiones, se haga aparecer al terrorismo mucho más violento u organizado de lo que realmente es, induciendo a la opinión pública a

²¹¹ FERRAJOLI, 1995, pp. 821-822. Lo destacado en cursiva es suyo.

²¹² FERRAJOLI, L. 1995, pp.823 y ss.

²¹³ FERRAJOLI, 1995, p. 823.

²¹⁴ Metafóricamente FERRAJOLI (1995, pp.823 - 824) habla del “perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación...que se ha revelado...como fuente inagotable de arbitrariedades”.

²¹⁵ FERRAJOLI, 1995, pp.825-826.

²¹⁶ En una opinión distinta, para REINARES es necesario que “la respuesta institucional deba también manifestarse a través de la acción comunicativa, contrarrestando la manipulación propagandística que de la sensibilidad popular y los medios de comunicación masiva hacen los grupos terroristas”, REINARES, Fernando; “*Fundamentos para una política gubernamental antiterrorista en el contexto de regímenes democráticos*”, en *Violencia y Política*, Monográfico *Rev. Sistema*, núms. 132-133, 1996, p.115.

²¹⁷ La expresión que adoptamos pertenece a JAIME-JIMÉNEZ, Oscar; “*Control Social y violencia colectiva: un estudio comparado de la respuesta policial al terrorismo en sociedades industriales avanzadas*”, en *Rev. Sistema*, núm. 134, 1996, pp. 95 -108.esp. p.104. Para el autor estas medidas son eficaces solo cuando las autoridades poseen un cierto nivel de credibilidad, en la que los ciudadanos se identifiquen con los intereses del Estado, cuestión que a su juicio ha ocurrido con los casos del País Vasco e Irlanda del Norte.

tomar tal o cual postura sobre la base de un sistema democrático “gravemente amenazado”.

Los ciudadanos adquieren una opinión deformada de la realidad en base a esta manipulación de la información por parte del Estado cuya pretensión, lograda, es - como advierte BARATTA²¹⁸- intervenir en los sujetos que deciden el "cuándo", "cómo", "dónde" y "qué de la información" a comunicar en función de determinadas estrategias. Siguiendo a CHOMSKY²¹⁹ puede afirmarse que de esto no se excluyen los sistemas democráticos, quienes a través de determinadas estrategias tienden a controlar el pensamiento de la población. Esta estrategia represiva a su vez repercute en los mismos medios de comunicación. Así, la prohibición de determinadas informaciones y el recorte de la garantía constitucional de la libertad de expresión²²⁰. SERRANO PIEDECASAS haciendo eco de esta opinión señala: "A través de los medios de prensa y de los portavoces del gobierno, se difunde la idea de que el sistema democrático está gravemente amenazado, y por tanto, se pide al ejecutivo mayores atribuciones"²²¹.

Lo que se intenta lograr es el *consenso*, la *aquiescencia* de los ciudadanos en la aplicación de este tipo de normativa excepcional. Se trata de crear en la población la convicción de que para la erradicación del terrorismo es absolutamente imprescindible la represión penal, todo lo cual no hace sino confirmar una ideología de la defensa social, cuyo fin último es la *legitimación de la excepcionalidad*²²². La legislación antiterrorista cumple así una *función simbólica*, cuya finalidad es producir efectos *tranquilizadores* y *de reafirmación* en la sociedad. *Tranquilizador* en la medida que se trata de producir en la opinión pública la impresión de estar ante una respuesta legislativa eficaz y oportuna. *De reafirmación* en cuanto, por su carácter instrumental, la legislación simbólica pugna por el restablecimiento de la confianza de la comunidad social en el ordenamiento jurídico²²³.

La aquiescencia - o ya derechamente exigencia - de la población para una respuesta penal “decidida” en esta lucha de “todos contra el terrorismo”, es acompañada de otros mecanismos como incentivos sociales: mejoramiento del nivel de vida, idea de que la economía basada en una concertación "trabajo-capital" es la que llevará a un sistema igualitario, justo y participativo, etc. En definitiva, el Estado "da", pero a la vez "exige". Esto es lo que ocurre en las democracias occidentales y en las transiciones democráticas latinoamericanas. Cuando se trata de sistemas autoritarios declarados, como las dictaduras militares, es evidente que la aquiescencia de los sometidos al control no solo es manipulada sino forzada. La sustitución violenta de un régimen democrático por un régimen militar acarrea una transformación global del sistema jurídico en la que el derecho penal no es utilizado para controlar las desviaciones

²¹⁸BARATTA, A. “Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia”, en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Berezia Europar)*, Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, 1985 a), p. 21.

²¹⁹Para CHOMSKY el problema principal lo constituye el hecho de que en las sociedades democráticas el poder en principio pertenece al pueblo, no obstante por su carácter de sistema capitalista, este poder en definitiva queda en manos privadas, de donde resulta que “el público en general ha de ser reducido a su obediencia y apatía tradicionales y expulsado del foro del debate y la acción políticos, para que la democracia pueda sobrevivir”. CHOMSKY; Noam; *Ilusiones necesarias. Control del pensamiento en las sociedades democráticas*. Ensayo, Ed. Libertarias/Prodhufo, 1992, pp. 7, 11 yss.

²²⁰ P. ej. el cierre del periódico EGIN (abril de 1998) cuyo proceso investiga eventuales apología del terrorismo, colaboración con banda armada y financiamiento de la organización.

²²¹SERRANO PIEDECASAS, J.R., 1988, p.101.

²²²Como indica PICKERING, aunque como justificación de la existencia de una legislación de excepción: “Se ha extendido la convicción de que los instrumentos políticos, policiales y jurídicos tradicionales son insuficientes para dar soluciones efectivas y oportunas. Esto ha llevado a los Estados a abordar los aspectos preventivos y represivos del terrorismo a través de políticas específicas de aislamiento y desmitificación de sus agentes, de repudio social a sus móviles y a sus actos”. Pero “la dictación y aplicación de una ley antiterrorista supone la vigencia de un Estado de derecho, fuera de él, no pasa de ser una ley represiva dictada por un régimen de facto”. PICKERING, Guillermo; *Terrorismo. Aspectos jurídicos, políticos y militares*, Documentos ICHEH, Santiago, 1988, pp.22 y 27.

²²³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Edit. Bosch, 1992, pp.305-306.

sociales, sino para reprimir legalmente a los opositores políticos. En Chile, la normativa penal que se dictó al comienzo de la dictadura fue una manifestación de ese afán de “consolidarse férreamente en el poder expresando su definición ideológica”²²⁴, o mejor, de “imponer por el bruto poder” una economía liberal de mercado y darle una protección jurídica mediante el “terror penal”, como tajantemente señala Juan BUSTOS²²⁵. El derecho penal fue utilizado como instrumento para combatir a los sectores marxistas, y neutralizar los resabios de la Unidad Popular.

I.b. Al ejercicio de la función simbólica de las legislaciones de emergencia, para legitimarlas al interior del propio Estado, puede añadirse la evidente intromisión en las soberanías internas que trae como resultado el proceso de globalización de la economía. La internacionalización abre una puerta a la institucionalización de la emergencia penal, aunque sin declararlo explícitamente. El caso más paradigmático lo constituyen los instrumentos jurídicos internacionales en el seno de la CEE que estrechan los lazos de cooperación judicial, económica y policial entre los distintos Estados miembros, instando a los gobiernos a que adecuen sus legislaciones a las exigencias de la normativa internacional. Los ejemplos más recientes: los sendos convenios de Schengen y el Tratado de Maastrich. Ambos consolidan definitivamente un organismo policial comunitario especializado (Europol), y un Sistema de información entre los Estados miembros para la lucha en contra del crimen organizado, dentro del cual contemplan al terrorismo.

Un caso aislado en contra de la legitimación de la emergencia jurídica, lo constituye la *Resolución sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea*, de 30 enero de 1997. En ella, contradictoriamente se establece, por una parte, el rechazo a la excepcionalidad jurídica como principio general, pero por la otra, solicita a los Estados la homologación de medidas en materia de investigación y prevención de actos terroristas de carácter extraordinario:

"Haciendo referencia a que, por lo tanto, todas las medidas contra el terrorismo - incluso cuando se produzca la máxima provocación como consecuencia de atentados inhumanos - no deben basarse en legislaciones y procedimientos excepcionales, porque con dichas contraestrategias extraordinarias se corre el riesgo de atribuir una gran importancia y, en consecuencia, de dar un valor desproporcionado a los actos terroristas- que es precisamente lo que pretenden los terroristas"²²⁶. "Pide a los Estados miembros que adopten medidas homologadas en materia de investigación y prevención de actos terroristas, y entre ellas: ...sistemas informáticos eficaces y coordinados para facilitar el control y detección de individuos reclamados o sospechosos de pertenencia a organizaciones terroristas de la Unión o internacionales... aumento de la eficacia de los sistemas de vigilancia en relación con las mercancías que puedan servir para fines tanto civiles como militares...que adopten medidas eficaces contra el surgimiento o el mantenimiento de un 'entorno de apoyo' a los terroristas; ante todo que prohiban la participación activa en actos terroristas, impidan prestar ayudas intelectuales, logísticas y materiales- en particular financieras- a actos terroristas, así como evitar todo tipo de acciones que favorezcan a los terroristas, por ejemplo evitar que sean perseguidos penalmente o que se ejecuten las condenas... Insta a los Estados miembros... a perseguir penalmente en relación con los actos terroristas a toda persona que haya participado en su organización, preparación o ejecución..."²²⁷ .

I.c. Valiéndose de esta *puerta abierta* que proporcionan los acuerdos internacionales es que se revisten de legitimidad ciertos actos del poder ejecutivo, de claro matiz autoritario, como por ejemplo el aumento de las facultades a la policía para la investigación de delitos de terrorismo. La objeción a esta parte del proceso de globalización, que podemos llamar “globalización penal” o “globalización jurídica”, radica en su contradicción con el debido respeto a las

²²⁴ GONZÁLEZ M., F.- MERA F., J.- VARGAS V, J.E. *Protección democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*, Programa de Derechos Humanos, AHC, abril de 1991.p.168.

²²⁵ BUSTOS R., Juan; "*Estado de derecho y Justicia criminal en Chile (1973-1979)*", en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp.583-601;esp. p.600.

²²⁶(A4-0368/96 DO C55/27 de 24.2.97). Los destacados son nuestros.

²²⁷(A4-0368/96 DO C55/27 de 24.2.97). Los destacados son nuestros.

garantías fundamentales. Así por ejemplo, el adelantamiento de las barreras de punibilidad en ese “incontrolado deseo de abarcarlo todo”²²⁸ del legislador, a través de la punición de actos preparatorios, cuestión que, como se ha visto, es fomentada desde la cooperación internacional. Así pueden encontrarse en las legislaciones antiterroristas, delitos de peligro abstracto, actos de cooperación necesaria o mera complicidad que son elevados a rango de delitos autónomos, castigo de conductas difícilmente delimitables con el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (apología), la elevación exacerbada, a veces, de la penalidad en tales delitos, el establecimiento de premios para el “arrepentido”, entre otros.

I.d. A ello hay que añadir que en el derecho interno se contemplan mecanismos destinados a legitimar formalmente las normas de emergencia, ya desde las propias Cartas Fundamentales. Tomemos como ejemplo, en Europa, el derecho español. El art. 55.2 de la CE da lugar a la suspensión de garantías constitucionales tratándose de personas determinadas, en relación con la investigación de las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas: mayor plazo de detención (art. 17.2 CE); registro y allanamiento de domicilio (art.18.2), interceptación de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Se abre con ello la posibilidad de infringir principios vitales en el ordenamiento penal, como la legalidad y la presunción de inocencia. Como acierta LAMARCA: “...Se trata de una suspensión general y permanente, cuya aplicación concreta no requiere una previa sentencia condenatoria en la que se determine que una cierta persona se ha hecho acreedora por su conducta a la suspensión de los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la CPE”²²⁹.

Al mismo tiempo a través del mandato constitucional, las Leyes Orgánicas que se apoyan en el art. 55.2, incorporan un factor criminógeno favorable al empleo de la tortura (p. ej. con la ampliación de los plazos de detención)²³⁰. Esto hace evidente el distanciamiento que se advierte entre derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica, que se observan en la ambigua redacción de los arts. 9.1 y 55.3 de la CE²³¹.

Por otra parte, este ensanchamiento de las facultades del Ejecutivo, como bien se advierte en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conduce hacia una relegación de la función del Juez a un plano secundario. Más, es justo reconocer que la aplicación de estas medidas no es indiscriminada, ya que deben concurrir los motivos que el legislador señala para que puedan suspenderse los derechos fundamentales. Interpretando restrictivamente la Constitución debe tratarse de la investigación sobre bandas armadas o elementos terroristas²³².

Si fijamos nuestra atención en Latinoamérica y en el derecho interno chileno, veremos que ocurre algo similar. El art. 19 n°7 de la CE restringe la libertad personal y la seguridad individual autorizando la ampliación de la detención para los casos de terrorismo (art.- 19, n°7, c); establece una norma simbólica regulando la concesión de libertad provisional, simbólica por que la Ley 18.314, sobre conductas terroristas, prohíbe este derecho a los procesados; faculta asimismo las entradas y registros domiciliarios, entre otras medidas de excepción.

I.e. En suma, se ha ido produciendo una especie de “cultura de la emergencia” en defensa del orden constitucional y democrático, cuya función última es legitimar el régimen político. La emergencia ha cumplido el papel de ordenar nuevamente los elementos del control social penal y se le concibe como un conjunto de reacciones ante un fenómeno que encuentran en él su

²²⁸ TERRADILLOS, J. 1988, p.87.

²²⁹ LAMARCA, C. 1985, p.391.

²³⁰ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.107.

²³¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R., 1988,p.102. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, *RFDUCM*, n° 63, 1981 a), pp. 123-149, esp. pp. 142-144.

²³² LAMARCA, C. 1985, p.392- 395.

sentido y razón²³³. Con ella el derecho penal garantista se ha visto seriamente erosionado toda vez que se produce una inversión de valores en la escala política. De lo que se trata es de defender "el orden y seguridad públicas" corriendo el riesgo de que las legislaciones antiterroristas sean despojadas de una sujeción al control y garantías de un Estado de Derecho. Esto no es una respuesta político criminal a un fenómeno cuya esencia es política y social²³⁴. No es una respuesta político criminal la existencia de la "excepción" inserta en la ley penal sustancial y formal ordinaria (caso español). La disminución de la violencia en este país en ciertas épocas no se ha debido precisamente a una reforma penal, sino a una *negociación política*, sin que por ello deba desconocerse la labor del jurista en pro de la protección de bienes jurídicos fundamentales²³⁵.

Y no es una respuesta político criminal una *ley especial* tipificadora de los delitos de terrorismo en Chile, a un fenómeno que, según se ha demostrado, se encuentra en franca decadencia. Nos referimos con ello a la violencia política desplegada por algunos sectores de izquierda que es calificada como violencia terrorista²³⁶. Mas bien pareciera que se trata de una *respuesta legislativa coyuntural* y casuística, en defensa de una democracia asentada sobre un Estado de derecho que aun conserva ciertos rasgos de autoritarismo. Nos preguntamos si esta respuesta sería la misma cuando la violencia proviniera, en un futuro, de otros sectores del ámbito político, dentro de los cuales no solo pueden incluirse los sectores de la derecha, con el surgimiento o renacimiento de grupos paramilitares, sino también sectores que provengan de los mismos aparatos del Estado, con conocimiento o no del gobierno de turno.

El Gobierno chileno, en 1990, recién iniciada la transición democrática, realizó una serie de reformas al conjunto de textos legales que se aplicaban a los procesados y condenados por delitos relacionados con finalidades políticas (Leyes orgánicas constitucionales N°s 12.927 sobre Seguridad del Estado, 17.798 sobre control de armas, y 18.314 sobre conductas terroristas), todo ello a través de las leyes 19.047 y 19.027 de enero de 1991, y si bien los esfuerzos estuvieron destinados a "garantizar en mejor forma los derechos de las personas", ellos no resultaron suficientes, a nuestro juicio, por dos razones: *Primera*, porque los militares han participado en el proceso de transición democrática a objeto de proteger sus intereses, de manera tal que se ha obstaculizado el tránsito a una democracia como la que, en teoría, se pretende²³⁷. *Segunda*, porque los criterios político criminales a seguir en materia de terrorismo y que se manifestaron en la discusión previa a la aprobación de la ley, no se corresponden propiamente con los ideales en un sistema democrático. Estos criterios son²³⁸:

²³³ BARATTA, A.-SILBERNAIG, M. "*La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal*", en *DP*, año 8, 1985, cit. pp.559-560

²³⁴ Opinión contraria sostiene en Chile, PICKERING, "acepta como válida la convicción común de que ellas (legislaciones de emergencia) son necesarias". Ello porque, vista la "ineficacia" de los instrumentos tradicionales en el combate del delito, es menester abordar "políticas específicas de aislamiento y desmitificación de sus agentes...". PICKERING, 1988, pp. 22-23.

²³⁵ Escéptico se manifiesta a este respecto un sector de la doctrina (REINARES) advirtiendo "de obstáculos técnicos inherentes a negociar directamente con los terroristas algún arreglo de contenidos políticos que se imponga luego sobre el conjunto de la población implicada". Y además, "si un gobierno manifiesta públicamente su voluntad de entablar conversaciones de contenidos políticos con los insurgentes armados, tal actitud puede ser interpretada como signo de debilidad por parte del segmento intransigente de la organización clandestina implicada y quizá también de los sectores radicalizados de otros grupos extraparlamentarios, sirviendo así de acicate para que la primera persista en su actividad ilegal y los segundos se decanten hacia un repertorio de acción colectiva más agresivo". A juicio del autor es "la ineficacia e ineptitud de la respuesta policial" una de las mayores causas de que "el terrorismo haya prendido y arraigado con más fuerza en unas democracias que en otras" toda vez que no siempre cumplen con la legalidad. Véase, REINARES, F. 1996, pp.114 -115.

²³⁶ Supra Cap. II, *La violencia política*, 4.6. Chile.

²³⁷ De ahí, como se ha expuesto, la mantención de instituciones tales como el COSENA y la figura de los senadores designados. Supra, Cap. I. 4.b. *El caso chileno*, 4.b.2. *La transición hacia la democracia y el Estado de derecho*.

²³⁸ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CCLJ) en *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 enero de 1991), modifica la ley 18.314 sobre conducta terrorista y su penalidad*. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Stgo. Chile, 1997, p.17.

- a) “una legislación adecuada, que permita efectivamente a los jueces contribuir, a través de una penalidad proporcional, servir a una acción que la sociedad toma para defenderse de él”.
- b) “un régimen de reclusión especial que, garantizando los derechos humanos de los presos, permita tomar los resguardos necesarios para la sociedad. Las personas que usan métodos terroristas, no pueden permanecer en presidios comunes”.
- c) “debe disponerse de una organización para combatirlo, con recursos, medios y conocimientos especializados para combatir a quienes lo utilizan”

El primero de estos criterios es el fundamento de la mantención de una ley penal especial, que consagra la “excepcionalidad jurídica”. El segundo de estos criterios es el fundamento de la creación de la Cárcel de Alta Seguridad en 1994. El tercer criterio es el fundamento de la creación de la Oficina de Seguridad del Gobierno, que veremos a continuación.

Además de estos criterios político criminales, que son la base para el tratamiento jurídico que se da al terrorismo en Chile, decíamos que este tratamiento también ha tenido un carácter casuístico y coyuntural. Prueba de ello son las modificaciones legislativas efectuadas durante 1998 especialmente en materia penitenciaria²³⁹ y proyectos de reforma de ley que se originaron en un hecho puntual. A raíz de la espectacular fuga de cuatro prisioneros, militantes del FPMR, ocurrida a fines de diciembre de 1996 en la Cárcel de Máxima Seguridad, ya comentada, surgió en enero de 1997 un proyecto de ley de modificación a la Ley antiterrorista. En el mensaje presidencial (22 de enero de 1997) se contempla como fundamento: *La necesidad de mejorar la capacidad operativa de los organismos policiales en el combate contra el terrorismo*²⁴⁰. En él se entregaban mayores atribuciones a la autoridad policial y a la autoridad administrativa penitenciaria, en materias de control y vigilancia no solo de las personas procesadas por delitos de terrorismo y similares, sino también a los condenados y otras personas relacionadas con ellos, extralimitándose en la facultad constitucional de suspensión de garantías fundamentales. Introducía también importantes modificaciones en materia de medidas premiales (arrepentimiento eficaz), y consagraba nuevas figuras, como el *Agente encubierto*²⁴¹.

Es necesario precisar que el hecho puntual de la fuga de prisioneros en la historia penitenciaria y política de Chile no constituía en caso alguno una manifestación de la existencia de un clima terrorista, ni siquiera una evidencia de una rearticulación en la vía armada, por lo que la pretendida modificación a la ley 18.314 no podía tener por fundamento la existencia de un contexto de violencia terrorista que justificara un aumento de la coerción penal. Es probable que esto hubiese sido tomado en consideración para retirar el proyecto de ley el 18 de agosto de ese mismo año (1997).

I.f. Las políticas en materia de seguridad ciudadana que se han implementado, al alero de la cultura de la “emergencia”, especialmente en lo referente a las restricciones en la libertad personal y la seguridad individual, constituyen un punto que exceden los límites de esta investigación, y sobre el cual existe ya producción científica relativamente abundante, al menos en el caso español²⁴². Sin embargo, no podemos soslayar el referirnos someramente a las

²³⁹ Se alude al último Reglamento Penitenciario, DS 518 de 21 de agosto de 1998.

²⁴⁰ Boletín 1976-07 de 8 de agosto de 1997, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, pp. 15-22.

²⁴¹ La “legalización” de la figura del agente encubierto que se pretendía, parece corresponderse con un hecho aún no esclarecido, que causó conmoción y alertó a la oposición política: una presunta connivencia de funcionarios públicos, pertenecientes a organismos relacionados con la seguridad interior del Estado, en un traslado de armas clandestinas en la capital con el objeto de detener e incriminar a militantes inactivos o desvinculados del MIR, hecho ocurrido durante el primer gobierno de transición. Supra, Cap. II, II. *La violencia política, 4.6. Chile*, y Boletín 1976-07, Instituto Libertad y Desarrollo 8 de agosto de 1997, Santiago de Chile, p. 19.

²⁴² Por todos, ZÚÑIGA, L. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Edit. PPU, 1993. También, DEL ROSAL BLASCO, B. “*De la Constitución a la Ley de Seguridad ciudadana: Reflexiones sobre tres lustros de Política criminal oficial*”,

políticas que en esta materia se ha tratado de implementar en Chile. Especialmente cuando nos encontramos con situaciones en que se pone en entredicho el carácter democrático de los sistemas y planes que se pretenden²⁴³.

En forma paralela al proyecto de ley de enero de 1997, coincidiendo asimismo con la fuga de prisioneros, fue despachado por la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados un proyecto de ley tendiente a la creación de un Sistema Nacional de Inteligencia, *el Anteproyecto de Ley de Bases Generales de los Servicios de Inteligencia*.

Como se ha indicado en la primera parte de esta investigación, los servicios de seguridad e inteligencia en Chile durante la dictadura militar (DINA y posteriormente CNI) dependían directamente de las Fuerzas Armadas. Con posterioridad a la caída de la dictadura, el gobierno de la transición democrática transformó este carácter traspasando esta dependencia al Poder Ejecutivo. Así en 1991 por Decreto N°363 se creó el *Consejo Coordinador de Seguridad Pública*²⁴⁴, dependiente del Ejecutivo (Presidente de la República) que a través del Ministerio del Interior tenía por misión "asesorar y proponer medidas relativas a la planificación estratégica y coordinación de las políticas de seguridad pública vinculadas al *ámbito terrorista*, que realizan dentro de sus competencias institucionales, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones" (n° 1).

En 1992 por DS N°4 de 20 de enero²⁴⁵ fue modificada esta normativa ampliándose la competencia de este Consejo de asesoramiento de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, ya no referidas exclusivamente al ámbito de las conductas terroristas sino a todo lo que dijera relación con materias de seguridad ciudadana. Se encomienda asimismo a este organismo la labor de "*reunir información*" para la elaboración de políticas y planes y la adopción de medidas destinadas "al resguardo del orden público, la seguridad pública y la tranquilidad ciudadana" (n°1). Con ello se estaba dando paso a la posibilidad de coordinar un sistema de vigilancia, dirigido especialmente la oposición política, violenta y no violenta. Fue por la Ley 19.212 de 30 de abril de 1993 creadora de la *Dirección de Seguridad Pública e Informaciones*, que comenzó a dotarse de mayores atribuciones al Ejecutivo en esta materia. Este organismo depende directamente del Ministerio del Interior y tiene por finalidad la coordinación de los organismos de seguridad pública.

Con posterioridad, y probablemente también a raíz de los sucesos en la Cárcel de Alta Seguridad, el Ejecutivo se apresuró en enviar un proyecto de ley destinado a coordinar *ya a nivel nacional*, un Sistema de Inteligencia²⁴⁶. Parece ser que en ese momento se consideraba

en CPC n° 53, 1994, pp. 593-611.

²⁴³ Nos referimos a medidas policiales que se han utilizado en la investigación de delitos relacionados con grupos armados, al margen de los tribunales de justicia. Así por ejemplo, en enero 2000, abogados de la Liga de los Derechos del Hombre de Argentina descubrieron irregularidades cometidas por la policía chilena y argentina en la investigación de los hechos ocurridos en la fuga de prisioneros de la Cárcel de Alta Seguridad en 1996. Se habría tratado de un plan *seguimiento de personas, intervenciones telefónicas de los correos electrónicos, vigilancia domiciliaria*, de ciudadanos chilenos, argentinos, residentes en España y Suiza, todos ellos "por guardar relación con el FPMR y los cuatro evadidos de la Cárcel de Alta Seguridad en 1996". Tal medida, al parecer contaba con autorización judicial, mas no con el conocimiento de los afectados. A este respecto, uno de los abogados de derechos humanos en Chile, A.E.P. manifestó en una entrevista realizada por la *Rev. Punto Final*: "Para mí fue una sorpresa encontrar en las investigaciones de juzgados argentinos, oficios y documentos proporcionados por la Brigada de Inteligencia Policial de Investigaciones de Chile que no corresponden a ninguna resolución judicial de nuestro país. Es preocupante, podríamos estar frente a una reedición, en estas democracias precarias que hoy tenemos, de la Operación Cóndor, de triste recuerdo. En esto caen moros y cristianos, porque cuando se trata de seguimientos, de escuchas telefónicas, filmaciones e interceptación de comunicaciones no se hace ninguna discriminación". Fuente: <http://www.presos.org>.

²⁴⁴ Conocido coloquialmente como "Oficina de seguridad" del gobierno.

²⁴⁵ Diario Oficial de la República de Chile, 20 de enero 1992.

²⁴⁶ Este proyecto pretendió crear un *Sistema Nacional de Inteligencia* entendiendo por tal: "El procesamiento sistemático de la información desarrollado por un organismo profesional para asesorar en sus decisiones a los diferentes niveles de conducción superior del Estado en lo relativo a la obtención de objetivos nacionales del país, la

que la Oficina de Seguridad del Gobierno carecía de las atribuciones legales suficientes como para obtener información y realizar de manera eficiente su labor de inteligencia²⁴⁷.

Es verdad que el Estado está legitimado para ejercer el ius puniendi con la finalidad de proteger a los ciudadanos de conductas delictuales. Pero también es cierto que con la promulgación de leyes criminógenas, el ius puniendi estatal en lugar de tener un carácter jurídico pasa a tener un carácter directamente político. Con este tipo de legislaciones la *razón jurídica* es eliminada y sustituida por la *razón de Estado*, en cuyo seno se alberga el autoritarismo. Como advierte TERRADILLOS²⁴⁸, *la razón del Estado* en virtud de la cual el fin puede justificar los medios, "principio finalista informado por la indiferencia de los medios, mientras que el Estado de Derecho se distingue por la indiferencia de los fines y la firme salvaguardia de los medios"²⁴⁹.

Luego, desde la óptica del Estado de Derecho lo importante son los medios que se utilicen para combatir una u otra forma de criminalidad. Por tanto, es inconcebible que en un Estado Democrático se adopte una ley penal basada en la "ideología de la seguridad" a partir de la cual, el fin de protección de la seguridad del aparato estatal, ya no de los ciudadanos, se convierta en lo primordial. Se pierde "la oportunidad de fijar definitivamente los límites recíprocos de la lucha antiterrorista y de los derechos fundamentales, lo que hubiera permitido no solo clarificar el debate teórico sobre la emergencia y su papel en el actual Estado de Derecho, sino también, lo que es más importante, proporcionar pautas claras a la Administración de Justicia y Policial en su lucha contra el terrorismo"²⁵⁰.

En este proyecto de ley que pretendía crear el citado Sistema Nacional de Inteligencia se observa un fortalecimiento extremo del Poder Ejecutivo, en materias tan delicadas como son los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Los sistemas de vigilancia e información tienden a un recorte de garantías de los ciudadanos, y tal como se ha venido manifestando, este control se ejerce con mayor dureza en aquellos sectores marginados de la vida política y social. La Constitución Política ha de ser interpretada restrictivamente, y si bien consagra la posibilidad de limitar o restringir los derechos fundamentales bajo determinados supuestos (vr.gr. art. 19 n°7, casos de terrorismo, y art. 19 n° 5), ello no significa que pueda ampliarse el control social formal de manera indiscriminada: "sospechas fundadas o peligro para la seguridad de una persona, autoridad, grupo de personas, instituciones del Estado, o la seguridad pública en general"²⁵¹. Dentro de esta amplitud de supuestos cualquier persona puede verse afectada por estos métodos y técnicas intrusivas.

seguridad y la defensa nacional"(art.2). El proyecto tuvo su origen en un anteproyecto aprobado por la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, integrada mayoritariamente por representantes de los partidos políticos que integran la Concertación de partidos gobernante, y otros partidos de la derecha política. El mencionado sistema se integraría por diversos organismos que tienen por finalidad la aplicación concreta de sus principios: *el Servicio de Inteligencia Nacional, el Comité Consultivo de Inteligencia, los departamentos especializados del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Dirección de Inteligencia de la Defensa Nacional y las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas*. El *Servicio de Inteligencia Nacional*: se estructuraría como un organismo público perteneciente a la Administración Central que depende directamente del Ejecutivo (Presidente de la República). Su labor consistiría en la integración y producción de los criterios a seguir en materia de inteligencia para la salvaguarda de la seguridad del Estado. Es presidido por el Director Nacional de Inteligencia cuyo nombramiento corresponde al Presidente de la República con acuerdo del Senado. El *Comité Consultivo de Inteligencia* sería un organismo de coordinación presidido por el Director Nacional de Inteligencia, en cuya integración se cuentan entre otros, a los jefes de Inteligencia de cada rama de las Fuerzas Armadas. Véase Boletín 1976-07 de 8 de agosto de 1997; Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile.

²⁴⁷En esta opinión, GUTIÉRREZ GÁLVEZ, Hugo; "*Comentarios sobre dos propuestas legislativas: creación de un sistema nacional de inteligencia y modificación de la ley antiterrorista*", Santiago de Chile, Septiembre de 1997. Documento de circulación privada.

²⁴⁸ TERRADILLOS, J.1988,p.45.

²⁴⁹ FERRAJOLI, L. "*Emergenza penale e crisi della giurisdizione*", en *DDPP*, 1984; pp.273 y288.

²⁵⁰ TERRADILLOS, J. 1988, p.45.

²⁵¹ Art. 21 del anteproyecto de ley que creaba el Sistema nacional de Inteligencia.

Ejemplifica muy bien esta situación LAMARCA cuando señala, refiriéndose al art. 55.2 de la CP Española: "La suspensión es aplicable a "personas determinadas", como no podía ser de otro modo, pero sólo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. ¿Quiere ello decir que, por ejemplo, se puede intervenir la correspondencia de todos los vecinos de una casa porque se sospeche que en la misma habita un elemento terrorista?. Esta pregunta y otras análogas deben en principio responderse negativamente. No cabe la aplicación indiscriminada de las medidas del art. 55.2, por más que efectivamente la policía esté investigando la actuación de bandas armadas y no delitos de robo o estafa"²⁵².

Por ello es que resulta paradójico que, por una parte el artículo 3º del AnteProyecto indicaba que los servicios de inteligencia en su accionar deben sujetarse a la Constitución y a las leyes, y que por otra parte se dijera que "en los casos en que el método o técnica a emplear afectare derechos constitucionalmente garantizados, el Ministro del Interior deberá, dentro de 48 hrs., comunicarlo por escrito al Ministro de a Corte Suprema".(art. 27). Esto significaría dotar a la Constitución de un carácter meramente programático, pues no existe, un control judicial *ex ante* de estas conductas, sino *ex post*, cuando el derecho fundamental ya ha sido violentado, y para aplicar sanciones. No existe una política preventiva de protección a los derechos fundamentales. Se "protegen" cuando ya han sido mermados.

Las pretendidas modificaciones desencadenaron una crítica profunda por parte de los defensores de derechos humanos: "Parece que el objetivo central del proyecto ha sido legitimar y legalizar métodos y formas de acción represivas... métodos represivos que permitan asegurar la subsistencia del régimen neoliberal ante cualquiera de los embates que la coyuntura puede presentar en el futuro o en lo inmediato. Al mismo tiempo, la legalización de tales métodos legítima, a posteriori, el uso que de ellos hizo la dictadura militar, y el que hizo también la llamada Oficina, comprobándose aquí la efectividad de denuncia de ilegalidad del accionar de la oficina que recién ahora se pretende legalizar"²⁵³.

En síntesis, en lugar de contribuirse a un mayor respeto a los derechos humanos dejando atrás la excepcionalidad, lo que se hace es reforzarla, aumentarla y dotarla de un carácter que poco o nada tiene que ver con la real solución al problema de la violencia política. Las legislaciones especiales que se mantienen en Chile violentan el sistema democrático que se ha tratado de construir a partir de 1990. Como bien lo expresa JOSE GALIANO: "Son cuerpos legales sesgados por una intencionalidad ideológica, o por las circunstancias propias de un estado de exacerbación social o político que, por lo mismo, rigen y no están inspirados en el respeto y protección de los derechos humanos de la sociedad. Ni de las personas. En un orden democrático consolidado esas leyes deberán derogarse"²⁵⁴.

²⁵² LAMARCA, C. 1985, p.392.

²⁵³ VARGAS, Ramón; "*Servicios de inteligencia y derechos humanos*", en *Rev. Alternativa*, Año 2 N°3, Publicación del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, enero-febrero-marzo 1997, Santiago de Chile.

²⁵⁴ GALIANO H., José; *Derechos Humanos. Teoría, historia, vigencia y legislación*, Tomo II, Ed. LOM, Santiago de Chile, 1996, p.201. En contra DOMÍNGUEZ, H. quien justifica la utilización de la excepcionalidad jurídica en defensa del orden. *El terrorismo en el Estado de Derecho*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985 y GUTIÉRREZ SAHAMOD, Luis; *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. del CED n°14, Octubre 1991, Santiago, Chile. Este autor sostiene la necesidad de crear una normativa especial "porque el terrorismo se distingue no por ser un acto violento, aislado u ocasional, sino porque es fruto de actos planificados en forma sistemática por una organización que a través de medios violentos busca causar un daño a la vida, a la integridad personal y a la libertad con fines político sociales... la importancia del fenómeno y sus consecuencias ha obligado a los Estados a dictar normas especiales que permitan evitar, prevenir y sancionar el delito terrorista con mayor eficacia" (p.1). Añade el autor, en este trabajo, que en tal sentido es necesario definir el delito terrorista en la legislación chilena, a objeto de evitar que conductas que no tengan el carácter de terroristas sean sancionadas bajo este título. Aún cuando sostiene la necesidad de establecer una legislación especial, el autor es absolutamente crítico respecto de ciertas instituciones que considera atentatorias contra los derechos humanos. Vrg. La ampliación del plazo de detención.

2.- Análisis comparado: Manifestaciones y consecuencias de la excepcionalidad jurídica en las legislaciones de Chile y España²⁵⁵.

El derecho penal de excepción se ha manifestado en ambos países a través de institutos sustantivo penales y procesales de naturaleza jurídica similar. La diferencia esencial radica en la forma de exteriorización de la excepcionalidad. Mientras en Chile se ha recurrido a la fórmula de las leyes penales especiales, en España lo excepcional se encuentra incorporado a la ley penal común. La justificación histórica de este derecho especial se ha basado, en ambos países, en una supuesta inviabilidad de aplicación de la legislación ordinaria frente a las respectivas coyunturas políticas y sociales que se presentan. Sin embargo, este derecho de excepción cumple con las formalidades del Estado de derecho, a la vez que se beneficia de una normativa excepcional. Se produce una “ficción jurídica” que torna difusa la frontera entre lo especial y lo excepcional²⁵⁶, y que viene a demostrar, especialmente en el caso español, el cómo el legislador se deja seducir por la “tentación autoritaria”²⁵⁷ tan presente en los legisladores europeos, que “recorta injustificadamente las reglas del juego democrático” y limita los derechos fundamentales. En esta parte de la investigación, nos referiremos someramente a los institutos sustantivo penales y procesales que rigen en las legislaciones de Chile y España.

2.a.- En el plano sustantivo penal.

2.a.1. En cuanto a la tipificación de las conductas y su penalidad.

En la *legislación chilena*, la Ley 19.027 de febrero de 1991, dictada bajo el gobierno de la transición, modificó sustancialmente a la LOC N° 18.314 sobre conductas terroristas, de 17 de mayo de 1984. La nueva tipificación es la tradicionalmente consistente en delitos comunes agravados por la circunstancia de cometerse el hecho con alguna finalidad. Tales están previstas con carácter alternativo en el art. 1° de la ley 18.314: a) producir en la población o en parte de ella el temor justificado de ser delitos de la misma especie, sea por la naturaleza o efecto de los medios empleados, o porque obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas; b) cometer el delito con el fin de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias.

La redacción, ambigua en cuanto no reconoce abiertamente la finalidad política, característica del terrorismo, hace que la ley antiterrorista pueda ser aplicada a cualquier supuesto. Se intenta definir objetivamente el terrorismo dando un verdadero catálogo de delitos "comunes" que si son cometidos con esta finalidad serán considerados terroristas, olvidando que el terrorismo no puede definirse desde un punto de vista objetivo²⁵⁸. La importancia que se da a los medios de especial dañosidad demuestra un criterio objetivista, que se extrema al contemplarse una presunción sobre cuya base se considera probada la finalidad terrorista por el hecho de emplearse para la ejecución del delito medios de especial peligrosidad. Esto a su vez, conlleva un problema de doble incriminación con un tipo penal específico descrito en el art. 2° de dicha ley²⁵⁹. La difícil delimitación de lo que es una conducta terrorista ha dado lugar a problemas concursales y a infracciones al non bis in ídem, que analizaremos en su oportunidad.

²⁵⁵ Véase también Cap. V, II.1.- *La legislación chilena...* 2.- Marco legal. La ley 18.314...II.2.- *La legislación española...* 2.- La normativa antiterrorista en el gobierno democrático.

²⁵⁶ Así, SERRANO PIEDECASAS, J.R., 1988, p.105.

²⁵⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; “*De la Constitución a la ley de seguridad ciudadana: Reflexiones sobre tres lustros de política criminal oficial*”, en CPC N° 53, 1994, p.601.

²⁵⁸ Con anterioridad a la promulgación de las *Leyes Cumplido* (Leyes N°s 19.027 de 24 de enero de 1991, 19.029 de 23 de enero de 1991 y 19.047 de 14 de febrero de 1991) la doctrina ya advertía sobre esta cuestión. Por todos: DEL BARRIO -LEON REYES; 1990, p.208 y ss.

²⁵⁹ Ampliamente, *Infra* Cap.VI, Apdo.3°, II. *Tipo Subjetivo*, y Cap. VII.

La penalidad prevista es la correspondiente a los ilícitos cometidos conforme al Código Penal o la ley de Seguridad del Estado, aumentada en uno, dos o tres grados, de tal forma que la severidad de la sanción aumenta desproporcionadamente. Por ejemplo para el delito de secuestro, la sanción oscila entre diez años y un día de presidio a presidio perpetuo, para la asociación ilícita, quince años y un día a presidio perpetuo para los responsables o dirigentes, diez años de presidio como mínimo para los integrantes; para el incendio, cinco años y un día de presidio a presidio perpetuo, en función de los resultados producidos (muerte, lesiones, estragos). La ley establece además que, al momento de recorrer el marco legal fijado, ha de considerarse *la forma innecesariamente cruel de su ejecución y la mayor o menor probabilidad de comisión de nuevos delitos semejantes, atendidos los antecedentes y personalidad de éste...* (art. 3 bis). Significa esto basar la sanción en la *peligrosidad social* del sujeto mas que en el hecho cometido, lo que recuerda al mas puro derecho penal de autor.

La anticipación de la protección penal queda demostrada en la penalidad a las formas imperfectas de ejecución del delito. Así, la tentativa se sanciona como delito consumado (pena mínima), la amenaza de comisión de tales delitos se sanciona como tentativa, y la conspiración con la pena asignada al delito consumado rebajada hasta en dos grados. Esto supone también una alteración de las reglas comunes aplicables a todo delito.

El CP español consagra los delitos de terrorismo bajo un título especial: *De los delitos de terrorismo* (Título XXII, Libro II). Sigue con ello los criterios que plantearon las LO 3/1988 y LO 4/1988 de 25 de mayo que reformaron el CP y la LECrim derogando la LO 9/1984 reguladora de dichos delitos. El CP de 1995 tuvo por misión ordenar bajo un mismo título normas que se encontraban dispersas en el Código y recuperar el *nomen iuris* propio de "terrorismo".

A primera vista pareciera ser que el hecho de que los delitos de terrorismo se integraren al CP constituyere un avance hacia el garantismo penal. Pero lo cierto es que se incorporan a la ley sustantiva y procesal normas de excepción. Como advirtió SERRANO PIEDECASAS en los albores de la reforma de 1988: "No es aventurado afirmar que lo excepcional y lo especial son caras de una misma moneda"²⁶⁰.

Quizás el principal problema sea la determinación del *bien jurídico* que se pretende proteger y que se encuentra en estrecha relación con la finalidad política que el legislador reconoce a estos delitos, y que por otra parte tiende a asemejarle con el delito de rebelión²⁶¹. El legislador salva aparentemente esta confusión al ubicar a los delitos de terrorismo dentro de los *delitos contra el orden público* (Título XXII del Libro II CP) y a los delitos de rebelión dentro de los *delitos contra la Constitución* (Título XXI del Libro II CP). Sin embargo el legislador tipifica los delitos de terrorismo sobre la base de determinados delitos comunes, cuya penalidad se eleva en función del elemento subjetivo: la finalidad política de "subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública" (art. 571). Al señalar las referidas finalidades separadas por la disyunción "o", resulta ser que puede darse el caso de que un delito que atente exclusivamente contra el orden constitucional, sin alterar la paz pública, pueda ser calificado como delito de terrorismo, y entonces en teoría no diferiría en su objeto de ataque de los denominados delitos contra la Constitución.

Esto nos conduce a plantearnos si realmente acierta el legislador al ubicar estos delitos en el título que regula los delitos contra el orden público, y si no debiera haberles incluido dentro de los delitos que atacan el orden constitucional democrático. Ello dependerá de lo que se considere como bien jurídico protegido en los mismos: si el orden constitucional o el orden

²⁶⁰ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.106.

²⁶¹ Sobre esta relación y su distinción más ampliamente en LAMARCA, C. *Terrorismo y Golpe de Estado*, en *Tratamiento Jurídico del terrorismo*, ob.cit. 1985, pp. 213 y ss. Sobre el delito de rebelión, véase por todos: GARCÍA RIVAS, Nicolás; *La rebelión militar en derecho penal*, Eds. Universidad de Castilla La Mancha, 1990.

público, y a su vez, en qué aspecto de este último, porque podríamos llegar a reducirle al concepto de seguridad pública²⁶². Cabe hacer notar a este respecto que la legislación chilena contempla los objetivos de alterar el orden constitucional o el orden público como finalidades previstas para el caso de delitos políticos contemplados en la Ley 12.027 sobre Seguridad del Estado.

Con todo, la consideración de las conductas de terrorismo como delitos contra el orden público ha producido una maximización en el recorte de garantías fundamentales. Se observa así en la tipificación un carácter represivo más que preventivo, lo que se manifiesta en:

i) El adelantamiento de las barreras de protección penal, a través de la punición de las conductas de colaboración, contempladas como forma de autoría en determinados delitos, y como delito autónomo. Esto último ocurre cuando con la *conducta de colaboración no se llegare a la comisión de los delitos comunes previstos por los arts. 571 y 572*, y se encuentra tipificada en el art. 576. En ella no hace falta que el colaborador, con su conducta logre su objetivo, con lo cual se está sancionando un verdadero acto preparatorio, muchas veces consistente en la disposición moral o el deseo del sujeto. Ello queda de manifiesto ya que el art. 576.2 castiga el hecho como *coautoría o complicidad si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido*.

ii) En la alta penalidad asignada a estas conductas. Por ejemplo, quince a veinte años de prisión por la comisión de delitos comunes como estragos e incendio (art. 571); 20 a 30 años cuando se tratare de delitos contra las personas (art. 572.1), con posibilidades de ser agravada en el caso de cumplirse alguna condición especial en el sujeto pasivo (autoridad), pena de prisión de seis a diez años para el depósito de armas o municiones lo mismo que para su mera tenencia o suministro. Se sanciona con la misma pena la *pertenencia* a una organización terrorista que la *colaboración con la misma cuando se cometieren delitos comunes o contra las personas* (arts. 571 y 572) con lo cual nos encontramos, a lo menos con un factor criminógeno favorable a la comisión del delito de asociación ilícita. Al sujeto le será igual pertenecer a la organización, que colaborar con ella.

iii) En la posibilidad de que entre bajo la rúbrica de terrorismo cualquier supuesto (siempre que se cumpla con la citada finalidad). El art. 574 establece "*...cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571 serán castigados con la pena asigna al delito o falta en su mitad superior*".

iv) En la punición de conductas cuya difícil delimitación respecto del ejercicio a la libertad de expresión ha suscitado polémica doctrinal y jurisprudencial: la apología del terrorismo²⁶³. La duda se ha planteado, desde el punto de vista sustantivo, en cuanto a si ella ha de ser considerada como delito autónomo o como una forma de provocación. El art. 18 del CP la consagra, adecuadamente, siguiendo este último criterio. La apología, para cumplir con el principio de legalidad y certeza, ha de consistir en la incitación directamente a la comisión de un delito, lo que lo configura como delito de peligro concreto, idóneo, conforme los criterios unánimemente aceptados del Derecho Penal del hecho. Sin embargo, este criterio ha sido contradicho por la última reforma en materia de terrorismo (LO 7/2000) a la que nos referiremos en un epígrafe aparte. En nuestra opinión, el considerar la apología como un delito autónomo contraría la libertad de expresión²⁶⁴, y el derecho de información de los ciudadanos.

2.a.2. Especial consideración sobre las inhabilidades y suspensión del empleo público.

²⁶² Ampliamente sobre el problema del bien jurídico protegido, Cap. VI, Apartado 2.

²⁶³ Véase más ampliamente ARROYO ZAPATERO, 1981; pp. 387-402 y Tercera Parte de esta investigación.

²⁶⁴ Pese a que en abril de 1997 la Audiencia Nacional ordenó el cierre del periódico vasco EGIN y procesó a sus Directores por el delito de apología de terrorismo, el Tribunal Constitucional indicó que la conducta de informar del citado medio de comunicación acerca de las actividades de ETA estaban amparadas por la garantía de la libertad de expresión ya que en sus documentos no existía una provocación directa a cometer delitos similares a los de la banda armada.

Una de las características presentes en la mayoría de las legislaciones antiterroristas es la recurrencia a medidas que suponen la imposibilidad del sujeto a participar políticamente en la vida ciudadana. Tales medidas se establecen ya como pena accesoria, en el caso del condenado por delitos de terrorismo, ya como suspensión del derecho, en el caso del procesado.

En la *ley penal chilena*, la inhabilidad para ejercer cargo público se consagra a nivel constitucional (art. 9 CPRCH), como pena accesoria. Pero la norma constitucional incluso va mas allá. Los responsables por delitos de terrorismo quedan inhabilitados por el plazo de quince años para:

- Ejercer cargos o funciones públicas sean o no de elección popular,
- Para ser rector o director de establecimientos de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza,
- Para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo,
- Para desempeñar funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones,
- Para ser dirigente de organizaciones políticas o relacionadas con la educación, o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general.

Todo ello sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Con el auto de procesamiento procede la *suspensión del derecho a sufragio* en caso de delito que merezca pena aflictiva o "por delito que a ley califique como conducta terrorista" reza el artículo 16 de la CPRCH. Y se pierden asimismo todos los demás derechos civiles y políticos, por cuanto el hecho de haber sido condenado por delitos de terrorismo acarrea la *pérdida de la ciudadanía* (art. 17 de la CPRCH).

En la *legislación española* sucede otro tanto similar, aunque no con la misma gravedad. El art. 384 bis de la LECrim consagra una suspensión automática en el cargo o empleo público para el "procesado" por delitos de terrorismo. Se contempla asimismo en el caso del "condenado", como pena accesoria (art. 579.2 CP).

La posibilidad de aplicar esta medida para el caso del "procesado" resulta de dudosa constitucionalidad puesto que, se contrapone a la presunción de inocencia. Esta norma, conocida como *artículo Yoldi*, significa aplicar una "verdadera pena" de suspensión en su cargo o empleo público al sujeto "procesado" por el hecho de ser persona relacionada con bandas armadas, o integrada a ellas²⁶⁵.

La pena accesoria de inhabilitación, hasta la LO 7/2000, no se encontraba regulada de manera expresa en los delitos de terrorismo, debiendo acudirse a los arts. 54 a 57 del CP. Así, cuando la condena por delito de terrorismo fuere igual o superior a diez años llevaría consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En las penas de prisión de hasta diez años, la valoración de la entidad de la pena accesoria quedaba a criterio del juez. Con la LO 7/2000 las inhabilitaciones absolutas han quedado expresamente consagradas en la sección de los delitos de terrorismo (art. 579.2 CP).

La inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, en nuestra opinión, tienen efectos criminógenos que van en contra de toda posibilidad de resocialización. Si el legislador está inhabilitando a un no culpable todavía, está presumiendo su responsabilidad penal, y le impide participar en el proceso de formación de la opinión pública. Si el legislador pretende resocializar a un condenado, no se entiende por qué se le priva de su legítimo derecho a participar en la sociedad. Y con mayor razón cuando nos encontramos frente a conductas de terrorismo: *se cierran para el terrorista los canales de participación política*²⁶⁶.

²⁶⁵ TERRADILLOS, J.1988, pp.98-101.

²⁶⁶Uno de los casos que ha sido objeto de una enconada crítica por parte de sectores políticos fue el de Josu Ternera,

2.a.3. Comentarios acerca de la última reforma en la ley penal española (LO 7/2000).

El recrudecimiento de la violencia en España durante el año 2000, tras el rompimiento de la tregua por parte de ETA, motivaron al gobierno a proponer medidas legislativas que vendrían a reforzar la lucha contra el terrorismo. En junio del 2000 el Ministro de Justicia, Sr. Acebes, presentó ante el Consejo de Ministros un informe en el que se proponía la reforma del Código Penal y la LO 5/2000 de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores. El Anteproyecto de Ley Orgánica presentado por el Partido Popular²⁶⁷ tras ser examinado por el CGPJ y emitido su informe, fue convertido en Proyecto de Ley (11-10. 2000), aprobándose con la mayor celeridad.

La LO 7/2000 de 23 de diciembre²⁶⁸ vino así a completar la ya tradicional “respuesta legislativa coyuntural”, que pone en entredicho la seriedad del Estado de derecho. Como apunta LAMARCA: “ el texto punitivo de un Estado no es una norma con vocación transitoria que pueda reformarse cada vez que surge o se dispara una situación puntual de conflicto social, sino que es la norma que tras siglos de debate y adaptación a las necesidades sociales establece la política criminal de un Estado... La reforma de nuestras leyes...penales...no puede ser utilizada como un mero medio para acallar la indignación social...”²⁶⁹.

a) Código Penal.

La LO 7/2000 introduce un nuevo tipo penal de “exaltación y justificación del terrorismo” (modificación del art. 578 CP); incluye penas de inhabilitación absoluta para cargo público en todos los casos de terrorismo por un tiempo exageradamente superior al de la duración de la pena privativa de libertad (nuevo art. 579 bis); incremento de las figuras penales para el castigo de la violencia callejera (modificación de los arts.266, 346,351,504,505 y 577 CP), así como se mayor especificación, y otorga una mayor protección penal a concejales y a las corporaciones locales, equiparándolas al resto de instituciones y poderes del Estado (modificación art. 551). Nos referiremos a las que afectan a la Sección de los delitos de terrorismo en el CP, solo desde el punto de vista político criminal, dejando su examen sustantivo para el final de esta investigación. En otras,(p. ej. art. 505) sí intentaremos un examen mas detallado.

a.1. La “exaltación” del terrorismo.

El nuevo art. 578 del CP incrimina el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de delitos de terrorismo, o de sus autores, así como la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Dos conductas diferentes que se tipifican en un mismo precepto.

De un lado, todo parece indicar que la apología se ha reintroducido en la parte especial del CP, apartándose de la figura común (art. 18 CP). Este último indica que la apología sólo es

miembro de la ETA, que cumpliendo condena por el caso de la bomba en Hipercoor, fue elegido a principios de 1999 para ocupar un cargo en la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Vasco, en el marco de las negociaciones políticas que desde 1998 se llevaron a cabo entre el gobierno y ETA. Resulta contradictorio que por una parte el Poder Ejecutivo (declaraciones del entonces Ministro de Interior J.M. Oreja) manifieste su intención favorable hacia la reinserción de terroristas y por la otra critique de manera abierta la intención de utilizar los canales democráticos de participación que se ofrecen vía parlamentaria. En nuestra opinión la incorporación de Josu Ternera a la citada Comisión de Derechos Humanos, en donde se investigarían también violaciones a derechos fundamentales llevados a cabo por la organización armada, es una muestra – al menos formal- de la intención de utilizar los canales que el sistema democrático ofrece.

²⁶⁷ Anteproyecto de modificación de ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal y de la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, en <http://www.mju.es>.

²⁶⁸ BOE núm.307, de 23 diciembre 2000.

²⁶⁹ LAMARCA, C. 2001, p. 102.

delictiva en cuanto forma de provocación para cometer un delito, y siempre que incite directamente a su comisión. De esta forma el art. 18 no parece tener utilidad: si la apología se castiga como provocación, y a su vez ésta se encuentra sancionada en determinados casos (p.ej. delitos de terrorismo), carece de sentido su incriminación particular. A partir de la LO 7/2000 se castiga, “con independencia del art. 18 CP”²⁷⁰ el “enaltecimiento” o la “justificación” por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución.

Esto ha venido a suponer, como expresa DIEZ RIPOLLÉS, la ruptura con “un compromiso satisfactorio al que se llegó en los trabajos parlamentarios de elaboración del nuevo código, consistente en castigar la apología sólo cuando sea una provocación directa a un delito”²⁷¹. Por otra parte, la jurisprudencia del TC, en reiteradas ocasiones, ha manifestado que no puede sancionarse penalmente a quien exalta el terrorismo, porque en ella se encuentra implícita una vulneración a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), a la libertad de expresión y de información (art. 20.1 a) y d) CE) que son los que contribuyen a la formación de la opinión pública²⁷².

Enaltecer los actos de terrorismo, o a quienes les hayan ejecutado, puede ser objeto de reproche moral, pero jamás objeto de reproche penal. Castigaríamos la “intención” del autor, quebrantando uno de los pilares básicos de la sociedad democrática: la libertad ideológica y la participación en los debates ciudadanos. El Derecho penal no puede ser utilizado, como se hace en este caso, cual arma netamente política en contra del terrorismo, debiendo preguntarnos, como Carmen LAMARCA, si acaso en realidad no se están sancionando meros delitos de opinión, en definitiva, la mera disidencia.

El *sui generis* delito de humillación a las víctimas del terrorismo viene a suponer una situación de privilegio para las mismas, en relación a víctimas de otros delitos, vulnerando el principio de igualdad. Por otra parte, existe un amplio espectro de supuestos susceptibles de caer bajo tal incriminación, lo que significa infringir el principio de legalidad. Cabría preguntarse si el derecho penal común no es ya suficiente como para abarcar conductas que se encuentran mas cerca de las injurias o de los delitos contra la integridad moral²⁷³.

a.2. Extensión de la punibilidad en casos de terrorismo al margen de bandas armadas. Violencia callejera.

Sin perjuicio del examen que se realizará en la tercera parte de esta investigación²⁷⁴, la tradición legislativa en España ha incriminado el terrorismo, atendiendo fundamentalmente a dos elementos: estructural u organizativo y teleológico (fin político). De esta tendencia ya se apartó el CP de 1995 al incriminar a título de terrorismo en el art. 577, ciertos delitos comunes que se realizan al margen de las bandas armadas, pero con su misma finalidad: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Los lineamientos político criminales a que este precepto responde parecen ser la necesidad de ensanchar el ámbito de punibilidad hacia otras conductas que la jurisprudencia considera “terrorismo impropio”²⁷⁵, y que no son otra cosa que actos de violencia callejera. Los actos protagonizados por la “kale borroka” en el País Vasco han sido considerados en gran parte

²⁷⁰ Según Exposición de Motivos de la LO 7/2000.

²⁷¹ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “*El derecho penal ante el terror*”, artículo publicado en *El País*, 12-10-2000.

²⁷² En este sentido, STC 136/1999 de 20 julio (*Caso mesa Nacional HB*). Infra, Cap. VII, delito de colaboración con banda armada.

²⁷³ En este sentido, LAMARCA, 2001, p.104.

²⁷⁴ Infra Cap. VI, Apdo. 3º: *Elementos básicos del tipo de injusto*, en lo relativo al tipo objetivo y la conducta típica, y Cap. VII, III. 4. *Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas ... (art. 577)*,

²⁷⁵ Auto de la sala de Lo Penal de la AN de 11-05-2000.

de los sectores políticos y sociales como una verdadera “escuela del terrorismo”, razón de sobra para que el legislador respondiera creando un tipo penal ad-hoc. Y de paso soslayara problemas procesales cuando no puede probarse la pertenencia o integración en banda armada u organización terrorista. Adelantando a lo que expondremos in extenso en el Capítulo VI, el terrorismo sin organización carece de sentido jurídico ya que, la finalidad política no puede precisarse. En otras palabras, la posibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido aparece remota y lejana.

La LO 7/2000 amplía el ámbito de punibilidad: de un lado, extendiendo el elemento teleológico a la *finalidad de contribuir* a los fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, *atemorizando* a los integrantes de una población o de un colectivo social, político o profesional. De otro lado, añadiendo el delito de daños (art. 266) y resolviendo dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo. Se modificaron, en consecuencia los arts. 266 (daños), 346 (estragos) y 351 (incendio) del CP. Así, casos en los que no exista riesgo para la vida o integridad de las personas- requisito sine qua non en estos últimos – se castigan las conductas a título de terrorismo, aunque su autor no tenga relación con organización terrorista alguna, pero “comparta sus finalidades”, o quiera contribuir a ellas atemorizando a la población. Por ejemplo, el incendio de un autobús vacío de personas, o daños en un edificio deshabitado.

El depósito y tenencia de sustancias o aparatos explosivos ha sido especificado en términos tales de contemplar dentro de la conducta, el transporte de componentes dispersos para fabricar explosivos si no están montados y operativos para causar daño. Por tanto, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art. 577, ahora basta con que de los elementos que se transporten pueda deducirse que éstos pueden ser utilizados para cometer actos de terrorismo, para que así sean considerados.

Ciertamente, continuarán calificándose como terrorismo, los actos de violencia callejera, aunque según intentaremos demostrar, con la reforma de la LO 7/2000, tales conductas se apartan aún más de los elementos que permiten diferenciar a los delitos de terrorismo de los comunes. El legislador se amparó en un supuesta ineficacia del art. 577, cuyo objetivo era sancionar los actos del mal llamado “terrorismo urbano”²⁷⁶, y de allí la necesidad de ensanchar el abanico de hipótesis delictivas hasta eliminar la frontera entre desórdenes públicos, o atentados contra la autoridad, y delitos de terrorismo²⁷⁷.

a.3. La inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

Hasta la LO 7/2000, la inhabilitación para el ejercicio de cargo público en casos de terrorismo se regía por las normas generales del CP (arts. 54 a 57 CP), sin que pudiera advertirse una exasperación punitiva de la pena accesoria en relación a la duración de la principal. Hasta entonces, sólo los delitos castigados con penas de más de 10 años de prisión acarrearaban preceptivamente penas inhabilitadoras absolutas. El objetivo final de la reforma fue evitar que, una vez cumplida la condena, el sujeto pasare a ejercer cargos públicos. Como expresamente indicó el legislador: “se ha considerado necesario limitar la posibilidad de que quien resulte condenado por delitos de terrorismo... acceda inmediatamente a cargos públicos representativos”²⁷⁸. El nuevo art. 579 CP, en su numeral 2 castiga expresamente a los responsables de tales delitos, con la “pena accesoria de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta”. Esto significa que, ahora es aplicable a todos los delitos de terrorismo, y que la duración de la

²⁷⁶ Denominación que parece haber cobrado mayor consenso, véase p.ej. GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. “*Terrorismo y tipificación penal*”, en AP nº48, 23-31diciembre 2000, marg. 1021, y la Exposición de motivos de la LO 7/2000.

²⁷⁷ En este sentido, LAMARCA, C. 2001, p.103.

²⁷⁸ Exposición de Motivos LO 7/2000.

pena accesoria no puede ser inferior a la de la principal²⁷⁹.

a.4. Protección penal a miembros de corporaciones locales y Plenos.

La protección penal especial que se da a ciertos miembros de instituciones del Estado, está prevista en el art. 572.2 del CP, que establece un tipo cualificado de ciertos delitos de terrorismo cometidos en contra de las personas señaladas en el art. 551: miembros del Gobierno, de las Comunidades Autónomas, del Congreso, del Senado, de los Parlamentos autonómicos, Poder Judicial y Tribunal Constitucional. La LO 7/2000 vino a ampliar este círculo de protección a los miembros de las Corporaciones Locales (concejales), a través de la modificación del art. 551 CP, considerando como atentado a la autoridad el realizado contra los mismos. En principio, no existe razón para objetar esta reforma, pues continúa en la misma dirección protectora de las autoridades. De un lado, porque los miembros de las corporaciones locales han sido víctimas favoritas de los atentados terroristas en los últimos años, y de otro lado, porque al ser también representantes populares merecen igual protección que el resto de las autoridades enumeradas en el art. 551.2.

No obstante, si bien es indiscutible que la misma protección debe darse a todos los servidores del Estado, sin distinción de categorías, cabe preguntarse si no se corre el riesgo de tener que modificar la legislación cada vez que el objetivo de los atentados terroristas se traslade a otros colectivos (p.ej. bomberos, periodistas, etc.)²⁸⁰. Por otra parte, resulta cuestionable desde el punto del vista del principio de igualdad, que la ley establezca una agravación de la pena en función del sujeto pasivo, estableciendo un privilegio en relación al resto de los habitantes de un Estado²⁸¹.

La protección a los Plenos queda establecida en el nuevo art. 505, modificado en términos tales de poder castigar penalmente a quienes impidan o alteren la celebración de los plenos municipales. La nueva redacción del art. 505 es: “ Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembro de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos, impidiendo el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

De acuerdo a la tipificación, no es necesario que exista relación con hechos terroristas ya que se castigan dos conductas distintas: de un lado, la perturbación grave del orden de los Plenos con la consecuencia de imposibilitar el desarrollo del orden del día o la adopción de acuerdos. Y de otro lado, causar desórdenes para expresar el apoyo a organizaciones terroristas. En ambos casos el legislador equipara la pena, contraviniendo el principio de proporcionalidad por las siguientes razones:

En la primera de las hipótesis, al no existir conexión con el terrorismo, pueden haber perturbaciones de cualquier índole, como por ejemplo, “la presión que se quiere ejercer sobre una Corporación para que condene, o no condene, un hecho terrorista, pero también si la perturbación tiene su origen en un problema urbanístico”²⁸². Además no se especifica la forma a través de la cual puede “peturbarse gravemente”, no se sabe si el legislador se refiere al solo uso de la violencia física o también de la verbal. Parece ser que bastaría con meros silbidos y protestas sonoras durante el Pleno, que impidieran el desarrollo del orden del día o adoptar acuerdos, para caer bajo este supuesto. En la segunda de las hipótesis, se habla de “desórdenes”, equiparándoles a las “perturbaciones graves” en cuanto a la penalidad, por el solo hecho de concurrir en tal desorden, la finalidad de apoyar a organizaciones terroristas. A este respecto

²⁷⁹ Infra Cap.VII, punto III, 6. *Disposiciones comunes*, 6.2.

²⁸⁰ En este sentido, LAMARCA, C. 2001, pp.105-106.

²⁸¹ Infra Cap. VI, Apdo. 3º, Sujeto Pasivo y Cap. VII, Leg. Española, Tipos cualificados (art. 572).

²⁸² LAMARCA, C. 2001, p. 105.

cabe destacar que, un mero desorden es calificado como delito por el solo hecho de concurrir el elemento subjetivo teleológico, lo que demuestra una especie de castigo por “la intención” de sus autores. Parece ser que más que el “desorden” en el Pleno lo que se quisiera castigar penalmente es la manifestación de apoyo a organizaciones terroristas, conducta atípica que ni siquiera puede ser calificada como apología, ya que la “exaltación del terrorismo” requiere ser realizada en un medio de expresión pública.

El principio de proporcionalidad queda en entredicho, pues, como indica GIMBERNAT: “a cualquiera se le alcanza... y por ello los distintos supuestos deben ser castigados diferenciadamente” ya que no es lo mismo “invadir violentamente el Palacio de La Moncloa durante una reunión de Gabinete, que provocar una alteración del orden público en el pleno de un pequeño municipio vasco”²⁸³. Se está protegiendo de manera desigual a las instituciones estatales, en favor de las Corporaciones Locales, p.ej. si se causaren desórdenes a fin de mostrar apoyo a las organizaciones terroristas en una sesión del Parlamento de la Nación, la conducta podría subsumirse en el art. 497.2 cuya sanción es la de multa de seis a doce meses; mientras que si tales desórdenes se causan en una corporación local, la conducta es encuadrable en el art. 505, cuya pena es de seis meses a un año de prisión.

La verdad es que no parece acertada la reforma al art. 505, y cabría preguntarse qué es lo que en realidad se está tratando de criminalizar, por que si a esta reforma añadimos la que en ámbitos similares había hecho el legislador en 1998, podremos comprender de manera más global cuáles han sido exactamente los planteamientos político criminales. La LO 2/1998 modificó el art. 514 del CP para castigar la celebración de reuniones o manifestaciones que hubieren sido prohibidas o suspendidas por la autoridad, y modificó el art. 170 sancionando a los que reclamaren públicamente la comisión de acciones violentas por parte de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas²⁸⁴. Esto conduce a pensar que el derecho penal estaría siendo utilizado como arma en contra de la disidencia política, violenta o no violenta, porque no parece tener sentido sancionar penalmente conductas que perfectamente pueden ser observadas y prevenidas desde el campo administrativo, en concreto aquellas a que se refieren los arts. 505 y 514 CP. O lisa y llanamente ser consideradas atípicas porque ni siquiera encuadran dentro de lo que clásicamente se considera apología, en concreto, la descrita en el art. 170 CP.

b) Ley de Responsabilidad Penal del menor.

La LO 5/ 2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores²⁸⁵ ha sido denominada como “la decisión político-criminal más importante de la democracia”²⁸⁶. Ello porque se habría abandonado la tradicional postura legislativa de carácter paternalista, encarando el problema de la delincuencia juvenil de lleno: de un lado, se exige responsabilidad penal en la medida de la capacidad de los sujetos, y de otro lado buscaría la resocialización²⁸⁷. Por ello es que resulta incomprensible que dicho texto legal hubiere sido modificado, por la LO 7/2000 de 23 diciembre, antes de su entrada en vigencia (prevista para enero del año 2001)²⁸⁸, y

²⁸³ GIMBERNAT, E. “¿Terrorismo sin terroristas?”, artículo publicado en *El Mundo*, 14-9-2000. Cabe destacar que el Anteproyecto de Ley sí distinguía en la aplicación de la pena, en función del resultado producido. En concreto, el texto del art. 505 que se proponía establecía expresamente que si la perturbación no era grave, la pena impuesta sería la de multa de seis a doce meses. Véase *Anteproyecto de modificación de ley...*, ob. cit.

²⁸⁴ Infra Cap. VII, punto III, 2.2.- *Delitos de lesión a las personas...* (art. 572.1 n°3 CP español).

²⁸⁴ Infra Cap. VII.

²⁸⁵ Ella nació por imperativo de la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; por la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y por el artículo 19 del CP.

²⁸⁶ LAMARCA, C. 2001, p.106.

²⁸⁷ En esta opinión, LAMARCA, C. 2001, p.106.

²⁸⁸ Como gráficamente critica MANZANARES: “una intervención quirúrgica sobre un feto aún en el seno materno”. MANZANARES, J.L. 20001, marg. 1015.

solo para los casos de terrorismo. Indudablemente y como expone Carmen LAMARCA: “si hay un sector de la población que tiene mayores derechos y posibilidades de lograr su plena integración social...es el de las personas comprendidas entre los catorce y los dieciocho años”. No vemos cuál sea la razón para excluir de esta afirmación a menores que protagonizan actos de “terrorismo impropio” y que no son sino actos de violencia callejera, que por muy graves que fueren no pueden compararse con los que protagonizan las organizaciones terroristas.

La reforma a la LORPM ha supuesto un tratamiento diferenciado y especial para esta clase de menores, contemplando excepciones tanto en lo procesal como en lo penal:

i) Conforme a lo señalado por la Disposición adicional cuarta de la LO 7/2000, se excluye de la aplicación de la LORPM a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno cuando se tratare de la comisión de cierta clase de delitos, entre ellos, delitos de terrorismo, por remisión expresa de la norma a los arts. 571 a 580 CP. No parece acertada la alusión a este último (art. 580), ya que no tipifica delito alguno.

ii) La LORPM se aplica a los menores de dieciocho años a quienes se impute un delito de terrorismo, con las siguientes excepciones:

En primer lugar, en lo sustantivo procesal, se produce una alteración en las reglas generales de competencia, pasando dichos jóvenes a ser juzgados por la AN. Se crea a estos efectos un Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional, lo que supone hacer prevalecer el criterio de la naturaleza del delito cometido, en lugar del criterio de la edad, que es el general para los casos de menores²⁸⁹. Así las cosas, se sacrifica el principio básico de la Ley de Menores relativo al “superior interés del menor”, pasando a sustituirlo por el “interés del Estado” en reprimir los actos de terrorismo. Es también la AN la que controla la ejecución de la detención preventiva y de las medidas cautelares de internamiento, siendo de aplicación preferente sobre las impuestas por otros Jueces o Salas de Menores. Tal ejecución se llevará a cabo por establecimientos y personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la AN. A ello se une la expresa prohibición de acumular los procesos incoados en la AN con otros procesos seguidos ante Jueces de Menores comunes²⁹⁰.

La creación de este Juzgado Central de Menores en la AN supone asimismo extender la competencia de un tribunal de excepción. Como se verá, la constitucionalidad de la Audiencia Nacional fue discutida en su momento por una supuesta contradicción con el derecho al juez natural y el principio de inmediación (art. 14 CE), así como con el principio de igualdad ante la ley (art. 24.2 CE)²⁹¹. Y si bien es cierto su constitucionalidad fue declarada por STC 1999/1987 de 16 de diciembre, no parece adecuado que menores de edad puedan ver vulnerado su derecho al juez ordinario. Entendemos que la legislación de menores cuenta con armas suficientes como para hacer frente a los actos de violencia protagonizados por jóvenes.

En segundo lugar, en lo sustantivo penal, cabe destacar que el art. 5a de la LO 5/2000, permite aplicar judicialmente, en “supuestos de extrema gravedad”, la medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. A los

²⁸⁹ LAMARCA, C. 2001, p. 106.

²⁹⁰ Disposición Adicional Cuarta, 2. de LO 7/2000.

²⁹¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. “*Democracia Autoritaria y Administración de Justicia en España*”, en PÉREZ MARIÑO (comp.) *Justicia y Delito*, Madrid, 1982, p.20; MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, pp.96-97; LAMARCA, Carmen. “*La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*”, en ADPCP, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988, esp. p.980; la misma “*Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*”, en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 7, abril de 1993 c), pp.11-15. pp.12-13; SERRANO PIEDECASAS. 1988, p.213. Ampliamente, *Infra Cap. V, II.2.- La legislación española... 2.- La normativa antiterrorista en el gobierno democrático, 2.a.- La incorporación de los delitos de terrorismo a la legislación penal común y creación de la Audiencia Nacional.*

efectos de este artículo, se entenderán supuestos de extrema gravedad, “...en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas...”.

De tal suerte que en los casos de terrorismo realizados por menores de 18 años y mayores de 16, tal medida resulta obligatoria. La LO 7/2000 vino a especificar que tal medida procede “en los casos de los arts. 138,139,179,180, 571 a 580 del CP y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años”. Y aumenta el tiempo de internamiento en régimen cerrado, estableciendo uno a ocho años, que deberá complementarse, en su caso, con la medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años (Disp. Adicional Cuarta, nº2, c). Así las cosas, podemos encontrarnos ante la incongruencia de castigar mas severamente la comisión, p.ej. de un delito de terrorismo de daños en las cosas o incluso de una breve y circunstanciada apología de un preso por delitos de terrorismo, que de un delito común contra la vida e integridad corporal²⁹². Ello supone una infracción a los principios de lesividad y proporcionalidad.

Por otra parte, prácticamente es la misma pena que se establece para los “adultos” integrados o colaborando con banda armada, cuando cometieren los delitos de lesiones leves, detenciones ilegales, amenazas o coacciones (art. 572.1, nº3), con lo cual vuelve a sacrificarse el principio básico de la LORPM, el “interés superior del menor”.

Parece necesario recordar, una vez más, que estamos hablando de personas entre 16 y 18 años, jóvenes, incluso “niños” a los cuales puede privarse de libertad durante un lapso de ocho años, en circunstancias que la previsión legal general es de cinco años. Esto pone de manifiesto, como advierte MANZANARES SAMANIEGO²⁹³ la “diferencia de trato...claramente excesiva” según hayan cumplido o no los 18 años, considerando además que “de un día o de unas horas puede depender la reducción de una buena parte de la condena de privación de libertad”. En supuestos no graves, y según lo expresa esta misma disposición adicional, puede procederse a la modificación, suspensión o sustitución de la medida de internamiento impuesta, cuando haya transcurrido al menos la mitad de su duración, lo que supondría un máximo de cuatro años de cumplimiento de la misma. Huelga decir que no parece acertada la alusión a la “suspensión” ya que ella supone la no ejecución de la pena, de manera tal que mal puede proceder una suspensión cuando el menor se encuentra cumpliendo la medida de internamiento.

Es probable que, como sugería MANZANARES²⁹⁴ al Proyecto de ley, más atinado hubiese sido no aumentar el internamiento a ocho años, sino elevar el límite máximo de internamiento teniendo en cuenta la entidad de la pena básica correspondiente al delito cometido por un adulto, y siempre que ella fuere muy grave. Esto supondría excluir del internamiento a los delitos de terrorismo con penas de escasa entidad, p. ej. la apología del terrorismo a que se refiere el nuevo art. 578 CP.

Mas acertado parece haber sido castigar diferenciadamente a los menores de 16 años que cometen delitos de terrorismo, a quienes correspondería un internamiento de uno a cuatro años, complementado, en su caso, con libertad vigilada de hasta tres años. Lo que no deja de suponer un tratamiento agravatorio para verdaderos niños. Por último, el trato excepcional a los menores que cometerían delitos de terrorismo, se manifiesta en que en su caso la prescripción de los hechos y medidas se rigen por los plazos establecidos en el CP y no en la LORPM.

²⁹² En este sentido, LAMARCA, C. 2001, p.107, MANZANARES, 2000, marg. 1016.

²⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, 2000, marg. 1015. No obstante, el autor, no se opone a la agravación de la repuesta penal “a los terroristas de edad próxima a los dieciocho años” mpor que ello “no solo es un imperativo de justicia y defensa social, sino también una consecuencia de la generalizada lenidad del legislador español en esta materia”.

²⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, 2000, marg. 1016.

2.b.- En el ámbito procesal penal. Suspensión de derechos fundamentales.-

En la *legislación chilena* la excepcionalidad procesal se encuentra establecida principalmente en el texto constitucional y en la Ley 18.314. La reforma introducida a esta última por las leyes 19.027 y 19.047 de 1991 ha sido hasta ahora una de las más importantes, desde que declaró competentes para conocer de estos delitos a la justicia ordinaria en lugar de la militar. Reforma loable y más que necesaria, porque vino a restablecer el imperio de los principios básicos de un procedimiento imparcial y justo al privar a la justicia militar del conocimiento de estos delitos cuando fueren cometidos por civiles²⁹⁵, aunque mantuvo otras instituciones como las facultades especiales otorgadas a la autoridad administrativa y policial, modificándolas en el sentido de establecer un procedimiento que intenta resguardar los derechos del detenido.

Es importante destacar, asimismo, la profunda reforma efectuada por la Ley Orgánica N° 19.696 de 12 de octubre del 2000²⁹⁶ que pone en marcha un nuevo Código Procesal Penal. De manera tal que afecta a la regulación procesal del terrorismo en todo lo que no estuviere expresamente contemplado tanto en la Constitución, como en la ley especial que regula tales delitos.

La ley 19.696 implica un avance en materia de garantismo al hacer transitar al procedimiento desde un sistema penal de carácter netamente inquisitivo a uno acusatorio. Su entrada en vigencia ha sido supeditada a los plazos que establece el art. 4° transitorio de la Ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, plazos que varían en función del ámbito territorial en que se aplicare. Su vigencia definitiva para todo el territorio nacional está prevista para el año 2003. Teniendo en cuenta esto, nos remitiremos en este examen a lo previsto por el actual CPP, intentando comparar sucintamente y cuando se requiriere, con lo dispuesto en el NCPP.

En la *legislación española* la competencia para conocer y juzgar delitos de terrorismo se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, cuya naturaleza (tribunal ordinario o especial) ha sido objeto de fuerte polémica doctrinal²⁹⁷. Tal atribución proviene de una disposición transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo a la LECrim, disposición que se ha transformado en los hechos en una norma permanente y, que a su vez es heredada del art. 11 de la antigua LO 9/1984²⁹⁸. La reforma introducida por la LO 4/1988 trajo como consecuencia una duplicación de los poderes instructorios y la instauración de un sistema doble de persecución: judicial y policial. Las facultades del juez se vieron limitadas con un evidente favorecimiento a la *razón del Estado*. Características de esta normativa son: el refuerzo de la intervención del Ministerio Fiscal, el recorte del derecho a defensa y el potenciamiento de los poderes policiales a quienes se les dota de amplias facultades represivas²⁹⁹.

En los siguientes párrafos analizaremos las instituciones más importantes de la excepcionalidad en materia procesal en las legislaciones de España y Chile³⁰⁰.

2.b.1. - La detención.

²⁹⁵Solo de manera excepcional los delitos de terrorismo pueden ser de competencia de los tribunales militares: cuando en su perpetración intervinieren militares o miembros del cuerpo de carabineros, o éstos y civiles. Además, los tribunales militares mantienen competencia para el juzgamiento de civiles, en los delitos de maltrato de obra a carabineros, atentado contra los mismos y atentado contra miembro de las Fuerzas Armadas, arts. 416, 416 bis y 282 bis del CJM. Mas ampliamente, infra Cap. V.

²⁹⁶ *Diario Oficial* de 12 de octubre de 2000.

²⁹⁷ Mas ampliamente Cap. V.

²⁹⁸ Es esta una manifestación patente de la excepcionalidad introducida en la legislación ordinaria.

²⁹⁹ TERRADILLOS, J. 1988, 97-98.

³⁰⁰ Véase también, infra Cap. V, II.1, *1.b. El terrorismo bajo el régimen constitucional autoritario*; 2. *Marco legal...*, 2.2. *Aspectos procesales*.

En la *legislación chilena* la restricción de derechos fundamentales, similar al caso español, se encuentra consagrada a nivel constitucional, además de la ley ordinaria y la especial: arts. 19 n°7 letra c) de la CPRCH, art. 270 bis, 272, 272 bis del CPP y arts. 11 y 12 de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

La regla general es que una vez que una persona es detenida por la policía sea puesta a disposición del tribunal competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, salvo que se trate de un delito flagrante, en cuyo caso el plazo es de 24 hrs. (arts.19 n° 7 letra c CPRCH, 270 bis CPP) El juez puede ampliar este plazo a un total de cinco días mediante resolución fundada (art. 272 CPP). Si se tratare de conductas terroristas el plazo puede ampliarse hasta un total de diez días (art. 19 letra c) de la CPRCH, 272 bis del CPP y art. 11 de la ley 18.314)³⁰¹.

A este respecto la doctrina mayoritaria se ha mostrado fuertemente crítica, coincidiendo en que la eficacia de la investigación policial y la efectividad de la investigación, se hacen primar en desmedro una garantía constitucional. La norma es potencialmente aplicable a todos los ciudadanos, sin que olvidemos que la calificación de un hecho o una persona como terrorista, durante la detención corresponde a la Policía. Por otra parte si la ley chilena establece como fundamento material de la prórroga de plazo, entre otras, la necesidad en el avance de la investigación, no se ve en modo alguno, cómo se puede avanzar en la investigación cuando el detenido es privado de su derecho a comparecer ante el juez a prestar su declaración indagatoria. Declaración, o confesión en su caso, que como se sabe, es la única que tiene valor probatorio, y más aún, cuando es el juez quien tiene la responsabilidad de interrogar al detenido³⁰². ¿Qué sentido tiene que el “terrorista” - calificado así por los organismos policiales- permanezca diez días en un cuartel, si la declaración que en él presta no tiene mas valor probatorio que una mera presunción de acuerdo a la ley?. La única declaración que tiene el valor de plena prueba es la confesión presta “libre y conscientemente” ante el juez de la causa (art. 481 del CPP).

La ampliación de la detención se transforma en un puente directo hacia la práctica de procedimientos fuera de la ley por parte de los organismos policiales para obtener la confesión del detenido, práctica que fue frecuente en tiempos de dictadura militar³⁰³. Con la regulación establecida por el NCPP³⁰⁴, esto queda mas claro aún desde que se prohíben expresamente para obtener declaraciones, métodos de interrogación que menoscaben o coarten la libertad del imputado, y “cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño..” (art. 195 NCPP).

Pero el CPP y la ley 18.314 contemplan un resguardo a la garantía de la integridad física del detenido: la obligación del juez de ordenar, al ampliar el plazo de detención, que éste sea examinado por un médico designado por el tribunal. Este nombramiento no puede recaer en ningún funcionario que pertenezca *al organismo policial que efectuó la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido* (art. 272 bis CPP). Extrañamente, y según nuestra interpretación, *sí puede ser un médico perteneciente a otro organismo policial*, toda vez que el texto legal no se ocupa de indicar que esta facultad corresponde a los facultativos del Servicio Médico Legal, institución que el legislador reconoce como autorizada para el asesoramiento

³⁰¹ El art. 131 del NCPP reduce el plazo máximo de detención a 24 hrs. para todos los casos, y a 12 hrs. en caso de delito flagrante. Estos plazos podrán ampliarse a solicitud del Fiscal hasta por tres días. Elimina, por tanto, el plazo excepcional de 10 días para los casos de terrorismo, lo que sin duda constituye un claro avance en el respeto a los derechos fundamentales. No obstante, esta ampliación sigue vigente en virtud del propio texto constitucional y de la Ley 18.314.

³⁰²En este sentido, GUTIÉRREZ SAHAMOD; 1991, p.12

³⁰³ Durante el régimen militar la ley 18.314 dictada por el general Pinochet facultaba, además de a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, a la Central Nacional de Informaciones (CNI), organismo de inteligencia del Ejército para practicar las detenciones en casos de terrorismo (art. 12 antigua ley 18.314). Posteriormente esta norma no tuvo razón de ser al ser disuelta la CNI cuando asumió el poder el gobierno de la transición democrática.

³⁰⁴ Supra Cap.III

médico legal que las investigaciones judiciales determinen³⁰⁵.

Es justo, empero, reconocer que el legislador chileno ha procurado en alguna medida modificar la ley penal en pro de la protección de los derechos fundamentales. Así por ejemplo, la Ley N° 19.567 de 1 de Julio de 1998 modificó el CPP y el CP en lo relativo a la detención, si bien no se ha referido a las conductas terroristas expresamente, al menos ahora al ser detenida una persona, el funcionario público encargado de practicar la detención debe *informarle verbalmente de la razón de su detención o aprehensión y de los derechos que le asisten*³⁰⁶.

En la *legislación española*, la detención se encuentra consagrada en el art. 520 de la LECrim estableciéndose como regla general, un plazo máximo de duración de la detención de setenta y dos hrs., al cabo de las cuales el individuo ha de ser puesto a disposición del tribunal. Tratándose de delitos de terrorismo este plazo puede ser ampliado hasta un máximo de otras cuarenta y ocho hrs. por solicitud policial motivada (art. 520 bis) y autorizada por el juez por resolución asimismo motivada. El fundamento material de la norma es la necesidad de la investigación y su fundamento constitucional es el art. 55.2 de la CE que establece la posibilidad de restringir derechos o garantías.

Esta norma ha sido objeto de fuertes críticas por la doctrina mayoritaria. Si bien la investigación en los delitos de terrorismo requiere de una acuciosidad mayor que la de los delitos comunes, se ha enfatizado en que la prórroga del tiempo que ha de estar el detenido en manos de la policía puede dar lugar a la comisión de violaciones a los derechos del individuo. Así por ejemplo, el derecho a no declararse culpable, ya que la ampliación de la detención tendría por objeto obtener la confesión del detenido; se corre el riesgo, como expresa TERRADILLOS³⁰⁷ de que se practique la tortura, todo lo cual está en contradicción con los arts. 15 y 24.2 de la CE. El Tribunal constitucional haciendo eco de las numerosas críticas declaró que la citada prórroga solo es procedente en casos *estrictamente necesarios* (STC 199/1987). Por otra parte, esta disposición se encuentra en franca contradicción con el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el art. 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, ambos suscritos y ratificados por España, y con el propio art. 17.2 de la CE.

2.b.2. - La prisión provisional y la excarcelación.

Sabemos que la prisión preventiva es una medida cautelar consistente en la privación de libertad del procesado a objeto de asegurar, en términos generales, el éxito de la investigación y la comparecencia de aquel al juicio. En la *legislación chilena* tal medida *no tiene un plazo máximo* establecido por la ley, como ocurre en el caso español, sino que se deja al arbitrio del juez su duración. Esta regla es de aplicación general para cualquier clase de delito. El NCPP realiza un giro trascendental en esta parte, al abrir la posibilidad de límites máximos, aunque ellos no proceden automáticamente³⁰⁸. El actual CPP chileno en el art. 356, al reconocer el derecho a la libertad provisional de todo procesado preso, indica que: *“la prisión preventiva durará solo lo necesario para el cumplimiento de sus fines”* lo que en términos generales se traduce en asegurar el éxito de las investigaciones del sumario, contrarrestar el peligro para la

³⁰⁵ DFL N° 196 de 4 de abril de 1960, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio Médico Legal. Arts. 2 y 3.

³⁰⁶ Modificación al art. 284 del CPP por ley 19.567 de 1 de Julio de 1998. La misma obligación se contiene en el art. 135 del NCPP, con mayores precisiones, en cumplimiento con el principio de legalidad en materia penal.

³⁰⁷ TERRADILLOS, J. 1988, pp.105-111.

³⁰⁸ De acuerdo a los arts. 145 y 152 del NCPP tales límites máximos serían: seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido (art. 145), o el tiempo correspondiente a la mitad de la duración de la pena que eventualmente correspondiera (art. 152). En ambos casos el Tribunal debe citar de oficio a una audiencia “con el fin de considerar su cesación o prolongación”, lo que significa que la excarcelación no opera automáticamente, como en el caso español, sino que tan solo se abre su posibilidad.

seguridad del ofendido y asimismo de la sociedad³⁰⁹. En el *ordenamiento penal español* la prisión provisional sí tiene un tiempo máximo de duración, establecido por la ley con diferente grado de precisión, siendo su función la de asegurar la efectividad de la ejecución y la presencia del imputado durante el proceso³¹⁰. De esta forma, la excarcelación opera en términos automáticos³¹¹.

La diferencia entre ambas legislaciones radica más que en el límite de la prisión, en algo más fundamental que es el derecho a ser procesado en libertad. La ley española, establece que la prisión preventiva tiene una duración determinada *para todos los casos*, en cambio la ley chilena no establece plazo alguno³¹². La duración de la prisión para los casos comunes queda al arbitrio de la autoridad judicial quien decidirá la conveniencia o inconveniencia de otorgar la libertad provisional al detenido o preso. Tratándose de delitos de mayor gravedad o de reincidencia, la excarcelación es, por regla general, denegada hasta la sentencia definitiva. El tiempo de detención preventiva es siempre considerado para el cómputo de la pena (art. 26 CP).

De todas maneras, la ley penal en Chile niega a priori la excarcelación a los detenidos por delitos de terrorismo. El art. 17 de la ley 18.314 dispone escuetamente: "*Respecto de los delitos contemplados en el artículo 1º no procederá la libertad provisional de los procesados*".

La ley se extralimita en su poder y realiza una interpretación excesivamente amplia de la Constitución (arts. 9 y 19 n°7) contraviniéndola ya que el texto constitucional no niega la libertad provisional de los procesados por delitos de terrorismo, sino que establece una serie de obstáculos para su otorgamiento. En concreto, su art. 19 n°7, letra e) señala que, en caso de que se concediere la libertad en primera instancia, siempre y en todo caso, deberán elevarse los autos en consulta a la Corte de Apelaciones, exigiéndose para que proceda la excarcelación, el acuerdo por unanimidad de los Ministros Titulares. Tal restricción resulta lógica atendida la gravedad de los delitos de que se trata. Y se trata de una "restricción" no de una "prohibición" del ejercicio de tal derecho, como sí lo supone el art. 17 de la ley 18.314. La inconstitucionalidad de este último aparece manifiesta.

Cabe enfatizar que en virtud de la disposición transcrita el procesado permanece privado de libertad hasta su condena, condena que por cierto no suele ser pronta. La lentitud de los procesos por delitos de terrorismo y otras leyes especiales (Ley de Control de Armas y Ley de Seguridad del Estado, más infracciones al Código de Justicia Militar) ha llegado a extremos aberrantes³¹³, pudiendo destacarse que durante todo este tiempo los procesados permanecen

³⁰⁹ Los arts. 139 y 140 del NCPP mantienen esta idea general, introduciendo este último una novedad en relación al "peligro para la sociedad" que pudiere significar la libertad del imputado: el juez, entre otros, deberá considerar "el hecho de haber actuado en grupo o pandilla".

³¹⁰ GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El proceso penal. Tratamiento Jurisprudencial*, Ed. Forum, 1992, pp. pp.452-453.

³¹¹ Cabe destacar que el ahora derogado art. 504 bis de la LECrim permitía *suspender la excarcelación* del procesado preventivo por delito del art. 384 bis, hasta por un mes, por la sola interposición de un recurso por parte del Ministerio Fiscal. Esta disposición conculcaba el principio de igualdad entre las partes al consagrar la "prepotencia" del Ministerio Fiscal, mistificando la naturaleza del proceso al detraer a la autoridad jurisdiccional sus poderes consustanciales de conocimiento. Ampliamente, TERRADILLOS, J.1988, pp.101-104. El art. 504 bis de la LECrim fue *declarado inconstitucional* por STC 71/1994 de 3 de marzo (RTC 1994, 71).

³¹² Como se ha dicho antes, el NCPP sí abre la posibilidad de límites máximos, debiendo considerarse además que, en virtud del art. 145 de dicho texto, la prisión preventiva puede sustituirse de oficio, o a petición de parte por otras medidas cautelares personales, enumeradas en el art. 155 (arresto domiciliario, sujeción a vigilancia de persona o institución determinada, obligación de presentación periódica ante la autoridad, arraigo tanto dentro del país como de una determinada localidad, prohibiciones de asistir a determinados lugares, de comunicarse con determinadas personas o de acercarse al ofendido).

³¹³ Uno de los procesos en los que mayor dilación se observa en las condenas ha sido el iniciado por requerimiento del Ministerio del Interior en contra del *ML*, por infracción a la Ley 18.314, con especial relevancia al delito de asociación ilícita terrorista. El proceso se inició a principios del año 1992, por el requerimiento antes dicho y fue investigado por el Ministro en visita Arnoldo Dreyse (17º Juzgado del Crimen de Santiago, Rol 53.809). Mas de 70 personas fueron procesadas por estos hechos y otros delitos conexos. La causa tiene mas de cuarenta tomos. Recién en el año 1994 se dictó sentencia de primera instancia, momento en el cual la justicia planteó una contienda de

recluidos en prisión preventiva, en régimen penitenciario de carácter cerrado, en un recinto especial. Han sido excepcionales los casos en los que la libertad se declara en un proceso. Ello ocurre cuando quien se encuentra condenado por alguno de los delitos que señala la ley 18.314, ha cumplido completamente o al menos dos tercios de la pena asignada en la sentencia con el tiempo de detención preventiva, y se encuentra ya condenado o procesado por otra ley especial o el Código de Justicia Militar³¹⁴.

2.b.3. -La incomunicación.

La medida de incomunicación en el proceso penal español se concibe como uno de los regímenes de prisión provisional (“prisión provisional incomunicada”). A diferencia, en el derecho chileno, la incomunicación surge como una medida de agravación de la prisión provisional. En términos generales consiste en el aislamiento total del imputado del resto de la población penal, de sus familiares y amigos a objeto de evitar el fracaso en las investigaciones del sumario, lo que puede ocurrir a través de una alteración de las pruebas destinadas a demostrar el hecho punible.

En la *legislación chilena* la incomunicación está regulada en los arts. 298 y ss. , 293, 272 bis y 298 del CPP) y art. 19 n°7 letra d) de la Constitución Política de la República en relación con el art. 150 n°1 del Código Penal. La competencia para la aplicación de esta medida corresponde al juez a cuya disposición es puesto el detenido, o el juez que conoce de la causa (art. 298 del CPP). Puede ser decretada: a) durante la detención, que es practicada por los servicios de policía (art. 299 CPP y 11 de la ley 18.314), o bien b) durante la prisión preventiva.

El mayor peligro radica precisamente en lo que en el derecho chileno es *regla general*: que la incomunicación se decreta *durante la detención*, esto es, *antes de que el detenido sea puesto a disposición del tribunal*, o una vez puesto a disposición del mismo, dentro del plazo que tiene el juez para determinar si le deja en libertad o le somete a proceso, esto es, cuarenta y ocho horas o cinco días según se amplíe o no el plazo de detención.

La incomunicación durará *todo el tiempo de la detención, esto es, en casos normales cuarenta y ocho horas o cinco días* (art. 299CPP). Pero si la detención se convierte en prisión preventiva, la incomunicación podrá prolongarse hasta completar el término de *diez días*. En caso de que se investigaren *conductas de carácter terrorista*, la incomunicación puede durar: los diez días de la detención en manos de la policía, sumado a otros cinco días más cuando el detenido es puesto a disposición del tribunal si este le somete a proceso y decide prolongar la incomunicación. Vale decir: un total de *quince días e incluso veinte si se decreta una nueva incomunicación* (art. 299 en relación con art. 272 bis del CPP (relativo a la ampliación del plazo de detención). Cabe destacar que en virtud de una puerta abierta que deja el art. 300 CPP existe *la posibilidad a que se decreten indefinidamente “nuevas incomunicaciones”, al no establecer un plazo límite*. Esta norma ha sido utilizada para casos de terrorismo en los que las incomunicaciones se han prolongado en forma extrema, especialmente en la época del régimen militar. Con todo, creemos que tratándose de la afectación de derechos fundamentales las

competencia ante la Corte Suprema. En 1997 el más alto Tribunal declaró competente para conocer del proceso a la justicia militar, aún en contra de la propia ley 18.314 que establece jurisdicción ordinaria para este tipo de delitos. El proceso recayó en la IV Fiscalía Militar de Santiago, Rol 94-97. Con una evidente violación al principio del non bis in ídem se dio la razón a la justicia militar toda vez que ésta investigaba los mismos hechos pero calificados conforme al art. 8° de la Ley de Control de Armas (formación de grupos de combate para el cual la sanción es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, de cinco años y un día a veinte años), cuyo conocimiento le compete en virtud del art. 20 e) de la ley 17.798 sobre control de armas y explosivos. No hay razón material que justifique el traspaso de competencia toda vez que los ya sentenciados en primera instancia por la justicia civil lo habían sido precisamente por asociación ilícita terrorista, además de otros delitos de similar índole. Hasta el año 1999 no se había dictado sentencia definitiva. La mayoría de los procesados permanecen privados de libertad desde marzo de 1992.

³¹⁴ En esta situación se encuentran L.R.R., U.B.G., J.A.A., J.T.O, P.M.F.; entre otros, tras la Sentencia de primera instancia, en el Proceso Rol 53.809, señalado en la nota anterior. S. de 28.01.94, dictada por el Ministro en visita Sr. Arnoldo Dreyse, fjs. 8.411-8.261.

normas penales deben ser interpretadas restrictivamente para que se ajusten al texto constitucional. Esta misma interpretación creemos debe hacerse en el caso de una norma análoga existente en la LECrim española.

A partir de la modificación introducida en 1998 la ley penal establece un resguardo para el detenido, sea incomunicado o no. El Código Penal en sus arts. 150 y 150.A sancionan expresamente al funcionario que prolongare indebidamente una incomunicación o arrestare a una persona en un lugar distinto de los señalados por la ley, o practicare en la persona privada de libertad apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere en su aplicación, con penas de presidio, y también la conducta omisiva del funcionario que tomando conocimiento de la comisión de dichos delitos no las impidiere o hiciere cesar, *teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello*.

En este lineamiento garantista, afortunadamente, el NCPP parece traer un avance en esta materia al establecer en su art. 151, que la “prohibición de comunicaciones” debe ser declarada siempre judicialmente, no pudiendo exceder de diez días de duración, ni impedir el acceso del imputado a su abogado ni al tribunal. Tampoco se podrá restringir el acceso a la atención médica.

Pero pese a los intentos del legislador por resguardar los derechos del detenido, seguimos sosteniendo la sinrazón de mantener a una persona privada de libertad hasta por diez días en un cuartel policial, como ocurre en los casos de terrorismo. ¿Qué sentido tiene mantenerle allí si la declaración que preste ante los organismos policiales no tiene valor de plena prueba y solo constituye una presunción?. Es la confesión prestada ante el juez la que adquiere el carácter de plena prueba. Cabe destacar en este sentido la novedad introducida en el NCPP, cuyo art. 102 establece que la policía solo podrá interrogar al imputado en presencia de su defensor, y si éste no estuviere, las preguntas deben limitarse a constatar la identidad del sujeto. No existe, en principio, razones para excluir a los casos de terrorismo, de esta normativa, de donde resulta que la mencionada ampliación del plazo a diez días carece más todavía de sentido. Si el imputado, terrorista o no, solo puede ser interrogado en presencia de su defensor, ¿cuál es la razón para mantenerle diez días en manos de la policía?. Parece ser que todo apunta a una reforma urgente de la ley antiterrorista.

A diferencia de lo que ocurre en legislación española, que veremos seguidamente, la legislación chilena no contempla restricciones al derecho a defensa, pues el detenido incomunicado *tiene el derecho a comunicar el hecho de la detención a familiares y asimilados* (art. 293 inciso 2° del CPP), *a designar libremente abogado* para su defensa (art. 278 inciso 2° del CPP), y a entrevistarse con su abogado en los términos que indica la ley (en presencia del juez, art. 303 del CPP). Tales garantías fueron introducidas por la ley 19.567 de 1 de Julio de 1998³¹⁵ y se mantienen en términos similares en el art. 102 del NCPP.

En la **legislación española**, la institución de la incomunicación está regulada en los arts. 506 y ss. , 520, 520 bis y 527 de la LECrim en relación con el art. 531 del CP. *Por regla general* la incomunicación es decretada por el juez de instrucción *durante la prisión provisional*, esto es,

³¹⁵ La ley 19.567 de 1 de julio de 1998 dispuso que el detenido o preso, aunque se encuentre incomunicado tiene derecho a que, *en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios mas expeditos posibles* se informe a su familia, a su abogado o a la persona que indique, del hecho y la causa de su detención o prisión. El aviso deberá darlo el encargado de la guardia, del recinto policial al cual fue conducido, o el secretario del tribunal ante el cual fue puesto a disposición. *La negativa o retardo injustificado* en el cumplimiento de esta norma por parte de los funcionarios policiales *será sancionado disciplinariamente* con suspensión del cargo. Una disposición similar se contiene en el RP de 1998 en relación a los traslados que eventualmente pueden ser objeto los prisioneros. No obstante la consagración de esta normativa que tiende a garantizar los derechos de las personas, la práctica ha demostrado en varias ocasiones que la autoridad administrativa la incumple. Así por ejemplo, en los traslados que se han producido desde la Cárcel de Alta Seguridad, la regla general es que a los detenidos y condenados se les restrinja este derecho (Vrg. Hechos de 6 de febrero de 1999, que motivó la presentación de recursos de amparo y otras acciones judiciales ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por parte de abogados de derechos humanos reclamando además de la privación de este derecho, la aplicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes a los reclusos).

cuando el detenido ya ha sido puesto a disposición del tribunal correspondiente. *La excepción* es que esta medida se decreta *durante la detención*, es decir, *antes de que el detenido sea puesto a disposición del tribunal*. El art. 520 de LECrim dispone que tratándose de los *delitos de terrorismo* se podrá solicitar al juez que decreta la incomunicación del detenido antes de ser presentado al tribunal, cuando se encuentra en manos de la policía. Aunque el TC haya enfatizado que la incomunicación debe quedar en todo momento, sometida al juez (STC de 16-12-87), existe el peligro de que mientras el juez no se pronuncie, el decreto de incomunicación queda automáticamente en manos de la autoridad administrativa (policial)³¹⁶.

La incomunicación por regla general dura cinco días, luego de los cuales el juez podría decretar una segunda incomunicación cuyo límite máximo son tres días (arts.506 y 508 LECrim), es decir, un *máximo de ocho días*. La excepción a esta regla viene a establecerla el artículo 507 al contemplar en caso de necesidad de practicar diligencias fuera de la península o a larga distancia un *plazo “prudencialmente necesario”* para evitar la confabulación. Esta disposición, al igual que en el caso chileno, reviste un peligro en sí misma pues no establece un límite máximo, dejándolo al arbitrio del juez, es decir, se deja abierta la posibilidad para incomunicar a una persona incluso durante todo el tiempo que dure la prisión provisional, si las diligencias que hubieren de realizarse fuera de la península tardasen dicho lapso de tiempo. Se violenta con esto el principio de la seguridad jurídica, derecho de todo ciudadano, libre o en prisión. No obstante creemos que tratándose de la afectación de derechos fundamentales la interpretación de la ley debe ser restrictiva para su adecuación con el texto constitucional.

El régimen de la incomunicación consiste, por una parte, en una limitación a los derechos del detenido o preso reconocidos en el art. 520 de LECrim, y por la otra en la evitación de la comunicación del imputado con el exterior. Dentro de la limitación de derechos el art. 527 LECrim contempla limitaciones al derecho a defensa pues el detenido incomunicado no tiene derecho a designar libremente abogado que le asista, sino que éste debe ser el que corresponda por el turno de oficio de asistencia al detenido. (art. 527. a), y no puede entrevistarse reservadamente con el Abogado, después de las diligencias de declaración o reconocimiento de identidad. (art. 527.b). El detenido además no tiene derecho a que se comunique el hecho de la detención a familiares o asimilados.(art. 527.c).

Estas limitaciones constituyen violaciones a instrumentos de derecho internacional: Por una parte al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (art.6 numeral 3 c), y por la otra al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 (art. 14 numeral 3b). Ambos han sido ratificados por España³¹⁷. Se contradice también la Constitución Política conforme a la cual (art. 10.2 CE) las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Toda forma de comunicación que no sea la descrita por la LECrim, a través del juez, (incluso con el abogado, salvo la especial regulación de asistencia al detenido en estos casos) está prohibida (art. 527 en relación con los arts. 523 y 524 de LECrim).

2.b.4. - Entrada y registro domiciliarios.

En Chile, la entrada y registro domiciliarios se encuentran regulados para todos los supuestos en los arts. 156 a 172 del CPP. Los deseos del gobierno de la transición por garantizar

³¹⁶ En este sentido, TERRADILLOS, J. 1988, pp.110-111

³¹⁷ España ha ratificado el Convenio Europeo el 26 de Septiembre de 1977, y de conformidad con el art. 64 del mismo realizó algunas reservas dentro de las cuales no se refiere en parte alguna a este derecho. Con fecha 13 de Abril de 1977 ratificó el PIDCP.

un derecho penal mínimo, a nuestro juicio, han tenido un carácter contradictorio siendo esta institución una de sus manifestaciones. Si bien la ley 19.027 de enero de 1991, por una parte suprimió la competencia de la justicia militar para conocer de los delitos de terrorismo, por la otra se introdujeron nuevas normas que dotan de amplias facultades a la policía para efectuar registros domiciliarios. La ley 19.077 de 28 de agosto de 1991 agregó tres incisos al art. 156 del CPP en virtud de los cuales la policía puede registrar, en caso de delito flagrante, sin necesidad de mandamiento judicial. Tampoco hay sujeción a autoridad administrativa alguna. La evaluación del caso corresponde, en rigor, a la propia policía. Una norma similar se contiene en el art. 206 del NCPP.

La ley 18.314 sobre conductas terroristas (art. 13) faculta a los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, sin necesidad de mandato judicial, para la detención de presuntos implicados en delitos de terrorismo, al registro domiciliario, la incautación de los efectos o instrumentos en el lugar del registro. Cabe señalar que la orden previa para esta diligencia corresponde a la autoridad administrativa (Ministerio del Interior, Intendente, Gobernadores o Comandantes de Guarnición). La reforma introducida por la ley 19.027 mencionada no priva la autoridad administrativa de esta intervención, simplemente se limitó a indicar que ella procedía "cuando el recarlo previamente (mandato judicial) pudiere frustrar el éxito de la diligencia".

La regla general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en *España* es que esta excepción al derecho a la inviolabilidad de domicilio se haga previa resolución judicial (art. 546 LECrim). La autoridad policial está facultada para efectuar esta diligencia por el art. 563 de la LECrim. No obstante el art. 553 de la misma ley admite que el registro de domicilio puedan producirse sin mandamiento judicial, en casos de necesidad urgente y excepcional, para el efecto de practicar la detención de presuntos involucrados en delitos de terrorismo.

La doctrina ha criticado esta norma señalando que con ella se pretende ampliar la discrecionalidad policial, y la "excepcionalidad" que requiere satisfacer el supuesto de la disposición es un término de difícil delimitación. Se ha señalado que esta norma violenta el principio de la inviolabilidad de domicilio al no darse ninguno de los supuestos del art. 18.2 de la CE, y el principio de judicialidad, ya que la evaluación de la "excepcionalidad y urgencia del caso" pertenece a autoridad administrativa³¹⁸.

2.b.5. - Intervención y observación en las comunicaciones.

En la *ley penal en Chile*, la intervención en las comunicaciones está regulada de manera general en el art. 176 del CPP. Se exige mandato judicial y puede decretarse tanto para el procesado como para el inculpado³¹⁹. El artículo 14 de la ley 18.314 confiere facultativamente la posibilidad al juez para interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones "telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica", para el caso del sujeto sometido a proceso³²⁰. La adopción de tales medidas deben elevarse en consulta a la Corte de Apelaciones, lo que supone un resguardo a los derechos del procesado. Pero también la ley faculta a la autoridad administrativa para solicitar esta intervención y el registro de comunicaciones privadas tratándose de personas que ni siquiera han adquirido la categoría de inculpado³²¹.

³¹⁸ Por todos, TERRADILLOS, J.1988, pp.111-114.

³¹⁹ El NCPP lo hace en el art. 218, estableciendo que la "retención e incautación de la correspondencia" del imputado procede a petición del fiscal y por resolución judicial fundada. Se es imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (art. 7 NCPPP).

³²⁰ El proyecto de ley de 22 de enero de 1997 que modifica la ley 18.314, pretendía consagrar un nuevo art. 14 otorgándole la facultad al juez para intervenir las comunicaciones pero también a la facultad a la autoridad administrativa para solicitar esta medida. Con la modificación propuesta se ampliaba la intervención a *toda forma de comunicación*, amplitud que conduciría a una fundada inseguridad jurídica. En base a esta norma podrían llegar a utilizarse instrumentos de vigilancia que atenten contra el derecho a la intimidad (cámaras de TV. micrófonos etc.).

³²¹ Mas ampliamente, infra Cap.V.

El art. 14 actual establece una limitación al indicar taxativamente quienes son las autoridades que pueden solicitar la intervención: "Asimismo el Ministerio del Interior, los Intendentes, los Gobernadores y los Comandantes de Guarnición podrán solicitar la interceptación, la apertura o registro de las comunicaciones, registros privados o la observación, *por cualquier medio*, de personas respecto de las cuales existan *fundadas sospechas de la comisión o preparación de delitos que constituyan conductas terroristas*" (art.14 inc.2). Corresponde resolver la petición al juez que instruye el proceso, mediante resolución fundada la que se dictará *sin conocimiento del afectado* (inc.3°). La medida no puede exceder de treinta días³²². Resultan excluidos de la aplicación de estas medidas ciertas autoridades como por ejemplo, Ministros de Estado, Subsecretarios, parlamentarios, jueces, miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, el Contralor General de la República, los Generales y Almirantes³²³.

En suma, esta norma vacía de contenido al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar y de toda otra forma de comunicación privada (art. 19 n°5 CPRCH).

En *España*, esta suspensión de derechos procede, al igual que las anteriores en esta legislación, en virtud de la autorización que otorga el art. 55.2 CE. El art. 579.4 de la LECrim se refiere expresamente a los delitos de terrorismo facultando a la autoridad administrativa (Ministerio del Interior o Director de la Seguridad del Estado) para ordenar por un plazo de tres meses prorrogables por iguales períodos la intervención en las comunicaciones.

La doctrina ha objetado que este precepto no hace sino recoger el espíritu del anterior art. 17 de la LO 9 /1984, pudiendo ser objeto de la citada observación las comunicaciones de las personas que presenten indicios de responsabilidad criminal así como las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos³²⁴. El Tribunal Constitucional en STC de 16 de Dic. de 1987 ha interpretado esta disposición señalando que ha de haber constancia de que se trata de comunicaciones de las que los sujetos se vienen sirviendo. Pero advierte que la relación entre los números 3 (para cualquier caso) y 4 (para el caso de delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes) del precepto tienen una orientación político criminal distinta, pudiendo dar lugar a situaciones abiertamente contradictorias.

Para intervenir las comunicaciones telefónicas del procesado se requiere resolución judicial motivada, pero la observación de esas mismas comunicaciones, que es una conducta idéntica a la anterior, durante un tiempo indefinido (la ley establece la posibilidad de prórrogas por tres meses sin establecer un límite máximo) puede versar no solo sobre las del procesado sino también sobre aquellos de los que levemente se sospeche responsabilidad criminal, e incluso con terceros³²⁵. A ello puede agregarse que ya no se trata de una suspensión del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino de una verdadera suspensión del mismo toda vez que el plazo de tres meses *prorrogable por iguales periodos*, puede transformarse en indefinido, la LECrim no establece plazo máximo. Así lo ha entendido el TC al declarar pertinente que se

³²² La modificación que proponía el proyecto de ley de enero de 1997 ampliaba esta facultad a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas. Posibilitaba además la prórroga del plazo de treinta días por una vez.

³²³ Como puede observarse dentro de estas autoridades se contempla a algunas militares: Generales y Almirantes. Este tipo de privilegios impide el control del Ejecutivo y el Poder Judicial por sobre la autoridad militar. Inevitablemente recordamos hechos como el de la subversión de las Fuerzas Armadas que desembocaron en el Golpe militar de 1973. No discutimos la legitimidad del Estado en velar por la seguridad y protección de la sociedad frente a la comisión de actos terroristas, pero creemos que la ley ha de aplicarse de manera general. El terrorismo que puede provenir de los grupos de izquierda no ha desembocado nunca en atrocidades como las que se llevaron a cabo por los militares entre 1973 y 1990. La citada norma obstaculiza de manera seria la sanción a actos relacionados con el terrorismo de Estado.

³²⁴ Por todos TERRADILLOS, J. 1988, p.121.

³²⁵ TERRADILLOS, J. 1988, pp.121-122

intervengan “sin límite” las comunicaciones de los procesados por delitos de terrorismo³²⁶. En nuestra opinión la norma debería interpretarse restrictivamente no admitiendo esta posibilidad.

2.c.- Tratamiento penitenciario especial.

Debido a la influencia que la legislación española ha tenido – a nuestro juicio- en el tratamiento penitenciario para casos de terrorismo en Chile es que hemos decidido invertir el orden metodológico empleado hasta ahora, comenzando por el examen del tratamiento penitenciario para estos casos en España. En ambos casos hemos considerado necesario realizar algunas consideraciones históricas y político criminales que, aunque breves servirán para aproximarnos a una comprensión de lo que los legisladores han pretendido en esta materia.

2.c.1. - Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo en España

a.- Consideraciones previas.

La política que ha seguido el Ministerio del Interior en el tratamiento penitenciario de los casos de terrorismo puede dividirse en dos fases. La primera fase comienza con la Constitución Española de 1978 y la LOGP 1/1979 que elimina la diferencia entre delincuentes comunes y delincuentes por delitos de terrorismo. A partir de 1980 comienza a expandirse la idea de aplicar una política negociadora con el terrorismo en la convicción de que la fuerza disuadora de la democracia les haría revertir sus postulados y abandonar la vía armada como método de lucha social. Se creó, en este entendido, un estado penitenciario excepcional³²⁷, pero que a mediados de 1980 trajo como consecuencia una especie de "terrorismo penitenciario"³²⁸ caracterizado por los constantes malos tratos a los reclusos y la negligencia en su atención. Por desgracia esta situación no ha cesado de producirse en diversos recintos penitenciarios, según consta en las denuncias que se han realizado ante los jueces de vigilancia Penitenciaria y ante organismos de derechos humanos³²⁹. Es importante destacar que cuando los presos por delitos de terrorismo eran fundamentalmente del GRAPO) o vinculados a organizaciones anarquistas (CNT), se optó por la aplicación de una *política de concentración*.

Al introducirse el art. 43 del antiguo RP (RD 1.210/1981) comienzan a advertirse las falencias del sistema. La sola pertenencia a una banda armada determinaba la calificación de un interno como reo de alta peligrosidad y por ende su destino, fueren preventivos o condenados, eran establecimientos especiales o departamentos especiales, de régimen cerrado, lo que supuso una serie de limitaciones a sus derechos como reclusos³³⁰. La doctrina discutió la

³²⁶ STC 23-04-2001 (Sala 2ª). Junto con esta declaración, acoge el recurso interpuesto por un miembro de ETA en contra de la intervención de sus comunicaciones, por no encontrarse motivada la resolución en que ella se decretara, ni haber sido comunicada por la cárcel a la autoridad judicial.

³²⁷ Se alude a la reforma penitenciaria de 1979 (LO 1/1979 de 26 septiembre, General Penitenciaria), que había sido demandada por todos los sectores políticos a consecuencia de los numerosos incidentes carcelarios que se produjeron, motivados por la discriminación de la cual se sintieron objeto los presos sociales respecto de los presos políticos durante los inicios de la transición democrática. Ampliamente, véase la extraordinaria obra de RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Edit. Bosch, 1997, pp.167 y ss.

³²⁸ La expresión es de MAPELLI CAFARENA, B. “*Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo*”, Ponencia en el X Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal. Universidad de Salamanca, 11-13 marzo 1998.

³²⁹ Así por ejemplo, las denuncias realizadas por AFAPP y (Asociación de Familiares y Amigos de los presos políticos) y ACGP, por malos tratos a reclusos de PC (reconstituído) y GRAPO. Organizaciones de derechos humanos han interpuesto denuncias por violaciones a derechos humanos de prisioneros de ETA ante el Tribunal de Estrasburgo (1998). Situaciones similares se han producido en el caso de los presos sociales, algunos de ellos fallecidos a consecuencia de la falta de atención médica (p.ej. Casos Fco. Menacho, Félix Atienza). Véase OLARIETA ALBERDI, J.M. *Antejuicio e Impunidad Judicial: El caso de las sentencias bondadosas*, Edit. Kaydeda, 1991, pp.11 –24.

³³⁰ Este régimen descrito por el art. 46 de la LOGP se caracterizó por "una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia de los mismos" y habría de durar "hasta en tanto desaparecieran o

constitucionalidad de esta normativa puesto que contravenía principios básicos del garantismo penal consagrados en la CE y que atienden a la evolución del grado de tratamiento, en aras a la consecución de la resocialización del delincuente. Para la legislación vigente, la reinserción social no es la única meta del tratamiento penitenciario sino que además debe siempre y en todo caso orientarse constitucionalmente las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, las Instituciones penitenciarias, y por tanto estos efectos debían desplegarse a través del régimen penitenciario³³¹. Todo ello se hacía imposible en un régimen cerrado.

En Marzo de 1989, coincidiendo con la ruptura de conversaciones con Argelia, se modifican las políticas gubernamentales y se decide romper con la negociación, y se opta por la aplicación de otro tipo de medidas como las contempladas en el art. 57 bis b) del antiguo CP, que establecía una atenuación de la pena para los reclusos por delitos de terrorismo que prestaran su colaboración a la policía y al tribunal. En otros términos comenzó a hacerse uso preferente del Derecho Penal Premial. En Abril de ese mismo año y dando forma a esta ruptura en las negociaciones se inicia una *política de dispersión*. Las razones que motivaron esta política de dispersión por parte del Ministerio de Justicia e Interior fueron: en el plano individual, el hecho de que no se apreciaba un rasgo criminológico beneficioso en los presos por delitos de terrorismo, en otros términos se negaban a colaborar y a someterse voluntariamente al tratamiento penitenciario, y en el plano colectivo: porque existía la idea de que la dispersión rompía con la empresa criminal, y además favorecía la reinserción social al encontrarse alejados los unos de los otros.

Creemos necesario precisar que con la aplicación de esta política de dispersión se cometió, por decir lo menos, un grave error de apreciación tanto en lo individual como en lo colectivo. Por una parte, es evidente que el recluso por delitos de terrorismo (delincuente por convicción) no aceptará someterse al tratamiento penitenciario, y empleamos la palabra "someterse" porque para él la *voluntariedad* en el citado tratamiento no existe toda vez que si no participa en él es privado de los beneficios del régimen abierto y régimen ordinario. Lamentable es que en 1989 no se considerara esta idea, que por cierto nada tiene de nuevo, y que fuera ya ampliamente difundida por la doctrina. En los años 1980 y 1986 autores como BUENO ARÚS³³² y DE LA CUESTA ARZAMENDI³³³ ya habían indicado que lo normal será que "por su postura inicial de rechazo a la sociedad en la que viven", no acepten el tratamiento. Así éste en lugar de considerar la ejecución penal como una reeducación y reinserción, la considera una "pura retención y custodia temporal". En los años 90s, advirtiendo las mismas falencias y destacando la "voluntariedad" en el tratamiento resocializador, Laura ZÚÑIGA expuso: "una resocialización democrática no puede pretender un cambio de convicciones internas y solo debe buscar que el sujeto en el futuro una vida sin delito"³³⁴.

Por otra parte, en el plano colectivo, difícilmente podría acabarse con una organización armada, una empresa criminal, al interior de una cárcel. Creemos que más bien lo que llevó a la dispersión fue un intento por evitar lo que se ha dado en llamar la *cárcel combatiente*, para evitar que se produjeran hechos como los que precedieron a la reforma penitenciaria de 1979³³⁵.

disminuyeren las razones y circunstancias que determinaron su ingreso". Y aún más, los Ministerios de Justicia e Interior estaban autorizados por la ley (Disp. Final 1ª) para "acordar, por razones de seguridad pública, que la custodia y vigilancia al interior de un establecimiento cerrado o un departamento especial de éste, correspondiere a los Cuerpos de Seguridad del Estado, dando cuenta inmediata a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados". De esta medida se hizo uso en reiteradas ocasiones. Véase por todos DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. "*Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*", en CPC, nº30, 1986, pp. 559-602., esp. pp. 593-594. BUENO ARÚS; F. "*Aspectos Jurídicos del terrorismo*", en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, núm. 228/231, 1980, p. 84.

³³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, pp. 596- 597.

³³² BUENO ARÚS, 1980, p. 137 y ss.

³³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 595.

³³⁴ ZÚÑIGA, L. "*Sobre la resocialización de los presos terroristas*", en *JpD*, Nº 35, Julio/1999, p..30.

³³⁵ Se alude a los hechos protagonizados por la COPEL (Coordinadora de Presos Españoles en Lucha) desde

Dejando por ahora las críticas, es importante señalar cómo se fue materializando poco a poco esta nueva política penitenciaria. Ya tenemos claro que conforme a la LOGP los terroristas que no hubieren prestado su colaboración eran- y siguen siendo- destinados a Centros o Departamentos de régimen cerrado.

En la idea de la dispersión, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) pone en marcha un fichero especial de tratamiento (F.I.E.S., Fichero de Internos de Especial Seguimiento; Circular de noviembre de 1993) que constituían una base de datos administrativa respecto de los internos conforme a la cual se les “subclasificaba” en atención a criterios de gravedad del delito, entre otros³³⁶. Un mes antes (2-10-1991) había hecho su aparición una circular que establecía un duro tratamiento para los internos que pertenecían a un determinado grupo F.I.E.S. obligándoles a utilizar ropajes especiales que autorizaban a constantes cacheos por parte de la administración penitenciaria, autorizaba asimismo la colocación de esposas aún dentro de la celda, el aislamiento permanente en las celdas, contando solo con una hora de patio al día, entre otras. Con posterioridad fue derogada esta circular pero el modelo de rigor fue irradiándose a lo largo de toda la política en materia penitenciaria³³⁷.

En 1996 con el nacimiento de un nuevo Reglamento Penitenciario se amparó esta situación que venía produciéndose de manera irregular toda vez que venía siendo aplicada mediante circulares de la DGIP. Así comenzó una nueva etapa en la política penitenciaria caracterizada por la concreción de estas ideas fundamentalmente en dos aspectos: el primero, relativo a un plan de amortización y construcción de nuevos centros penales, plan que se comenzó en 1991 proyectándose hacia el año 2000, y que se caracterizan por ser penales de máxima seguridad, ubicados en zonas rurales, que tienden a una fuerte estandarización que va contra el principio de disgregación. Es decir, un diseño inspirado en el hermetismo (idea de la ciudad-cárcel). El segundo aspecto dice relación con la introducción de normas como la del art. 75 del RP, antiguo art. 33, que establece limitaciones regimentales y medidas de protección personal. Fundamenta de esta forma la aplicación de un régimen distinto, sobre la base de la necesidad de aseguramiento de la persona del recluso, la seguridad y orden de los establecimientos penitenciarios, y de la evolución de su tratamiento así como de su grado de clasificación. Quizá lo más grave sea que el régimen más estricto es aplicable contra la voluntad del sujeto, ya que la limitación regimental está en manos de la Administración Penitenciaria, y el Juez de Vigilancia tiene un papel secundario, de mera información, pues se limita a dar cuenta de una situación³³⁸.

Quienes manifiestan su conformidad con las políticas de dispersión señalan que ella obedece a la idea de que la dispersión impide la reorganización de la empresa criminal. Quienes

mediados de los años 70s en pro de reivindicaciones carcelarias. En concreto, el recurso a la violencia que hubo de ir empleando como “única arma disponible frente a la represión institucional que abortó los primeros reclamos expresados pacíficamente por los reclusos. Autolesiones, motines, huelgas de hambre, incendios y destrozos de instalaciones...constituyeron los medios de lucha más espectaculares”. RIVERA BEIRAS, I. 1997, p. 172.

³³⁶ Los F.I.E.S. fueron “definidos” por la DGIP (Instrucción 8/1995) como una “base de datos de carácter administrativo creada ante la necesidad de disponer de una amplia información de determinados grupos de internos, en función del delito cometido, su trayectoria penitenciaria y su integración en formas de criminalidad organizada, sin que por ello se prejuzgue su clasificación, ni vea el derecho al tratamiento de los internos ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente le venga determinado”. Véase AYMERICH CANO, C. *Régimen Penitenciario cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo*, ADP de la Universidad de La Coruña, nº1, 1997, pp.87-107, MAPELLI CAFARENA, B. “*Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario*” en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVI, Servicio de Publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela.

³³⁷ MAPELLI CAFARENA, “*Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo*”, ponencia, cit. 1998.

³³⁸ Al parecer las limitaciones regimentales nacieron a consecuencia de las constantes agresiones de carácter sexual que se dan en las cárceles. Pero como se ha visto, el art. 75 del RP se extiende demasiado permitiendo la aplicación del régimen penitenciario más estricto aún cuando el interno no lo acepte. MAPELLI CAFARENA, “*Tratamiento...*”, ponencia cit. 1998.

estamos en desacuerdo creemos que con ello no se logra más que el desarraigo de los reclusos y se les aleja de la posibilidad de una real reinserción social: La dispersión se contrapone a uno de los principios fundamentales de la ley penitenciaria, manifestado en el art. 12 de la LOGP que establece que las políticas penitenciarias tenderán a evitar el desarraigo social de los penados y la idea de la ciudad-cárcel que se viene manifestando desde 1991. La creación de penales de máxima seguridad y las limitaciones a los derechos individuales de los internos no tiende a su "reinserción" sino más bien hacia su desadaptación y aislamiento social. Sobre esto volveremos más adelante.

b.- Tratamiento penitenciario.

Los arts. 1 LOGP y 25.2 CE establecen, como se ha expuesto en los preliminares de este capítulo, la finalidad resocializadora en la ejecución de las penas, en términos tales que el Estado resulta obligado a promover los medios necesarios para la reeducación y corrección del delincuente, y resulta obligado asimismo a no lesionar sus derechos individuales. Se trata de que al menos el delincuente *no resulte desocializado* como producto de la aplicación de instituciones que en si misma promueven su desocialización³³⁹. En este sentido, tal como lo expone el art. 59.1 LOGP, se estructura el tratamiento penitenciario en cuanto pilar fundamental, y se define como "el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados".

Los límites de la aplicación del tratamiento penitenciario se encuentran en la *voluntad* del individuo para someterse al mismo. El problema es que la mencionada voluntad pareciera dejar su esencia toda vez que es, en cierto modo, constreñida por la aplicación de una política premial³⁴⁰. El adelantamiento de la libertad condicional y el indulto se encuentran condicionados a la participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas por el establecimiento (arts. 205 y 206 del RP). Además cabe objetar que en los supuestos de terrorismo el tratamiento es por regla general rechazado, como se expusiera anteriormente.

La legislación española, ya partiendo de la Constitución, en su art. 55.2, destaca una necesidad supuesta de otorgar un tratamiento "excepcional a personas determinadas, relacionadas con delitos de terrorismo, o integrantes de bandas armadas", que se materializa en la posibilidad de suspensión de derechos y libertades fundamentales, con motivo de las investigaciones que en torno a las citadas organizaciones se estuvieren llevando a cabo. La ambigüedad de este precepto, unido al hecho de que representa una abierta infracción a los principios de igualdad y proporcionalidad que contiene la misma Carta Fundamental lo ha hecho objeto de constantes críticas por parte de la doctrina³⁴¹.

La excepcionalidad en el trato de este tipo de reclusos se da en los siguientes ámbitos:

- b.1. La aplicación de una política de dispersión v/s la política de concentración.
- b.2. La aplicación de un régimen penitenciario de carácter cerrado como producto de su clasificación en el primer grado de tratamiento penitenciario, que acarrea limitaciones en el derecho a defensa e intervención en las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.
- b.3. El otorgamiento de medidas premiales bajo determinadas condiciones.

b.1.- La aplicación de la política de dispersión v/s política de concentración.

³³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1985 b), p. 117.

³⁴⁰ Como advierte MANZANARES: "El tratamiento no es obligatorio, pero se premiará a quien lo acepte". MANZANARES SAMANIEGO, José Luis; *"Reinserción social de los terroristas"* en AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pp. 13-21, esp. p. 16.

³⁴¹ Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.391-395, SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988; pp.208 y ss.

La política de dispersión comenzó a difundirse en 1987, haciéndose efectiva en Abril de 1989 a raíz de la ruptura en las negociaciones entre el gobierno y las organizaciones opositoras a él. Se materializa esta política separando a los presos, principalmente de ETA en distintas cárceles, lejos de su lugar de origen, so pretexto de temer su reagrupación para obtener determinadas ventajas al interior de los recintos penitenciarios, como las que se lograban producto de las constantes presiones ejercidas especialmente mediante el mecanismo de la huelga de hambre, mecanismo que continuó siendo utilizado entre los reclusos y que culminó en algunos casos con la muerte³⁴².

Este tipo de política disgregatoria ha sido ampliamente criticado³⁴³ por cuanto atenta contra uno de los ejes principales de la LOGP, que es evitar el desarraigo social de los condenados (art. 12). Como se decía, la idea de la cárcel-ciudad, la construcción de penales de máxima seguridad que se ubican en zonas rurales, llevan hacia una desvinculación del individuo con su primer grupo de referencia cual es su familia, y de allí hacia el resto de sus relaciones sociales. El hecho de que el penado no cumpla la pena privativa de libertad en un recinto cercano a su domicilio, y lejano incluso a zonas habitadas tiende inevitablemente a su desadaptación. Cabe concluir, por tanto, que si el art. 12 de la LOGP establece un principio general, la práctica penitenciaria se encarga de demostrar su especialidad. Ante este tipo de medidas el art. 12 es una declaración formal.

La política de dispersión, a nuestro juicio, se aplica como consecuencia de la errónea calificación del terrorismo como crimen organizado. Se trata de "destruir" las organizaciones, tal como lo indica el mensaje del RD 190/1996, de 9 de febrero que aprueba el RP, y para ello se valen de la disgregación. Pero se trata de una disgregación *al interior de los penales*, una "destrucción" *al interior de los recintos*, y no de la organización en sí misma. No puede aceptarse en un Estado democrático de derecho -so pretexto de quebrar una organización terrorista desde una cárcel- la limitación de los derechos individuales de los reclusos. Se están sacrificando derechos fundamentales en aras a la consecución de un fin de menor entidad, todo lo cual conduce a pensar que, como demuestra RIVERA BEIRAS³⁴⁴, se ha ido produciendo paulatinamente una verdadera "devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos".

A lo anterior se puede añadir que la dispersión, al tender al desarraigo de los reclusos, atenta contra la finalidad de resocialización establecida en el art. 25.2 CE y 1 LOGP. No puede resocializarse quien es marginado de su lugar de origen, separado de su entorno familia y cultural³⁴⁵. Los resultados de este tipo de políticas no han sido satisfactorios y más tienden a fomentar la emergencia al interior del derecho penal garantista que proclamaron las reformas del "Código Penal de la Democracia" (CP 1995).

El escenario político comenzó a invadirse de la interrogante acerca de un acercamiento de los presos a fin de evitar las gravosas consecuencias que trajo consigo. Por una parte un aumento de la violencia por parte de estos grupos y por la otra una mayor represión. Desde 1995 en adelante esta política de dispersión comenzó a ser modificada estableciéndose como criterio de la concentración el haber abandonado la banda armada. Así, quienes a juicio de la Administración penitenciaria habían cortado vínculos con dichas organizaciones, comenzaron a ser reagrupados³⁴⁶. Esta desigualdad en el trato, el *premio* a los desertores de la organización causó molestias profundas en la misma quien abogaba por una reagrupación total. Así, la violencia continuó siendo utilizada como mecanismo de presión frente al gobierno que

³⁴² P.ej. Manuel Sevillano Martín, miembro de los GRAPO, murió el 25 de mayo de 1990, a consecuencia de una huelga de hambre contra la política de dispersión.

³⁴³ Así, PÉREZ CEPEDA, Ana; 1995, pp.31-32; ZÚÑIGA, Laura, 1999, pp.28-29.

³⁴⁴ RIVERA BEIRAS, I. 1997, pp.370 y ss.

³⁴⁵ En igual opinión, PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p. 32.

³⁴⁶ PÉREZ CEPEDA, 1995, p.32.

tenazmente insistía en mantener este tipo de medidas, argumentando que "con los terroristas no es posible negociar"³⁴⁷. El contexto de violencia política que se desarrolló especialmente en el país vasco determinó que en 1998 se llevaran a cabo negociaciones entre el gobierno y ETA (Acuerdos de Stella y Lizarra), en los que ésta declaraba una tregua indefinida mientras que aquel se comprometió a iniciar el acercamiento de presos del país vasco, acercamiento que se produjo solo parcialmente.

b.2.- El régimen cerrado y la clasificación en primer grado de tratamiento penitenciario.

Conforme lo expresa el art. 72 LOGP las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional de acuerdo con lo que determina el CP. Esta clasificación de los internos y el régimen al que serán sometidos dependen de la evolución del tratamiento (art. 63 y 65). En atención al mandato del legislador los arts. 9.1 y 10 de la LOGP se clasifican los establecimientos penitenciarios en tres modalidades. Régimen cerrado, Régimen ordinario y Régimen abierto. El Régimen cerrado tiene un carácter excepcional y se aplica de acuerdo a la peligrosidad extrema del sujeto o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto (art. 10.1 LOGP). Se caracteriza por su excesivo orden, disciplina y seguridad, existiendo un mayor control de las actividades de los internos, que permanecerán en ellos hasta que disminuyan o desaparezcan las razones que determinaron su ingreso. Se corresponden con los internos de *primer grado* de tratamiento, de conformidad con el sistema de individualización científica de la pena.

El art. 93 del RP señala las duras condiciones de este régimen, entre las cuales podemos destacar: que los internos pueden disfrutar de un mínimo de tres horas diarias de salida al patio, y un máximo de hasta seis solo para la realización de actividades programadas; registro diario de las celdas y cacheo de los internos. Cuando existan fundadas sospechas de que el interno posee objetos prohibidos y razones de urgencia exijan una actuación inmediata, podrá recurrirse al desnudo integral por orden motivada del Jefe de Servicios, dando cuenta al Director, en las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos. Este número podrá aumentarse hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas, visitas médicas periódicas³⁴⁸. Todo parece indicar que estamos ante *una cárcel dentro de la cárcel*.

Los criterios a considerar para proceder a la clasificación en grado se encuentran en el art. 63 LOGP fijando en el art. 65.3 el criterio para la regresión: "la evolución desfavorable" de la personalidad del interno respecto a su tratamiento. Su clasificación tiene una incidencia directa en la situación penitenciaria, lo que se traduce en una mayor o menor limitación de sus derechos y de su esfera general de libertad, como se reconoce en el art. 65.2 LOGP.

Se ha dicho antes que desde la reforma penitenciaria de 1979, y en virtud del art. 10 LOGP, los reclusos "terroristas" fueron separados del resto de la población penal, siendo destinados a establecimientos y departamentos penitenciarios de régimen cerrado. Esto ocurre por que, en aplicación del art. 102.5 del RP, se les clasifica en *primer grado* de tratamiento, sean presos preventivos o condenados³⁴⁹. Esta clasificación conforme lo indica el artículo se

³⁴⁷ La exacerbación de estas dos posiciones antagónicas trajo como consecuencia por ejemplo la muerte del concejal Miguel Angel Blanco en 1997.

³⁴⁸ Además, por expresa disposición del art. 93.1, regla 6ª, en estos departamentos especiales deberá diseñarse un modelo de intervención y programas de tratamiento genéricos ajustados a las necesidades regimentales, que estarán orientados a la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario, así como el incentivo de aquellos factores positivos de la conducta que puedan servir de aliciente para la reintegración y reinserción social del interno, designándose el personal necesario a tal fin.

³⁴⁹ El art. 96.2 del RP aplica las normas previstas para el régimen cerrado a los detenidos y presos cuando se tratare de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario. Esta clasificación se apreciará ponderando la concurrencia de los factores que señala el art. 102.5 del RP.

realiza en atención a los criterios de peligrosidad extrema, inadaptación manifiesta y grave a las reglas y normas de convivencia penitenciarias, ponderando la concurrencia de factores de entre los cuales nos interesa destacar: a) la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial, b) la comisión de delitos contra la vida o la integridad física, la libertad sexual o la propiedad, cometidos todos en modos o formas especialmente violentos, c) *la pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas*, d) participación activa en planteos o motines, agresiones físicas, amenazas o coacciones... entre otros.

Conforme a lo anterior, los reclusos terroristas, sean condenados o preventivos, que no presten su colaboración, la que entendemos, según el espíritu del legislador impregnado en la legislación antiterrorista, debe ser conforme lo indica el art. 579 del CP, serán a priori clasificados conforme al primer grado de tratamiento penitenciario aplicándoseles el régimen cerrado³⁵⁰. La clasificación que propone el art. 102 del RP se basa, en nuestra opinión, en criterios subjetivos que dicen relación con una determinada forma de vida, lo que lleva a que “siempre” se clasifique a los internos por delitos de terrorismo, en primer grado de tratamiento penitenciario. Todo aquel responsable de un delito de esta naturaleza, independientemente de su gravedad, es considerado “un sujeto peligroso”³⁵¹. La consecuencia necesaria de ello es su clasificación masiva en primer grado³⁵².

En segundo lugar, las causas que el art. 102.5 RP establece para determinar la peligrosidad del delincuente y su inadaptación, especialmente la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, se contraponen al *principio de igualdad* que sustenta el art. 3 LOGP, pues están considerando situaciones vividas por el interno por delito de terrorismo durante su vida “en libertad” y no “dentro de la prisión”, como se hace con el resto de los internos clasificados en regímenes ordinario o abierto. Ello lleva a pensar que se están aplicando criterios propios del mas puro derecho penal de autor³⁵³.

Por otra parte, se han utilizado los arts. 65.3 de LOGP y 105.2 del RP para establecer como un criterio a adoptar que la negativa - por regla general - de los presos por delitos de terrorismo a participar en el tratamiento, determina su “evolución desfavorable” y, por tanto, ha de aplicárseles el primer grado de tratamiento penitenciario. Es atentatorio contra el *principio de igualdad* ya que el citado criterio es mas bien utilizado en los supuestos de terrorismo y no en todos los casos. Asimismo violenta el *principio de legalidad* establecido en el art. 112.3 del RP que establece la voluntariedad del tratamiento penitenciario.

Finalmente, cabe destacar, en relación a los F.I.E.S., que con el RP de 1996, se consagró legalmente la posibilidad de establecer una especie de “subclasificación” de los reclusos dentro de un mismo grado de tratamiento. El art. 91 del RP concibe dos modalidades de vida diferentes dentro del régimen cerrado en base a este *seguimiento especial de los internos* que habían sido establecidos por los F.I.E.S y que ahora adopta el nombre de “*Control directo en los departamentos especiales de régimen cerrado*”. Conforme al amparo legal con el que ahora cuentan estos ficheros, el control sobre los internos se hace aún mas extremo y especialmente tratándose de los reclusos por delitos de terrorismo, quienes pertenecerían al grupo FIES-3

³⁵⁰ La colaboración que prestaren ha de ser activa según lo señala el propio art. 579 lo que se reafirma al señalarse “mientras no muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones...”. Signo inequívoco no puede ser otra cosa que colaboración activa.

³⁵¹ En este sentido críticamente ZÚÑIGA, L., 1999, p.29.

³⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., 1986, p.594. En igual sentido; PÉREZ CEPEDA, Ana; 1995, p. 31; SEGURA GARCÍA, M.J. “*Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios a reclusos terroristas*”, en CPC, n°42, 1990, pp. 620 y ss.

³⁵³ En este sentido el RP de 1996 deja a un lado los principios garantistas en relación, en este punto, con el antiguo RP, el que en su art. 43 no contemplaba la pertenencia a bandas armadas como criterio a considerar para la determinación de la peligrosidad del delincuente, sino tan solo la pertenencia a una organización delictiva.

(BA), en el que se encuentran según la autoridad "todos aquellos internos ingresados por su vinculación a bandas armadas o elementos terroristas", y también "aquellos que, a través de informes de las Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos"³⁵⁴. Parece evidente que el sistema de los F.I.E.S. atenta contra la esencia misma del sistema penitenciario, por cuanto éste ha de aplicarse utilizando los criterios de individualización, en relación "a la persona del recluso" y no en relación "al grupo u organización" a la que pertenece o se relaciona, o se presume que pertenece o relaciona (reclusos preventivos)³⁵⁵.

b.2.a.- Las limitaciones en el derecho a defensa en materia de comunicación.

El art. 51.2 LOGP establece la posibilidad de que las comunicaciones del recluso por delito de terrorismo, con su abogado defensor sean intervenidas, mediante autorización judicial. El mismo precepto ya en su redacción parte de la base de una desigualdad al contemplar tal posibilidad específicamente "en los supuestos de terrorismo". Esta disposición involucra una limitación injustificada al derecho a defensa garantizado en el art. 24.2 CE, derecho que no puede ser limitado en virtud del art. 55.2 CE. Si bien esta última norma faculta a la administración de Justicia para suspender derechos y libertades, especialmente en supuestos de terrorismo, no considera dentro de esta excepción al derecho a defensa. El TC en STC 170/97, basándose en el art.48.3 del RP, ha considerado que no existe limitación, dado que se requiere intervención judicial para poder suspender o intervenir las comunicaciones, excluyendo la intervención de la Administración Penitenciaria. En igual sentido se pronuncia en SSTC 183/94 y 197/94.

Nos parece que no resulta del todo adecuado argumentar esta limitación, sobre la base de una disposición que, en todo caso, intenta dotar de algún tipo de garantía al indicar que la decisión de suspensión o intervención en la comunicación tiene que provenir de la autoridad judicial, excluyendo expresamente a las decisiones administrativas. Mas bien, parece ser que el art. 51.2 LOGP supone una vulneración al *principio de igualdad* al establecer un tratamiento diferenciado para cierta clase de personas, ya que solo procede en los casos de terrorismo. Por otra parte, supone una vulneración al *principio de presunción de inocencia* ya que las comunicaciones con el abogado defensor pueden ser intervenidas tanto en el caso del "presunto terrorista" (preso preventivo) como en el del "declarado terrorista"(condenado). ¿Qué ocurre si se limita el derecho a defensa del no condenado?. ¿Cuáles son las posibilidades que se le dejan para alegar y probar su inocencia?. Por último, se violenta también lo dispuesto por tratados internacionales suscritos y ratificados por España, en concreto el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza a todas las personas el derecho a defensa.

b.2.b.- La intervención en las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

El RP establece la posibilidad, en sus arts. 41 y ss. de que se intervengan las comunicaciones postales, telefónicas y telegráficas, basándose en la seguridad del establecimiento, siempre que, conforme lo indica el art. 51 LOGP se haga por la Dirección del Establecimiento por resolución motivada y se dé cuenta a la autoridad judicial. Si bien, el art. 51 LOGP puede otorgar un cierto marco de legalidad al precepto del RP, lo cierto es que en la práctica no se da cabal cumplimiento al art. 18.3 CE que establece, como excepción al principio del secreto en las comunicaciones, la intervención en las mismas por resolución judicial.

En la práctica la garantía consagrada en el art. 18.3 CE queda con un carácter meramente programático. La CE establece, como se ha dicho, la posibilidad de suspensión de

³⁵⁴ Instrucción Nº 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

³⁵⁵ El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Nº3 de Madrid ha indicado en los autos de 22 de marzo de 1995 y 14 de julio, que los F.I.E.S., además de carecer de la legalidad necesaria, contradicen el sistema penitenciario, individualizador y referido a presos determinados y no a grupos o categorías sociales", en "*Las figuras premiales y los fines de la pena en los delitos de terrorismo*", trabajo presentado por Arenal, C. al X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, marzo de 1998. Sin publicar.

este derecho, indicando que ha de ser la autoridad judicial quien tome la decisión. Pero la LOGP faculta al Director del Establecimiento Penitenciario para que *mediante resolución motivada* pueda restringir este derecho dando cuenta *posteriormente* al tribunal y al Juez de Vigilancia Penitenciaria. La primera observación que cabe hacer es que el art. 51 de la LOGP permite que la autoridad administrativa invada la esfera de la autoridad judicial. La segunda observación radica en que en la práctica las intervenciones son acordadas de manera automática por la autoridad administrativa³⁵⁶, y casi exclusivamente en los casos de narcotráfico y terrorismo, lo que a su vez confirma nuestra hipótesis de que erróneamente se considera al terrorismo como crimen organizado. La tercera observación es que, en todo caso, para dar cumplimiento a la CE debería el Director del Establecimiento solicitar al juez la autorización para intervenir las comunicaciones, en lugar de aplicarla por sí mismo y dar cuenta con posterioridad a la autoridad judicial.

b.2.c.- Otras medidas regimentales

El art. 75 del RP permite la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales aún contra la voluntad del interno. Señala en su apartado 2: " En su caso, a solicitud del interno o por iniciativa propia, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia. Con esta disposición se tiende a una instrumentalización por parte del Estado de la normativa garantista, para aplicar una excepcionalidad en el trato a los internos por delitos de terrorismo estableciendo al efecto limitaciones y medidas de protección personal que carecen de un control por parte de los tribunales. Ello puede dar lugar a excesos por parte de la Administración Penitenciaria.

c.- El cumplimiento efectivo de las penas.-

El art. 78 del CP indica que cuando se tratare de "una pena a cumplir inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez *atendida la peligrosidad del penado*, puede acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios, y el cómputo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento pudiera resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento".

Esta disposición, heredera del antiguo art. 98 bis y del art. 57 bis b) del CP, no ha supuesto ninguna novedad pues no hace sino reflejar el espíritu que impregna el CP de 1995 de imponer penas abstractas, mucho más breves, pero de cumplimiento efectivo. Ciertamente es que el art. 78 fue concebido especialmente para delitos de narcotráfico y terrorismo. De otra manera no se explica el por qué el legislador enfatiza especialmente que debe atenderse a la peligrosidad del condenado, y también así se manifestó en los debates parlamentarios que precedieron a la promulgación de la norma, que repitieron los criterios del CP de 1992 y del Anteproyecto de Código Penal de 1994³⁵⁷.

Por otra parte, a nuestro juicio, este precepto parece consagrar tácitamente la retribución toda vez que de su aplicación se sigue la inaccesibilidad al beneficio de la libertad condicional, ya que la pena se encontrará prácticamente cumplida antes de la concesión del beneficio³⁵⁸.

³⁵⁶ PÉREZ CEPEDA, 1995, p.33.

³⁵⁷ LÓPEZ GARRIDO, Diego - GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El CP de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, pp.30-33.

³⁵⁸ CUERDA RIEZU, en una opinión contraria, indica que el art. 78 no contiene ningún precepto que indique que lo que efectivamente se pretende es el cumplimiento de las penas. Para el autor el art. 78 debe interpretarse en relación al

Por lo demás, los beneficios a los que se refiere el art. 78 son solamente el adelantamiento de la libertad condicional (art.205 RP) y el indulto (art.206 RP) en virtud de la interpretación restringida del vocablo "beneficio penitenciario"³⁵⁹. Sin embargo, pareciera ser que también se persigue legalizar de alguna manera el fin de prevención general, tanto en su faceta positiva como negativa. Se provoca la intimidación por una parte con la amenaza de la pena ante la comisión de futuros delitos, y por la otra se produce la reafirmación de la legitimidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad³⁶⁰.

Finalmente el art. 78 CP se contrapone al fin resocializador que establece el art. 25.2 CE ya que tiende al cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad excesivamente altas, que en su esencia tienen un efecto claramente desocializador. Su carácter facultativo le hace basarse en un criterio de peligrosidad que raya en el ámbito de la subjetividad.

2.c.2. -Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo, delitos contra la Seguridad del Estado y otros en Chile.-

a.- Consideraciones previas.

A partir de Septiembre de 1973 las garantías del régimen jurídico penitenciario se vieron mermadas e incluso eliminadas como producto del golpe de Estado. En un contexto histórico en el que la Constitución Política dejaba de respetarse como producto de la supuesta "guerra" que se vivía en Chile, los prisioneros políticos fueron destinados a cárceles cuyas características eran las propias de campos de concentración. El proceso de institucionalización autoritaria dio paso a la ley 18.314 sobre conductas terroristas (1984), en la que no se contemplaba la aplicación de un régimen especial en materia penitenciaria, al menos en cuanto a la reclusión de los internos en un recinto especial. Sí se contenían una serie de limitaciones a los derechos fundamentales que incidían directamente en la situación carcelaria, pero se aplicaba la normativa general contenida en el CP y el CPP que de manera dispersa regularon el tratamiento de los presos, y los reglamentos individuales de cada establecimiento penitenciario. Esta situación se mantuvo hasta 1993, año en el que el primer gobierno de la transición, siguiendo el modelo español, decidió implementar una *Política Penitenciaria Nacional* específica y procedió a refundir en un solo texto la normativa que a lo largo de siglos integraba de manera confusa el ordenamiento jurídico. Nació así el D.S. N° 1.771, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (9-2-1993) con la finalidad de formar un sistema armónico y coherente, de aplicación general. Este DS fue derogado en 1998 por el DS N° 518 que consagró el nuevo Reglamento en la materia³⁶¹.

Conforme a lo que se señala en la exposición de motivos del actual reglamento, tanto él como el anterior habrían nacido en atención a la necesidad de introducir modificaciones destinadas al cumplimiento de las metas que permitieran facilitar la reinserción social. Sin embargo, de su articulado puede observarse que junto a este criterio de facilitar la reinserción social se encuentra el reforzamiento de los sistemas de vigilancia y mayores atribuciones a la autoridad administrativa. Mirado en el contexto histórico en el que se promulga, seguramente ha

art. 76 del RP que establece que *las penas que rebasen los límites en él establecidos deben declararse extinguidas*. De esta manera las penas a las que se refiere el art. 78 son aquellas que caen *por debajo de los límites* relativo o absoluto y que formalmente han sido impuestas por la sentencia. De donde se sigue que "en el art. 78 las penas a cumplir, por un lado, y la suma total de las impuestas, por otro, son conceptos idénticos". CUERDA RIEZU. "*El rotundo fracaso legislativo del llamado cumplimiento efectivo de las penas y otros aspectos del concurso de delitos*", en Rev. LL. n°4204, 10 de enero de 1997, pp.1-4, esp. p.3.

³⁵⁹Véase por todos MAPELLI CAFARENA, B. - TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp.151-152, quienes indican que en relación al art. 78 debe adoptarse el concepto restringido de beneficio penitenciario a que alude el art. 36 del CP, esto es, aquellos que acortan la condena.

³⁶⁰Ya lo advertía Ana PÉREZ CEPEDA. 1995, p.33, comentando el art. 79 del Proyecto de CP de 1994.

³⁶¹DS. Núm. 518 de 22 de mayo de 1998, publicado en el *Diario Oficial* de 21 de Agosto de 1998 que determina su entrada en vigencia.

sido la respuesta legislativa, desde luego coyuntural, a los sucesos comentados en relación a la fuga de prisioneros desde la Cárcel de Alta Seguridad a fines de 1996.

La nueva legalidad penitenciaria manifiesta una especialidad para los supuestos de terrorismo desde el momento en que, adoptando el modelo penitenciario español clasifica los regímenes penitenciarios en: *cerrado*, *semi abierto* y *abierto* (arts. 16, 29, 30 y 31)³⁶². En esta clasificación a los procesados y/o condenados por delitos de terrorismo, y en general a todo aquel que relacionado con organizaciones armadas, se encuentra procesado o condenado por otras leyes especiales, se les aplica el régimen cerrado cuyos principios rectores como establece el art. 29 del RP son "*la seguridad, el orden y la disciplina*". Este sometimiento al régimen cerrado para los supuestos de terrorismo encuentra cobertura legal en el art. 14 de la ley 18.314, sobre conductas terroristas. Tratándose del resto de los reclusos pertenecientes o relacionados con organizaciones armadas, la aplicación del régimen cerrado se realiza en base a la apreciación que de ellos hace la autoridad administrativa en base a lo que dispone el Reglamento Penitenciario, cuya atención se dirige principalmente hacia la peligrosidad social del individuo, tal como se analizará a continuación.

b.- Legislación penitenciaria.

b.1.- Principios generales.

El art. 1 del DS. 518, Reglamento de establecimientos penitenciarios establece como fines primordiales: "la atención, custodia y asistencia de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como, la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad y sustitutivos de ella". En su art. 92 se refiere al *tratamiento de reinserción social*: "La Administración penitenciaria desarrollará actividades y acciones orientadas a *remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva* y estarán dirigidas a las personas privadas de libertad o que se encuentren en el medio libre (régimen abierto), cuando corresponda, *a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan*"³⁶³.

Los arts. 2 y 4 establecen los principios de legalidad e igualdad declarando como principio rector que el detenido preventivo o condenado se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera tal que fuera de las limitaciones y suspensiones de garantías fundamentales que establece la constitución y las leyes su condición jurídica, sería igual a la de los ciudadanos libres. El art. 5 establece la *no diferencia arbitraria en el trato* en los siguientes términos: Las normas establecidas en el presente reglamento deben ser aplicadas imparcialmente no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, *opinión política*, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias (inc.1º). La Administración Penitenciaria (Gendarmería de Chile) debe asimismo procurar la realización *del mayor número de derechos humanos compatibles con la condición del interno* (inc. 2º). El art. 6 garantiza expresamente *la libertad ideológica* de los internos y otros derechos fundamentales, y establece asimismo que *la administración penitenciaria tiene por deber el velar por la vida, integridad y salud de los internos y permitir el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal*.

El reforzamiento de la normativa penitenciaria en materia de vigilancia y disciplina se advierte ya desde estos principios generales. El art.10 establece en su letra d) que es un principio

³⁶² El antiguo RP, DS. 1.171 contemplaba asimismo una clasificación similar, pero no la declaraba taxativamente como lo hace el DS. 518 en el art. 16. La diferencia con la legislación penitenciaria española es que a los internos no se les aplica el mecanismo de clasificación por grados.

³⁶³ El art. 71 del antiguo Reglamento penitenciario (DS. 1.171) definía como *tratamiento de reinserción social*: "el conjunto de actividades directamente dirigidas al condenado que cumple su pena en un establecimiento penitenciario, para orientar su reingreso al medio libre a través de la capacitación y *de inculcarle valores morales* en general, para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades...".

de organización de todo establecimiento penitenciario: "un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos". Si bien es cierto, todo establecimiento penitenciario ha de contar con un sistema mínimo de seguridad, han de establecerse los resguardos legales necesarios para que no quede amparada la posibilidad de afectación de derechos fundamentales, que es precisamente lo que ocurre tratándose de los sujetos pertenecientes o relacionados con grupos armados.

b.2.- Excepcionalidad en casos de terrorismo y a sujetos pertenecientes o relacionados con organizaciones armadas.

El régimen de excepcionalidad en materia de terrorismo, como se ha dicho, parte del propio texto constitucional, sin embargo, la Carta Fundamental nada dice respecto del régimen penitenciario aplicable a estos supuestos, ni a los de organizaciones armadas. La excepcionalidad en materia penitenciaria en casos de terrorismo viene dada históricamente por la propia ley 18.314 (art.14). No obstante, la autoridad administrativa hace este régimen aplicable también a quienes no han cometido dichas infracciones sino infracciones políticas (LSE, 12.927), a la LCA (17.798) especialmente cuando se tratare de la infracción contenida en el art. 8° (formación de grupos armados de combate o partidas militarmente organizadas), o al CJM, cuando se tratare de la infracción consistente en ataque a las Fuerzas Armadas, malos tratos a carabineros y autoridades administrativas, cometidas todas ellas por civiles. Así, vemos que las normas que en materia penitenciaria contempla la LCT, se aplica, extrapolando la interpretación legislativa, a supuestos que no tienen carácter terrorista.³⁶⁴

Los criterios para dicha determinación se enumeran en el art. 13 RP que, interpretados en conjunto permiten concluir que el concepto orientador es principalmente la "peligrosidad social del sujeto". Es cierto que entre tales criterios se enumeran los ya clásicos relativos a la edad, sexo y tipo de infracción cometida (art. 13 letras a, b y c), sin embargo en los supuestos de terrorismo e infracciones políticas es la peligrosidad social la que cobra valor. Ella encontraría su fundamento en la pertenencia o relación con asociaciones ilícitas de las contempladas en las leyes especiales mencionadas. Si bien el DS 518 Reglamento Penitenciario de 1998 se preocupó de eliminar el vocablo "peligrosidad social" y en su lugar habla para determinar el régimen al cual ha de ingresar un interno, de "nivel de compromiso delictual" (art. 13 letra c), el criterio primitivo no se ha abandonado. De partida, la ley no define ni otorga claramente los criterios para la determinación de este "nivel de compromiso delictual". El jurista ha de hacer un esfuerzo para llegar a la conclusión de que, en el caso que nos interesa, estaría refiriéndose a elementos que dicen relación con la reincidencia, el tipo de delito y reiteradas infracciones al régimen normal de los establecimientos penitenciarios, etc. todos ellos mencionados en el art. 28 RP para justificar la aplicación de un régimen especial de seguridad de carácter cerrado. Pero no por ello el concepto de "nivel de compromiso delictual" deja de ser dudoso.

El RP establece también como criterio para determinar el régimen aplicable al interno "las especiales medidas de seguridad... que la situación de los internos haga necesarias" (art. 13 letra f) y por último se atribuye una amplia facultad a la autoridad administrativa cuando establece que también se considerarán "otros criterios adoptados complementariamente por la Administración penitenciaria" (art.13 letrag).

³⁶⁴ No pueden olvidarse las motivaciones que conducen a quienes allí se encuentran reclusos a continuar con una violencia que no encontró eco en la mayoría del pueblo chileno que optó por la transición democrática. En un país donde aún no se logra el esclarecimiento y castigo a las violaciones a los derechos humanos, a pesar del "paso" que pudiera significar, al menos simbólicamente, el procesamiento del General Pinochet, es comprensible el desencanto de estos sectores. Compartiendo las afirmaciones de MOULIAN: "...pero la mayor parte de ellos adoptaron ese camino durante la dictadura, creyendo que realizaban actos legítimos y luego fueron atrapados en una violencia sin sentido. ¿Por qué este encono contra ellos no se condice con la actitud asumida ante los crímenes del pasado reciente? ¿Por qué se entienden las razones que esgrimen los últimos para justificarse y a estos presos se les niega todo?". MOULIAN, Tomás. "*Cárcel de Alta Seguridad*", Diario *La Época*, febrero de 1995.

Nos parece que hemos de concordar al menos en un punto: las modificaciones legislativas no dicen relación con la eliminación de vocablos que doctrinariamente son discutidos, sino con su real abandono. De allí que sostengamos que el criterio de peligro social continúa aplicándose. Se le llamará: razones de seguridad, nivel de compromiso delictual, pero no deja de ser peligro social. Esta afirmación se sustenta especialmente cuando se observa que, salvo excepciones, *todo aquel que aparece relacionado con alguna banda u organización armada es inmediatamente sometido al régimen cerrado*, independientemente de cual sea el delito cometido, de la reincidencia, o de otra circunstancia de las mencionadas en el art. 28 del DS in comento.

Es necesario enfatizar que el criterio de peligrosidad social, tal y como ha sido criticado por la doctrina es un concepto lleno de consideraciones subjetivas que cambia conforme sea la ideología dominante. No vemos otra razón para explicar el por qué - y nos referimos a la legislación tanto en España como en Chile- se califica a priori a los internos por infracciones a la normativa antiterrorista y sobre seguridad del Estado como sujetos peligrosos, sin atenderse a otras consideraciones respecto a su vida en libertad. Como acertadamente indica TERRADILLOS³⁶⁵: "La calificación de un hecho como delictivo o de una persona como peligrosa, implica la existencia y actuación de una estructura de poder que da validez a determinadas pautas de conducta, de acuerdo con una jerarquía de valores cuya defensa asume ese poder".

El simple hecho de pertenecer o relacionarse con una organización armada y de izquierda le hace merecedor del calificativo de "sujeto peligroso" (recordemos que son así calificados no solo los condenados sino los preventivos respecto de los cuales debería al menos respetarse el principio de presunción de inocencia que además es considerado un principio rector en la actividad penitenciaria, como se señala en el art. 7 del DS 518. Pocos son los casos en los que se aplica esta normativa a individuos que pertenecen por ejemplo a organizaciones criminales de tráfico de estupefacientes³⁶⁶.

Las manifestaciones más importantes de este tratamiento carcelario "especial" son: Por una parte, la aplicación de una política de concentración, en establecimientos penitenciarios especiales o departamentos o pabellones especiales de máxima seguridad. Por otra parte, un régimen penitenciario de extrema severidad que se traduce en: restricciones del derecho a visitas, intervención en las comunicaciones, y otras medidas regimentales, que si bien se encuentran consagradas para todos los supuestos, se aplican con especial énfasis en casos especiales de peligrosidad social.

b.2.1.- La aplicación de la política de concentración y su reclusión en establecimientos penitenciarios especiales o departamentos especiales al interior de un recinto penal común.-

La política que han seguido los Ministerios de Justicia e Interior en relación a los individuos pertenecientes o relacionados con organizaciones armadas de izquierda se corresponde con la *concentración*. Desde los tiempos de la dictadura militar y durante los primeros años de la transición democrática, se encontraban preventivos y condenados en establecimientos penitenciarios comunes, al interior de los cuales habitaban en un mismo sector conforme a la clasificación que de los internos realizara a administración penitenciaria. Dado es decir que si bien no existía norma expresa que aludiera a la concentración o desconcentración de

³⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, 1981, pp.9-10.

³⁶⁶Hasta 1997 un contado número de individuos procesados por narcotráfico o por delitos comunes (no más de tres o cuatro) habían sido reclusos en un recinto que fue construido, *en realidad* - según lo demuestra la práctica- para presos de organizaciones armadas de izquierda. Al interior de la misma se les mantenía separados del resto de la población penal.

presos políticos, éstos siempre fueron agrupados, quizás en el intento por mantener un mejor control de los grupos armados. Se les aplicaba la normativa común en materia penitenciaria. No obstante, dentro de esa concentración sí se advirtió una especie de segregación: quienes cometieron delitos durante la dictadura estaban en un recinto distinto de quienes cometieron delitos al inicio y durante el gobierno de la transición democrática³⁶⁷, pero siempre en recintos penitenciarios comunes. Se intentaba asimismo mantener a los prisioneros en recintos cercanos a los lugares en los que se encontraban incoados los procesos seguidos en su contra.

Esta situación comenzó a variar con la promulgación de las *Leyes Cumplido* (enero de 1991). Ya en el mensaje del proyecto de estas reformas el Presidente de la República, entonces Patricio Aylwin, siguiendo las políticas gubernamentales de la Concertación de partidos gobernante estimó necesario que quienes cometieron infracciones a la ley antiterrorista, fueran recluidos en un *recinto especial* "con el fin de lograr un trato conforme a las normas establecidas en materia de derechos humanos para los declarados reos por delitos que constituyan conducta terrorista, y al mismo tiempo velar por la protección de la sociedad"³⁶⁸.

Esto se concretó en el actual art. 14 de la ley 18.314 que establece que a los procesados y condenados por delitos de terrorismo podrán ser recluidos en "*lugares públicos especialmente destinados a este objeto*". Dicha reclusión solo puede ser ordenada por resolución judicial. Se reafirmó así el criterio político seguido hasta ahora, la *concentración* en lugar de la dispersión. Coherente con esta norma, el RP de 1993 facultó a la autoridad administrativa para autorizar la construcción de cárceles especiales o unidades especiales al interior de los recintos penales, destinados a recluir a los sujetos considerados socialmente peligrosos. Decía este Reglamento en el art. 27:

"Por resolución fundada del Director Nacional, quien podrá delegar esta facultad en los Directores Regionales, serán ingresados o trasladados a departamentos, pabellones o establecimientos especiales, los penados que sean calificados de *peligrosidad extrema*. Esta calificación se hará en razón de la reincidencia, del tipo de delito o de reiteradas infracciones al régimen normal de los establecimientos penitenciarios... Este régimen de extrema seguridad no tendrá otro objetivo que la protección de los demás internos y en su cumplimiento se observarán todas las normas de trato humanitario y de consideración personal que la condición del penado permita... para la aplicación de medidas extraordinarias de seguridad respecto de *detenidos y sujetos a prisión preventiva*, se estará a lo prevenido en los arts. 296 y siguientes del Código de Procedimiento Penal"³⁶⁹.

Sobre la base de esta norma, en Febrero de 1994, los *condenados* y los *detenidos preventivamente* que eran considerados "peligrosos" fueron trasladados³⁷⁰ a una cárcel de

³⁶⁷ La mayoría de los prisioneros políticos que cayeron durante la dictadura militar se encontraban recluidos en la Cárcel Pública de Santiago, mientras que a quienes cometieron delitos con posterioridad a su caída fueron recluidos en la Penitenciaría de Santiago.

³⁶⁸ Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de Ley que modifica la ley 18.314, sobre conductas terroristas y su penalidad. 11 de Mayo de 1990, en *Historia de la Ley 19.027*, ob. cit., 1997, p.3.

³⁶⁹ Una norma similar contempla el RP de 1998 estableciendo que serán recluidos en estos recintos: " los *penados* cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto".

³⁷⁰ El citado traslado causó una conmoción inusitada entre los prisioneros y el personal administrativo, dada la participación de personal especializado de Gendarmería (GET, Grupo Especial de Traslado). Los primeros días en el nuevo recinto, los internos pudieron ser visitados por sus abogados constatándose que *por razones de seguridad eran conducidos ante sus defensores, engrillados*, situación de la cual inmediatamente se dio cuenta a la autoridad judicial exigiéndose el respeto a los derechos fundamentales de los presos. Los prisioneros iniciaron una huelga de hambre, que duró cuarenta y cuatro días, negándose a utilizar el nuevo sistema de comunicaciones con el exterior (locutorios). Sus defensores emprendieron acciones legales destinadas a dejar sin efecto tal medida ya que atenta contra el secreto profesional y dificulta la relación entre el procesado y su defensa. Las negociaciones con el gobierno determinaron que no se les aplicaría el sistema de visitas por locutorios pero solo en relación a sus abogados y familiares directos.. La CAS fue habilitada el 21-2-1994 con una población inicial de 45 internos que provenían tanto de la Cárcel de San Miguel como de la calle 5 de la Ex Penitenciaría, de los cuales tan solo tres eran procesados por delitos comunes, y 42 procesados ya por la LCT, ya por CJM, LCA, etc. En octubre del mismo año otros 37 procesados por este tipo de leyes fueron trasladados allí.

máxima seguridad en la capital, especialmente construida para reos de “alta peligrosidad” caracterizada por un sofisticado sistema de vigilancia y una severidad extrema en su régimen interno. Muchos de ellos que se encontraban reclusos en otras provincias fueron trasladados a este recinto, no en base al criterio de alejarlos de su lugar de origen sino por su calificación como reo de alta peligrosidad y asimismo por existir una concentración de la mayoría de los procesos en la ciudad de Santiago. Las mujeres se encuentran reclusas en una sección especial de máxima seguridad en el Centro de Orientación Femenina. Ellas fueron trasladadas a un recinto penal femenino recién en 1995. Con anterioridad se encontraban reclusas en una cárcel común destinada al sexo masculino³⁷¹.

Nos detendremos en la Cárcel de Alta Seguridad (CAS) para la explicación del régimen cerrado, por ser el recinto especial por excelencia y el que contiene a la mayor parte de los prisioneros por esta clase de delitos³⁷². En ella se encuentran tanto presos preventivos, como condenados, en disonancia con lo previsto por la normativa procesal común, más garantista, (CPP y NCPP), que abogan por el respeto al principio de presunción de inocencia de los primeros, y al principio de legalidad en los últimos³⁷³. Sus características son: a) Una construcción sofisticada en cuya elaboración se emplearon numerosos recursos económicos, muy por encima de los que normalmente se destinan a otras cárceles, b) Un régimen interno extremadamente severo, c) Un sistema de vigilancia estricto tendiente a mantener el control de los internos, y d) Sus dependencias están diseñadas especialmente para mantener el control y la seguridad.

A consecuencia de ello se produce en nuestra opinión una segregación y aislamiento de quienes allí se encuentran privados de libertad no solo en relación al resto de la sociedad sino al interior de la misma³⁷⁴. Como anota acertadamente el sociólogo Tomás MOULIAN: "Se trata de una cárcel especial, no por los privilegios de que disponen los presos, sino por la dureza de las condiciones del encierro. Es una cárcel construida y pensada en su régimen interno para impedir la libertad de contactos con el exterior y para someter a los presos a rigurosas

³⁷¹En relación a las mujeres procesadas por su pertenencia a organizaciones armadas y delitos cometidos en el marco de las mismas, cabe destacar que se aplicó la misma política mencionada. Las que cometieron delitos durante la dictadura se encontraban reclusas en un recinto femenino que no revestía en principio los caracteres de alta seguridad como los ahora conocidos, Anexo Cárcel de Santo Domingo. Las que cometieron delitos durante la transición democrática fueron reclusas en un penal común: la cárcel de "San Miguel" que reunía a delincuentes comunes y políticos todos del sexo masculino, entre los cuales las mujeres habitaban en una sección especial. Ello no impedía que constantemente se vieran expuestas a los acosos de los delincuentes comunes. Un relato particularizado del mismo lo hace DELTEIL, Gérard. "*La cárcel de los marginados*" artículo publicado en *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997.

³⁷²Permanecían reclusos en esta cárcel hasta 1996 aproximadamente 73 personas pertenecientes a diversas organizaciones armadas. En 1999 restaban 57. Además, en algunas ocasiones se han trasladado allí a detenidos preventivos por cuya seguridad personal se teme en caso de permanecer en otro recinto (1 caso) y a procesados por infracción a la ley que sanciona el tráfico de estupefacientes (2 casos). Ellos permanecen aislados del resto de la población penal. Al año 2001 la población penal era de aproximadamente 53 prisioneros.

³⁷³ El CPP en vigor declara expresamente que “detenidos y presos” deben estar “en cuanto sea posible separados los unos de los otros” (art. 292). El NCPP regula con mayor detalle esta situación estableciendo que los presos preventivos deben estar en establecimientos especiales, o al menos separados absolutamente de los condenados, porque “el imputado será tratado en todo momento como un inocente” (art. 150).

³⁷⁴Los prisioneros habitan solo desde la primera planta hacia arriba (segunda planta en Latinoamérica). No pueden tener acceso al Bajo salvo en determinadas ocasiones, en las horas de comida. Se encuentran distribuidos en cuatro secciones o módulos distintos, incomunicados entre sí. Cada módulo está dividido en celdas para dos personas con un patio de aproximadamente siete por diez metros. En cada sección habitan entre siete y quince personas. Los prisioneros no tienen posibilidad de acceder a los otros módulos, en ningún caso, salvo contadas ocasiones. Los dirigentes de las organizaciones políticas o los sindicatos como cabecillas y responsables se encuentran en un módulo aparte, construido de manera tal que no tienen visibilidad hacia el resto del penal, ni hacia sus compañeros. La Administración penitenciaria ha debido flexibilizar sus severas normas, en la práctica, dadas las constantes movilizaciones de los presos. Así, bajo ciertas condiciones se permite de vez en cuando, a los dirigentes salir a los otros módulos con el fin de contactarse con el resto del penal para la realización de determinadas tareas, ya sea en relación a talleres, nuevos proyectos de trabajos al interior del penal, solución a movilizaciones y algunas negociaciones con la autoridad penitenciaria en pro de sus demandas. El personal administrativo que atiende este recinto es también altamente especializado.

condiciones de confinamiento. Aparentemente se desea no solo encerrar a los reos sino, además obligarlos a arrepentirse de sus culpas y pagar sus delitos con la penitencia"³⁷⁵.

b.2.2.- *Notas distintivas del régimen interno de los penales de máxima seguridad a la luz de la legislación vigente.*

b.2.a.- Limitaciones en el derecho a visitas

El art. 14 de la ley 18.314 establece que sometida a proceso una persona por delitos de terrorismo el juez podrá, por resolución fundada, establecer restricciones al régimen de visita. El RP (DS N°518) faculta de manera general a la autoridad administrativa penitenciaria (Alcaide y Director de Gendarmería) para establecer las citadas restricciones y modalidades de visitas, incluyendo la suspensión de las mismas por un plazo máximo de un mes (arts. 56 y 81) como castigo o sanción disciplinaria. Esta medida disciplinaria puede repetirse conforme lo señala el art. 87, teniendo la facultad de prorrogarla la misma autoridad administrativa, previa autorización judicial.

Esta norma que establece una situación excepcional ha sido aplicada permanentemente. Las personas recluidas en la CAS solo pueden recibir las visitas de sus familiares más directos y del cónyuge, además de la de su abogado y procurador que tenga patrocinio en el proceso³⁷⁶. Durante situaciones calificadas de excepcionalidad por la autoridad administrativa, por ejemplo huelgas de hambre, o en caso de faltas disciplinarias, las visitas son suspendidas, y la misma restricción se aplica como castigo disciplinario. El castigo disciplinario más frecuente era la privación del derecho a visitas por lapsos de quince a treinta días, en virtud del antiguo RP.

El DS N° 518 (RP), vino a reforzar aún mas esta práctica y a legitimar legalmente la misma al atribuir ya de plano la facultad de suspender un derecho fundamental a la autoridad penitenciaria³⁷⁷. Aunque el legislador intenta consagrar un resguardo mínimo a los derechos del detenido, exigiendo para la repetición de la medida, la intervención del juez, no establece un plazo máximo de duración. Así, la medida de suspensión podría repetirse indefinidamente.

b.2.b.- Intervención en las comunicaciones y sistema de vigilancia.-

El art. 14 de la Ley 18.314 ya citado establece asimismo que en virtud de resolución judicial podrá, interceptarse, abrirse o registrarse las comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica³⁷⁸. El DS.n°518 (RP) establece en el art. 43, *con carácter general*, que de *toda correspondencia*³⁷⁹ recibida o enviada por los internos debe llevarse un control estricto por parte de la administración penitenciaria, debiendo comunicarse

³⁷⁵MOULIAN, Tomás. *Cárcel de Alta Seguridad*, Diario *La Época*, febrero de 1995. Organismos de derechos humanos en Chile, Amnistía Internacional, y agrupaciones de familiares de presos políticos han sido unánimes en señalar que los recintos de máxima seguridad tienden al aniquilamiento psicológico de los reclusos. Compartimos esta opinión. Como analizaremos a continuación, pese al grado de sofisticación de estos recintos (cárceles doradas), y que en realidad cumplen con las condiciones de modernidad, salubridad, etc. mejor que los recintos penitenciarios comunes, el severo régimen que allí se aplica tiende al quiebre psicológico de los prisioneros, mas que a las posibilidades de un reintegro a la sociedad.

³⁷⁶Las visitas tienen el carácter de *vis a vis*, reivindicación que lograron los presos tras la huelga de hambre de 44 días posterior al traslado, ya mencionada. Solo los familiares directos (hasta cinco) pueden ser recibidos en *vis a vis*, en períodos quincenales. Las demás personas relacionadas con el interno deben someterse al sistema de locutorio, el que no ha sido aceptado, de manera tal que dichas dependencias se encuentran sin utilización. Ninguno de los prisioneros ha recibido jamás ninguna visita en locutorio, prefiriendo privarse de la visita de otras personas. Por otra parte, no existen las visitas interpenales familiares, situación que se da cuando dos procesados o condenados se encuentran en relación conyugal recluidos en cárceles distintas. Los hijos han de visitar a sus padres por separado.

³⁷⁷Esta disposición que fue introducida en 1998 está en estrecha relación con el Proyecto de ley enviado en 1997 en el que se pretendía la modificación de la LCT. Boletín 1976-07, ILD, agosto de 1997.

³⁷⁸En la práctica no existen ni las comunicaciones telefónicas ni telegráficas ni informáticas.

³⁷⁹Entendemos que el legislador se está refiriendo a la correspondencia epistolar y telegráfica.

al Jefe del Establecimiento cualquier irregularidad que se detectare. Pero se preocupa en especial de la de los internos por *delitos de terrorismo y subversivos*: "La obligación de comunicar las irregularidades se refiere en particular, a la presencia de claves o a la referencia a temas delictivos o que propendan a la alteración del orden interno del establecimiento o la sociedad, relacionados con conductas terroristas, subversivas o crimen organizado".

Este control se concreta mediante la intervención en las comunicaciones que se autoriza en el art. 28 del citado RP que regula el *régimen cerrado*: "Por razones de seguridad, podrán ser intervenidas o restringidas las comunicaciones orales y escritas". Con ello se está autorizando a la autoridad administrativa para intervenir *cualquier tipo de comunicación*, inclusive la que se realiza con la defensa de procesado. El RP no parece amparar en este aspecto el secreto profesional pues se limita a declarar que las comunicaciones con el abogado defensor no pueden suspenderse. Tampoco señala el RP cuáles son los mecanismos a través de los cuales pueden ser intervenidas las comunicaciones, con lo que tácitamente se está amparando la grabación de conversaciones privadas de los internos, sistemas de escucha a través de micrófonos ocultos, y medios audiovisuales.

Esta disposición, nacida a la vida jurídica en 1998 con el DS N° 518 sin duda está inspirada en la modificación que se pretendía introducir a la LCT (Proyecto de ley de 22 de enero de 1997) en la que se facultaba al juez para "interceptar, intervenir, grabar, abrir registrar las comunicaciones o documentos privados del procesado preso". Con ello, se pretendía ampliar en la misma LCT la intervención a cualquier clase de comunicación privada. El sistema de vigilancia ha sido uno de los puntos álgidos en esta política de seguridad penitenciaria. Se yergue en base a un sofisticado sistema plagado de cámaras de TV a lo largo de todo el recinto, puertas interconectadas entre sí de manera tal que no pueden existir dos abiertas al mismo tiempo, en suma, un control férreo sobre todo el que ingrese. Inclusive antes de la modificación citada (DS. N° 518) que amplió el sistema de vigilancia, se llegaron a utilizar métodos que atentaron contra el derecho a la intimidad de los internos: sofisticados micrófonos inalámbricos que fueron eliminados tras una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago³⁸⁰.

El art.29 del RP no parece adecuarse al derecho a la intimidad (art.19 n°5 CPRCH). Si bien la Carta Fundamental permite la intervención en las comunicaciones "en la forma que la ley lo determine" no parece estar facultando la utilización de instrumentos de espionaje como micrófonos ocultos, o la grabación de conversaciones privadas. Del mismo modo se vulneran normas básicas de derecho internacional: arts. 10 y 15 del PIDCP y los arts. 5° núms. 2, 3, 4, y 6, y art. 11 n° 1 y 2 de la CADDHH. Pareciera ser que este derecho se encuentra negado para quienes han sido calificados como reos de "alta peligrosidad", sea que se encuentren procesados (caso en cual debería respetarse el principio de presunción de inocencia) o condenados (caso en el cual el individuo ya se encuentra cumpliendo con la pena impuesta por la ley y por tanto ha de respetarse el principio de legalidad). En la práctica, para la aplicación de estas medidas de seguridad no se distingue la situación procesal del interno. El efecto criminógeno de las mismas repercute en la integridad psíquica de los prisioneros toda vez que se añade al desequilibrio emocional que produce toda privación de libertad, un elemento adicional que provoca temor e inseguridad ajeno al trato humanitario.

La intervención en las comunicaciones *epistolares* asimismo ha sido una norma permanente en la CAS, y no excepcional como indica la ley. Toda carta, (sea de un procesado o de un condenado) que ingresa al recinto debe ser leída por el personal administrativa, asimismo las cintas, libros, y material de lectura y estudio que reciban los internos. Además el RP autoriza

³⁸⁰El 9 de Agosto de 1996 la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó que al interior de la Cárcel de Alta Seguridad los internos habían descubierto unos minúsculos y sofisticados micrófonos inalámbricos disimulados tras enchufes, en los servicios sanitarios y en las celdas. Todo ello fue considerado atentatorio contra el derecho a la intimidad que consagra el art. 19 n°4 de la CPRCH.

la restricción en el derecho a la información³⁸¹, garantía constitucional (art. 19 n° 12 CPRCH) que se puede ver afectada por el criterio de la autoridad administrativa. Otra manifestación del fortalecimiento de los poderes del ejecutivo en desmedro de los de la autoridad judicial.

b.2.c.- Otras medidas regimentales.-

Conforme a la normativa común pueden aplicarse determinadas medidas disciplinarias.

El art. 80 del CP en sus incisos 1°, 3° y 4° dispone: "En los reglamentos (de los respectivos establecimientos penitenciarios) solo podrán imponerse como castigos disciplinarios, el *encierro en celda solitaria e incomunicación* con personas extrañas al establecimiento penal por un tiempo que no exceda de un mes *u otros de menor gravedad*. La repetición de estas medidas deberá comunicarse antes de su aplicación al juez del lugar de reclusión quien solo podrá autorizarla por resolución fundada y adoptando las medidas para resguardar la seguridad e integridad del detenido o preso."

El RP contempla una norma similar en el art. 81 al permitir que la autoridad administrativa decrete como sanción disciplinaria: "la internación en celda solitaria por períodos que no pueden exceder de quince días" y "el aislamiento de hasta cuatro fines de semana en celda solitaria" (art. 81 letra j y letra k). El no establecimiento de un límite para decretar nuevos encierros e incomunicaciones ha dado paso a que tratándose especialmente de supuestos de terrorismo, u otra infracción de finalidad política, los citados encierros e incomunicaciones se hayan prolongado en ocasiones de manera innecesaria e incluso poniendo en peligro la integridad física del detenido³⁸².

En todo caso, y tal como dispone el art. 293 del CPP, el detenido o preso aunque se encuentre incomunicado tiene derecho a que se informe por la policía o por el tribunal a cuya disposición estuviere, su familia, a su abogado o a la persona que él indique, el hecho de su detención o prisión. El art. 44 del RP coherente con esta línea indica que las comunicaciones con el Abogado defensor no podrán suspenderse en caso alguno. En los de incomunicación judicial ellas se realizarán con arreglo a lo establecido en el CPP.

El art. 28 RP remite, para la aplicación de medidas extraordinarias de seguridad respecto de detenidos y presos preventivos, a los arts. 296 y ss del CPP. Tales arts. se refieren a la posibilidad de poner *prisiones al detenido o preso* y a la adopción de medidas de seguridad extraordinarias en casos de violencia, rebelión, o cuando esta medida parezca necesaria para la seguridad de los demás detenidos o para evitar el suicidio o la evasión. Solo el juez de la causa puede ordenar la medida o autorizar la que otro funcionario hubiere dictado antes de poner al detenido o preso a disposición del juez. La adopción de estas medidas debe estar precedida de un informe técnico que las recomiende. Las normas citadas se refieren también a la incomunicación. Cabe señalar que el NCPP no contempla la posibilidad de poner "prisiones" regulando solo lo relativo a la incomunicación por un máximo de diez días (art. 151).

Es importante dejar en claro que la medida de colocación de prisiones no puede significar un trato vejatorio para el prisionero, como p.ej. la colocación de grilletes, situación

³⁸¹ Art. 40: "Los internos tendrán derecho a la información, el que se ejercerá mediante la libre lectura de libros, diarios, periódicos... El ejercicio de este derecho podrá limitarse mediante una Resolución fundada del Jefe del Establecimiento, del Director Regional respectivo, o del Director Nacional, que *restrinja la circulación de los medios de comunicación social* cuando se refieran a temas que puedan afectar gravemente la seguridad o las actividades normales del establecimiento".

³⁸² Así por ejemplo, M.A.M. S., procesada y condenada por el delito de asociación ilícita terrorista (Rol 53.809-44 del 17 Juzgado del Crimen de Santiago) y procesada de igual forma por el art. 8° LCA fue detenida en 1994 con ocho meses de embarazo, pese a lo cual se le mantuvo un total de veinte días incomunicada (diez de los cuales fueron en un cuartel de la Policía de Investigaciones). De acuerdo a las informaciones proporcionadas por organismos relacionados con derechos humanos ella habría sido objeto de apremios ilegítimos durante su detención. Este es uno de entre otros muchos casos similares. Véase <http://www.presos.org> (AFAPP, Chile).

que ya ocurrió una vez en 1994, con motivo del traslado a la CAS. Utilizando el criterio sistemático de interpretación, entendemos que solo estaría permitido “esposar” a los prisioneros, en casos muy calificados, ya que se trataría de un castigo disciplinario de menor gravedad a que se refiere el art. 80 CP.

Otra medida disciplinaria como se indicó es la suspensión del derecho a visitas, y al igual que en el caso español, los *allanamientos frecuentes* por parte de la Administración penitenciaria en los que participa personal altamente especializado. Allanamientos en los que la coacción física no es precisamente excluida³⁸³.

Razón tiene FOUCALT cuando señala que pese a haberse abandonado la concepción de la ejecución de la pena en el cuerpo mismo del condenado, ésta no ha sido del todo excluida: "... un castigo, incluso como la prisión-mera privación de libertad- no ha funcionado jamás sin un cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda. ¿Consecuencia inevitable del encierro?. De hecho, la prisión en sus dispositivos más explícitos ha procurado siempre cierta medida de sufrimiento corporal”³⁸⁴.

Lo grave es que es la autoridad administrativa (Jefe del Establecimiento penitenciario y Director Nacional de Gendarmería) quien tiene la amplia facultad de decretar este tipo de castigos disciplinarios (arts. 82 y 83). No existe la intervención judicial previa que autorice por ejemplo el encierro en celda solitaria, el mas grave de los aquí mencionados. La autorización judicial procede solo cuando se trata de "repetir" la medida (art.87 RP). Y más grave aún. Estas medidas se encuentran establecidas con carácter general para toda la población penal, de donde reafirmamos nuestra convicción de que la ley penal como mecanismo de control social alcanza no solo a los casos designados como "excepcionales" (terrorismo), afectando los derechos de reclusos que nada tienen que ver con este tipo de delitos.

b.2.3.- Limitaciones en los beneficios penitenciarios.

Los beneficios penitenciarios tales como la libertad condicional, permiso de salida esporádica, dominical y salida controlada al medio libre, se encuentran consagrados con aplicación para cualquier supuesto (Título V del RP, arts. 96 a 115). Asimismo la libertad vigilada y reclusión nocturna (Ley 18.216 de 14 de mayo de 1983). Sin embargo, en la práctica, a los condenados por delitos de terrorismo y en general a cualquiera que se encuentre

³⁸³Durante los allanamientos es frecuente que se produzcan reyertas entre prisioneros y personal de los grupos antimotines produciéndose atentados contra la integridad física y psíquica mayormente de los prisioneros, que de los funcionarios, como es lógico, dada la superioridad de fuerzas con que cuentan. Organizaciones de derechos humanos en Chile han denunciado que el funcionamiento y régimen interno aplicados a las cárceles de alta seguridad vulneran los derechos fundamentales y las normas mínimas para el tratamiento de los detenidos, como por ejemplo, la aplicación de tormentos a prisioneros por motivaciones políticas. Todo lo cual ha ameritado el estudio y pronunciamiento de la Comisión de derechos humanos de la Cámara de Diputados. **Informe de Agrupación de Familiares y amigos de los prisioneros políticos**. Octubre de 1997, Santiago, Chile. En este informe se detallan diversas clases de torturas aplicadas sobre un número total de 75 casos de detenidos tanto físicas como psicológicas (vr.gr. electricidad, colgamientos, privación de alimentos y abrigo, simulacros de fusilamiento, golpes, agresiones sexuales, etc.). El 19 de Junio de 1997 AMNISTIA INTERNACIONAL denunció 20 casos de torturas imputados en 1996 a la policía. En abril de 1994 el Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU) denunció 140 casos de torturas posteriores a 1991, 55 de los cuales (entre 1990 y 1992) se denunciaron a las Naciones Unidas. *El Mercurio*, 2 de mayo de 1992). Mas ampliamente <http://www.presos.org>, véase también VILLEGAS, Myrna. “¿Cuál es el terrorismo que opera en Chile?. Se involuciona en el sistema penal”, Febrero 1999, en <http://www.presos.org>. (Red de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Chile); la misma. “La domesticación por el castigo en la custodia de los reclusos. ¿Y el Estado de Derecho?” febrero 2000, en <http://www.presos.org>, y <http://www.eurosur.org/rebelion>. *Revista Electrónica Rebelión*, España.

³⁸⁴FOUCALT, M. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Edit. Siglo XXI; 15ª ed. 1996, p. 23. En igual opinión Roberto BERGALLI para quien “nunca podrá ser destruido del concepto de pena el sentido de brutalidad y violencia que el mismo encierra” BERGALLI, Roberto. “Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal”, en *Violencia y Política*, Monográfico, *Rev. Sistema*, núm 132-133, 1996 a), pp.129-143, esp. p.134.

clasificado como reo de alta peligrosidad le es extremadamente difícil acceder a ellos. El número de libertades condicionales que pueden darse en estos casos es infinitamente menor que en casos de delitos comunes, aún cuando cumplan formalmente con los requisitos señalados por la ley.

La dificultad para acceder a los mismos radica tanto en los informes que han de realizar el Tribunal de Conducta (libertad condicional)³⁸⁵ y los Comités Técnicos de la Administración penitenciaria (permisos de salida, art. 96 RP) encargados de evaluar el desarrollo de los condenados, como en los criterios político criminales que se asumen desde las instancias de poder para la concesión de dichas medidas. En la concesión de la libertad condicional interviene el Ministerio de Justicia y la Autoridad judicial quienes se basan en estos informes. Además existen solo dos oportunidades en el año en las cuales se puede solicitar (art. 24 del Reglamento de libertad condicional, aunque este artículo se refiere a los casos de reincidencia se aplica como norma general). En cuanto a los permisos de salida, ellos nunca han sido concedidos a quienes están reclusos en recintos de máxima seguridad.

Es aquí en donde mayor concreción alcanza el antes citado concepto de "peligrosidad social". Según el art. 92 RP, el tratamiento de reinserción social es dirigido a todos los privados de libertad, en concreto *las personas privadas de libertad o que se encuentren en el medio libre* (régimen abierto). Esto nos lleva a interrogarnos, en primer lugar, si acaso no debería respetarse el principio de presunción de inocencia respecto de los presos preventivos. Se contradice el RP en este aspecto, ya su art. 7 declara la presunción de inocencia como rector tratándose de los detenidos y sujetos a prisión preventiva, además de contravenir tácitamente la Constitución Política (art. 19 n°3). En segundo lugar, el participar en las actividades de reinserción y reeducación es un requisito implícito en la obtención de beneficios penitenciarios. Esto porque en el caso de quienes se niegan a participar en tales actividades, tendentes "a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva", como reza el art. 92 RP, es ya elemento suficiente como para un informe desfavorable. De igual manera si participando en ellos el sujeto no ha abandonado sus ideas políticas.

Esto obviamente no se expresa en la ley. Se trata de una práctica de la administración penitenciaria sometida al control de la autoridad judicial (Corte de Apelaciones) y del Poder ejecutivo (Ministerio de justicia), siendo este último el que ha de tomar la decisión final respecto del otorgamiento de beneficios. Con un informe elaborado por la administración penitenciaria desfavorable, ni la autoridad judicial, ni el Ejecutivo optarán por el otorgamiento solicitado. No parece ser que con este tipo de normativa se consagre la *voluntariedad en el tratamiento de reinserción social*, que será lo adecuado en un Estado de derecho que garantice el respeto a la libertad del individuo.

Recapitulando, la política que ha seguido el Ministerio de Interior y de Justicia en materia de terrorismo y subversión ha sido la *concentración de los reclusos en recintos especiales de máxima seguridad*, aplicándoseles el régimen cerrado con todas las limitaciones ya expuestas. No obstante, desde 1994 en adelante, y durante el gobierno de Eduardo Frei comenzaron a propiciarse una serie de traslados de los reclusos hacia otros recintos penales. En algunos casos los traslados fueron definitivos, en otros temporales³⁸⁶. Pareciera ser que lo que

³⁸⁵ Véase DL n° 321 de 10-3-1925 sobre Libertad Condicional, y Reglamento del mismo de 30-10-1926. En relación a la libertad vigilada ella es adoptada por el tribunal dado su carácter de medida sustitutiva a la pena privativa de libertad, lo mismo que la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna. Véase Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, y Reglamento de la misma, de 14-5-1983 y 18-1-1984 respectivamente.

³⁸⁶ Uno de los traslados más criticados por organizaciones de derechos humanos ha sido el de 6-2-1999, en el que se evacuó completamente la CAS. De los 57 que allí se encontraban, 7 fueron reubicados en penales de provincias y 50, temporalmente, en otro penal de máxima seguridad destinado a reos "comunes" de alta peligrosidad (Penal de Colina II). De acuerdo a la información que proporcionaron las acciones judiciales emprendidas por abogados de derechos humanos, el citado traslado se realizó atentando en contra de la integridad física de los detenidos lo que motivó la interposición de recursos de amparo y protección, además de la solicitud de designación de un Ministro en Visita para

se pretende es implementar el modelo español de tratamiento penitenciario para los procesados y condenados no solo por delitos de terrorismo, sino en general para la sanción de la conducta de quienes integran o colaboran con una organización armada. Hemos dicho antes que los RP de 1993 y 1998 se semejan bastante a los antiguos RP españoles.

Da la impresión de que con estos traslados “esporádicos” se está “probando” a implementar la dispersión, lo que es a lo menos una falta de visión jurídica y política dados los resultados que en España ha producido. Recordemos que la demanda de ETA por el secuestro de Miguel Ángel Blanco era precisamente el acercamiento de los presos de esta organización. Ante la negativa del gobierno, ETA dio muerte al Concejal, y luego se sucedieron una serie de hechos de violencia que culminaron con las negociaciones políticas en 1998. No pretendemos con esto asimilar- en caso alguno- el carácter y el grado de violencia política en ambos países, sino que la idea apunta más bien a que en Latinoamérica, y en Chile, debemos mirar no tanto las instituciones mismas cuando pretendemos adoptar modelos foráneos que nos parecen idóneos para un Estado democrático, sino las consecuencias que dichos modelos han traído consigo.

Este régimen resulta inadecuado para la reinserción social, toda vez que trae como consecuencia un aislamiento del recluso a la sociedad a la cual pretende reinsertársele. La finalidad del tratamiento penitenciario ha de consistir en *modificar la conducta delictiva*, lo que en estos casos no puede conseguirse mediante la limitación o privación de derechos que están establecidos para todo detenido o preso, en aras al intento por desarticular o desarmar las organizaciones. El instrumento adecuado es, como se ha insistido, la *negociación política*, y mientras ella no exista, debe intentarse en todo caso emplear los mecanismos que la ley contempla de la manera que menos se dañe los derechos fundamentales. Mecanismos que han venido utilizándose son aquellos a los que a continuación nos referimos, el arrepentimiento eficaz y el indulto.

2.d. - Las medidas premiales en los delitos de terrorismo: el arrepentimiento eficaz³⁸⁷.

2.d.1. - La aplicación de medidas premiales a los presos por delitos de terrorismo se enmarca dentro del tratamiento excepcional que se le otorga, en cuanto categoría determinada de reclusos de difícil resocialización. Esta aseveración no implica, empero, su justificación. La naturaleza jurídica de las figuras premiales radica en que son formas de gracia reservadas al Poder Judicial y que permiten imponer la pena inferior en uno o dos grados, una atenuación especial. Un elemento de incentivo cuya finalidad no es la consecución de un estado psicológico en el sujeto, tendiente al respeto del ordenamiento jurídico, sino impedir la producción de delitos e incentivar a los sujetos a la colaboración para el desmantelamiento de las organizaciones armadas. Es este un elemento común en las legislaciones de Chile y España que se concreta a través de la figura del arrepentimiento eficaz.

En la *legislación chilena* la figura del arrepentimiento eficaz y sus semejantes como el desistimiento encuentra regulación en numerosas disposiciones tanto en el derecho penal común

la investigación de los hechos. La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, apreciando los antecedentes, acogió el recurso de protección interpuesto en favor de los prisioneros (Rol N° 568-99) señalando: “ Que, sin embargo, de las contradicciones observadas en los informes médicos relativos a la salud de los internos...surge mérito suficiente para convencer a estos sentenciadores que, en la especie, *Gendarmería aplicó medidas de represión extrema, que causaron lesiones de cierta consideración*, apartados de los procedimientos que el Reglamento le permite, *y que trató de ocultar* mediante la producción de elementos de juicio que alteraran la concepción de la realidad por parte de este tribunal”... “Que no ignora esta Sala que, a la época de esta sentencia, la situación del penal se ha normalizado; *lo que no sabrá es hasta qué punto esa normalización obedece al temor de los reclusos de verse expuestos nuevamente, a un tratamiento como el que aquí se impugna*, lo que mueve a considerar si es legítimo o no que los órganos del ejecutivo empleen métodos de violencia tal que inhiban toda protesta, todo intento de representar la violación de ciertos derechos o deseos, todo afán de mejorar una condición que, por sí, es limitante y distinta a lo que puede desearse”. (considerandos 9 y 10, fallo de 6 de junio de 1996, Recurso de Protección Rol N° 568-99, Corte de Apelaciones de Santiago). Lo subrayado es nuestro.

³⁸⁷ Infra Cap. VII. V. *La atenuación punitiva por colaboración con la justicia: el arrepentimiento eficaz.*

como en legislaciones especiales. Nos referiremos tan solo a la figura que se aplica para los casos de organizaciones armadas con finalidades políticas que se radica en tres leyes especiales: la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado y la Ley 19.172 sobre arrepentimiento eficaz.

El art. 23 de la Ley 12.927 relativa a los *delitos contra la seguridad del Estado* establece una rebaja de la pena en uno o dos grados a la señalada por la ley para aquel que apareciendo como responsable de cualquiera de los delitos por ella regulados revelare al tribunal antecedentes no conocidos que fueren útiles a la comprobación del hecho punible o determinación de los delincuentes. Resulta beneficiado en los mismos términos aquel que denunciare a la autoridad el plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación para cometer alguno de los delitos contra la seguridad interior del Estado o contra el orden público que se enumeran: atentado contra la vida o integridad física de personas (art. 5a); secuestro (art. 5b); incitación, promoción, o realización de hecho y por cualquier medio a la destrucción o daños a servicios de utilidad pública (art. 6c), o envenenamiento de alimentos, aguas o fluidos destinados al uso o consumo públicos (art. 6 e); internación, fabricación, almacenamiento, transporte, venta, distribución o entrega a cualquier título de armas (art. 6g).

Tratándose de los *delitos de terrorismo*, el art. 4° de la ley 18.314 dictada en 1984 establece: " Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos".

Esta norma no satisfacía las aspiraciones de la incipiente democracia chilena, para cumplir con el objetivo de erradicar la violencia de las organizaciones armadas que continuaban operando en el territorio nacional. De hecho el art. 4 no fue modificado por las llamadas *Leyes Cumplido* y su texto reprodujo la norma dictada durante la dictadura militar. Apenas a un año de la citada modificación (10 de abril de 1991), el Presidente de la República envió al congreso un proyecto de ley destinado a modificar el CP para introducir dos nuevos tipos penales omisivos y reformar la LCT en pro de la creación de la figura del *arrepentimiento eficaz*. La disposición pertinente de tal proyecto de ley fue objeto de fuertes críticas en el parlamento, puesto que las hipótesis contempladas para cada tipo de franquicia (rebaja de la pena, impunidad, suspensión condicional de la pena) eran difusas³⁸⁸. Más finalmente se promulgó la ley 19.172 de 4 noviembre de 1992, denominada *Ley de arrepentimiento eficaz*, que examinaremos en la tercera parte de esta investigación.

Cabe destacar que en el art. 6° de esta nueva ley se indicó que sus disposiciones serían aplicables a aquel que incurriere en conductas terroristas dentro del plazo de cuatro años contados desde su publicación, caso en el cual dejaría de aplicarse el art.-. 4° de la LCT ya transcrito. Este plazo de cuatro años coincidía con el término del primer período presidencial post dictadura y alcanzaba al primer año del segundo de dichos períodos. De esta forma, ya al 4 de noviembre de 1996, finalizaba la vigencia de la ley 19.172, por lo que se hacía necesario determinar cuáles eran los parámetros que se seguirían, y a esta función atendió el Proyecto de ley de enero de 1997 que quiso modificar la LCT³⁸⁹. Dicho Proyecto de ley, que fue dejado sin efecto a los pocos meses de su presentación, pretendía incorporar al texto de la ley 18.314 el contenido del articulado de la ley de arrepentimiento eficaz. Actualmente el art. 4 de la ley 18.314 es el que se encuentra en vigor.

El objetivo que se proponía la ley 19.172, dismantelar las organizaciones armadas, fue

³⁸⁸ Informe de la CCLJ, boletín N° 334-07-1, En *Historia de la Ley 19.172 (D.Oficial 4 de noviembre de 1992)*, ob. cit. p.1876.

³⁸⁹Boletín 1976-07, ILD, agosto de 1997.

alcanzado, aunque, cabe destacar este fenómeno no se produjo por la aplicación de la ley 19.172. No puede sostenerse que las organizaciones políticas hubieren corrido la suerte que las Brigadas Rojas en Italia. El desmantelamiento de las mismas, a nuestro entender, se produjo mas bien como consecuencia del debilitamiento ideológico al interior de dichas organizaciones.

La *legislación española* exige en el art. 579.3 CP, para rebajar la pena: el abandono voluntario de las actividades delictivas y presentarse a las autoridades confesando el hecho cometido, además de la *colaboración activa* tanto para impedir que se produzca el delito u otorgar pruebas sobre el mismo. Textualmente indica: "Los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado".

De acuerdo al tenor literal, la atenuación punitiva exige de un lado, el abandono voluntario de las actividades delictivas y la presentación ante las autoridades confesando el hecho cometido, y de otro lado, la *colaboración activa* en la investigación a objeto de impedir que se produzca el delito u otorgar pruebas sobre el mismo. Este último requisito es el plantea mayores problemas puesto que, al no especificarse lo que debe entenderse por "colaboración activa", no parece existir diferencia entre el "arrepentimiento" y la "delación".

La concurrencia copulativa de estos requisitos hace más difícil el acceso al citado beneficio en comparación con el antiguo art. 98 bis del CP, el que además permitía otorgar la libertad condicional al delincuente que prestaba su colaboración con posterioridad a la condena, sin que fuera necesario exigir una colaboración activa, y además era una norma general establecida para todo tipo de delincuente.

2.d.2. - La excepcionalidad en el trato para los arrepentidos ha sido fuertemente discutida por la doctrina. BENTHAM, y otros autores que defienden esta institución argumentan su *eficacia en el combate contra el terrorismo*³⁹⁰. BECCARIA y otros, en rechazo de la misma aluden a cuestiones de ética o moral, considerando que el Estado no ha de *autorizar la traición*³⁹¹. La mayor crítica radica en su fuerte componente autoritario que la transforma en un mecanismo de involución de la ley penal en cuanto manifestación clara de la excepcionalidad.³⁹²

La eficacia de su aplicación ha sido el punto de apoyo para quienes estiman necesario este derecho penal premial. Italia parece haber sido el ejemplo y modelo legislativo para otros países europeos, en concreto, España. El fenómeno del *pentitismo* alcanzó su punto máximo en 1982 con la promulgación de la Ley sobre arrepentidos (*Pentiti*. Ley N° 304 de 29 mayo de 1982), cuya antecesora más inmediata fue la *Ley Cossiga* de 1979. En 1986 en un primer balance advertía FERRACUTI³⁹³ que el número de terroristas arrepentidos a este año era un cuarenta por ciento, aunque ello no daba pie a su juicio para afirmar el valor intrínseco de la figura del arrepentimiento en cuanto mero instrumento táctico. A su juicio debía avanzarse en el contenido de reintegración social para los terroristas. Lo cierto es que el accionar de las

³⁹⁰BENTHAM, J. "*Théorie des peines et des recompenses*", en *Oeuvres II*, Bruselas, 1829, Cit. por GARCÍA RIVAS, N. 1984, p.110.

³⁹¹BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Trad. español de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, 9ª reimpresión, 1996; p. 99.

³⁹² Otros autores van mas allá de estas consideraciones generales, MAPELLI ha sostenido que este tratamiento especial es nefasto, pues mas bien se les trata como a disidentes políticos y no terroristas. MAPELLI, B. "*Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo*", ponencia cit., 1998.

³⁹³ FERRACUTI, 1986, p. 306 y 310.

Brigadas Rojas se vio considerablemente disminuido tras la promulgación de esta ley a la que se acogieron numerosos ex brigadistas.

De igual manera en Francia (Ley 86-1020 de 1986) y en Alemania con el llamado *testigo de la corona* (Ley de artículos, 1988) se contemplan estas figuras, aún cuando esta última no favorece directamente la delación³⁹⁴.

De BECCARIA podemos deducir el gran cuestionamiento que en términos morales suscita el derecho penal premial. El Estado premia al delator, y a la vez promueve su degradación moral. En el fondo, lo que se le exige al terrorista es que traicione a sus propios ex compañeros. En este sentido y con motivo de la promulgación de la ley de arrepentimiento eficaz en Chile, el diputado Andrés Aylwin señaló: "En la lucha contra el terrorismo, deben estimularse los valores morales y no los contrarios a ellos... la delación compensada es negativa, rompe con la idiosincrasia de pueblo chileno, el cual desprecia al delator"³⁹⁵. Ciertamente el delator es repudiado, "hasta entre los malhechores" como ya lo decía Beccaria, pero quizás la real dimensión de la inconveniencia de estas medidas se encuentre en la propia excepcionalidad represiva que ostenta y que constituye un viraje hacia el autoritarismo en materia penal.

Nuestra primera objeción apunta que la figura del arrepentimiento eficaz, fronteriza con el desistimiento, constituye un peligro para el establecimiento de la *verdad procesal*. Las declaraciones del delator en negociación directa o indirecta con los órganos del poder ejecutivo son de dudosa fiabilidad³⁹⁶. La excepcionalidad en el trato acentúan el carácter inquisitorio del proceso transformando el interrogatorio en un medio de obtención de pruebas³⁹⁷. Por otra parte no debe caerse en el error de estimar que a los ojos del legislador presto a otorgar una medida premial, la colaboración activa del penado constituya una manifestación del logro de una resocialización. La colaboración no se produce de manera espontánea, sino provocada por algún interés despertado en el condenado que- en situación psicológica adversa dada la privación de libertad, o el temor a ella- renuncia momentáneamente a sus planteamientos y decide colaborar con la policía. El hecho de que el Estado premie la traición mediante esta figura, paralelamente a ser una cuestión de ética o moral, en la que se sacrifica la "moralidad" de la conducta en aras a un beneficio mayor cual es el combate a la criminalidad terrorista, es un problema de proporcionalidad.

Mas allá de nuestras valoraciones éticas o morales habremos de apuntar a la necesaria proporcionalidad entre "medio" - "fin" que debe existir en un Estado Social y democrático. ¿Podemos entonces correr el riesgo de llegar a una verdad falseada en pro del combate a la criminalidad terrorista?. Y nos referimos no solo al falseamiento de la verdad procesal sino al falseamiento que existe en el interior del delator. ¿Es acertado privilegiar de esta manera la prevención general, fundamento de la delación compensada?. Como plantea FERRAJOLI³⁹⁸ se corre el riesgo con esta normativa de caer en el "matrimonio perverso" o lo que es lo mismo, en el esquema político de "amigo-enemigo" en el que se intimida al sujeto con la amenaza de una prisión preventiva de larga duración si no contribuye con la delación. Se está subsumiendo en la realidad el autoritario principio de que el fin justifica los medios, "olvidando que el sistema democrático no es un fin en sí mismo sino un medio de gobernación de la sociedad cuya esencia no es otra que el respeto a unas determinadas reglas de juego que se consideran

³⁹⁴Los arts. 138 y 139 StGB a juicio de algunos autores estarían favoreciendo el premio a la delación ÁLVAREZ - COBOS, "*La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*", RFDUCM, N°68, 1983; 1983, pp. 161-191, esp.p.189. Otros sostienen que a contemplarse en el parágrafo 139 la posibilidad de que se evite el resultado por medios distintos a la denuncia a la autoridad, se esta excluyendo la delación. GARCÍA RIVAS, N. 1984, p.113, nota 28.

³⁹⁵GJ n° 143, mayo de 1992, Santiago, Chile, p. 5

³⁹⁶BARATTA, 1985 a), p. 45.

³⁹⁷PÉREZ CEPEDA, 1995, p.27.

³⁹⁸FERRAJOLI, 1984, p.277. En igual sentido, TERRADILLOS, J., 1988, p. 40.

infranqueables”³⁹⁹.

Y por último, se corre el riesgo de reprimir no precisamente el terrorismo. En Italia, a causa de los delatores fueron apresados un grupo de académicos, entre ellos Toni Negri, argumentándose que eran los ideólogos del terrorismo. ¿No es esto acaso una represión del disenso político?. Otras muchas personas fueron arrestadas e involucradas en hechos delictivos, sin tener ninguna participación en ellos. Manifestación patente fue el *Caso Tortora*, en el que se torturó y privó de libertad a un ciudadano, sin más “pruebas” que las obtenidas de un “arrepentido”. Prologando un artículo sobre el arrepentimiento elaborado por Mauro Mellini⁴⁰⁰, el propio Tortora señaló:

“Estas páginas, digo las páginas que ustedes leerán, yo no las he leído. Yo las he vivido. Yo las he sentido todas, como latigazos, sobre la piel... Después de un año, un año innoble, durante el cual he sido arrojado a la cárcel, como un delincuente, por la sola palabra de algunos criminales (sin una prueba, sin nada que fuese más allá de la maquinación perversa y de la calumnia), hubiese debido... ‘esperar todavía’... Meteros por un momento, por un momento sólo, en el pellejo de un ciudadano cogido a lazo, como un animal, ignaro de todo, y probad, con la cárcel, con un corazón que a mí me han roto, con una mente que casi me destruyen, el oprobio de una pública, inmisericorde crucifixión. Estado de Derecho, ¿esto?. Democracia, ¿ésta?. Prensa democrática ¿esta?. Fui el primero en denunciarlo, cuando con aquella bomba atómica que me hicieron explotar dentro, vi y comprendí que no era el ‘caso Tortora’, sino el ‘caso Italia’ lo que me presentaban con las esposas en las muñecas, la desolación y la vergüenza alrededor”.

No hace falta decir más, estas declaraciones son lo suficientemente explícitas como para comprobar el riesgo que existe en la legislación de emergencia, que se emplea como táctica de la estrategia político criminal de represión del terrorismo.

2.e. - El indulto y la amnistía.

Recuérdese que el *indulto*, como causa de extinción de la responsabilidad criminal, tiene por objeto evitar la perseguibilidad del delito en el proceso penal, más no afecta su existencia, sino tan solo a la pena, lo que trae como consecuencia una mantención de los antecedentes penales en el indultado, que serían apreciados como circunstancia agravante de reincidencia en el caso de que volviese a delinquir. En cambio, la *amnistía* es un acto del Poder Legislativo mediante el cual se suspende objetivamente la declaración de criminalidad respecto de un hecho tipificado como delito por la ley penal. De esta forma lo que se extingue es el delito, desaparece su punibilidad pues elimina la pena y todos sus efectos, e impide definitivamente la posibilidad de ejercer cualquier acción judicial destinada a sancionarlos.

Tanto el *indulto general* (para todos los sujetos de una determinada clase de delitos) como la *amnistía* revisten carácter de “arma política”⁴⁰¹. Históricamente el Poder Ejecutivo ha utilizado estas vías conforme a la coyuntura política y a criterios de conveniencia o inconveniencia, asimismo política para el país⁴⁰². Es ésta la razón por la que el CP español ha

³⁹⁹ GARCÍA RIVAS, N.1984, p. 107.

⁴⁰⁰ MELLINI, Mauro. “Una República arrepentida: Leyes especiales y barbarización de la justicia en Italia”, en CPC, N°57, 1995, pp. 669-709. Prólogo de Enzo Tortora, pp. 669-672. Trad. al español de Manuel Quintanar.

⁴⁰¹ MUÑOZ CONDE-GARCIA ARÁN, 1996, p.421.

⁴⁰² Así por ejemplo, en Chile el DL 2.191 de 1978, auto-amnistía que aprobó el régimen militar con el propósito de “perdonar” los crímenes cometidos por personeros del régimen entre 1973 y 1978. En España, las amnistías han sido utilizadas de manera frecuente a través de leyes o disposiciones generales, y con un signo claramente político dependiendo del gobierno de turno. Así al advenimiento de la República y su posterior sustitución por el régimen franquista se las leyes de 14-4-1931, 24-4- 1934, 21-2-1936, 27-11-1938 y 23-9-1939, que tuvieron por objeto especialmente el impedir el esclarecimiento de los hechos cometidos entre 1931 y 1939, dentro de los cuales se cuentan los numerosos crímenes del gobierno franquista. A ellas cabe sumar, durante la transición democrática, los Reales Decretos- Leyes de 30-7-1976 y de 14-3-1977 , y “la mucho menos amplia” ley de 15 de octubre de 1977, sobre amnistía. Cada cual situada en el contexto histórico correspondiente. Cfr. MUÑOZ CONDE- GARCIA ARÁN,

dejado de incluir la amnistía entre las causas de extinción de responsabilidad y criminal, y la razón por la cual la Constitución prohíbe en su art. 61 i, los indultos generales⁴⁰³.

En la *legislación chilena*, a diferencia de lo que ocurre en la española, el derecho penal premial rechaza la vía del indulto particular tratándose de los supuestos de terrorismo. Los condenados por este tipo de delitos no tienen la posibilidad de acceder a él, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Esta medida encuentra fundamento constitucional. El art. 9 de la CPRCH dispone en su último inciso: "Los delitos a que se refiere el inciso anterior (terrorismo) serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo"⁴⁰⁴.

El CP señala en el art. 93 como causas de extinción de la responsabilidad criminal, entre otras, la amnistía y el indulto (n°s 3 y 4). Dispone expresamente que la amnistía "extingue por completo la pena y todos sus efectos", y que por "la gracia del indulto" solo se "remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinen las leyes". El indulto a su vez se encuentra regulado en la Ley 18.050 de 6-11-1981 que fija las normas generales para conceder indultos particulares y su Reglamento de 7-1-1982. Nos encontramos pues, con que el legislador y el constituyente chileno no excluyen la aplicación de la amnistía para casos de terrorismo, pero sí se excluye la posibilidad de aplicar indultos particulares. ¿Por qué esta diferencia abismante?

Pensamos que esta distinción se ha establecido, en primer lugar, por un criterio de conveniencia política. La joven democracia chilena, por una parte, se encontraría ante la necesidad de defensa frente al fenómeno de la violencia política, razón por la cual impide el "perdón individual" a los condenados por delitos de terrorismo. Razón que la propia historia se encarga de desvirtuar: la violencia política en Chile no amerita tal "necesidad de defensa". Por otra parte, la democracia se encuentra ante la necesidad de seguir el camino estrecho que le permiten los resabios del régimen militar, razón por la cual no puede excluir la amnistía como causa de responsabilidad criminal. Esta apreciación los intentos de negociación política con los prisioneros pertenecientes a las organizaciones armadas, ofreciéndoseles la aplicación de una amnistía general. Lo que no ha sido aceptado por estas personas ya que la aplicación de la amnistía alcanzaría también a los responsables de violaciones de derechos humanos cometidas por el antiguo régimen militar, y que no se encuentren amparadas por la ley de amnistía de 1978.

Por otra parte, la Constitución Política declara- en concordancia con los tratados internacionales- que el terrorismo es contrario a los derechos humanos. Siendo así, en atención a la indiscutible punición de estas conductas de violencia informal por parte del Estado en uso del *ius puniendi* (violencia formal), creemos que son los criterios político criminales de naturaleza preventiva los que han de primar. La negación del indulto particular para los supuestos de terrorismo y la aceptación tácita de la amnistía, no merece otra justificación, a nuestro entender que, tratándose de los delitos de terrorismo, se reafirme la necesidad retributiva de la pena, cuando no fuere posible "políticamente" utilizar los mecanismos de la amnistía y el indulto general.

El Derecho Premial en *España* ha acogido la vía del *indulto particular* en los supuestos

DP.PG.. 1996, p.421. MIR PUIG, S. DP.PG. (*Fundamentos y Teoría del Delito*), 4ª Ed., Barcelona, 1996, p. 771.

⁴⁰³Para un análisis más detallado y las razones históricas véase MIR PUIG, S. 1996, pp. 770 y ss.

⁴⁰⁴El art. 9 de la CE fue modificado por la ley 19.055 de 1º de abril de 1991 y estableció la norma como se ha descrito. Esta misma ley sí reconoce la posibilidad de otorgar indulto presidencial para los delitos de terrorismo cometidos con anterioridad a 1990, que fue la medida aplicada para todos aquellos que habían sido condenados por dichos ilícitos durante el régimen militar.

de terrorismo, como medida de gracia y de reinserción social⁴⁰⁵. Se trata de una *medida individualizada*, facultad del Poder Ejecutivo, consistente, en los supuestos de terrorismo, en la renuncia "pública" por parte de sujeto a la utilización de la vía armada y su adaptación a los canales de participación que ofrece el sistema democrático. Como ha señalado la Fiscalía General del Estado es necesario: "una declaración voluntaria, pública e inequívoca de ruptura con cualquier forma de colaboración con grupos y actividades terroristas, que suponga la manifestación real de un abandono de la violencia, así como el compromiso de reinserción en la convivencia democrática y pacífica con total respeto a la Constitución".⁴⁰⁶ De allí que sea considerada político criminalmente adecuada para favorecer la reinserción social. También, se le ha utilizado para enmendar errores judiciales o atenuar la severidad de las penas impuestas.

El CP establece en el art. 130 nº3 la posibilidad de extinguir la responsabilidad penal a través del indulto consistente en la remisión total o parcial de la pena o su conmutación por una menos grave⁴⁰⁷. La solicitud de indulto corresponde tanto al interesado (penado o cualquiera a su nombre) como a la autoridad judicial (tribunal sentenciador o juez de vigilancia penitenciaria), conforme lo expuesto por la Ley de 18 de Junio de 1870 modificada por la ley 1/1988 de 14 de enero. Pero también es el Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia e Interior) puede adoptar la iniciativa sin necesidad de la presentación de dicha solicitud, debiendo existir una deliberación del Consejo de Ministros. La "gracia" corresponde otorgarla al Rey "con arreglo a las leyes"⁴⁰⁸.

El gobierno español como medida política comenzó a otorgar indultos particulares a miembros de ETA que *no estuviesen involucrados en hechos de sangre* a partir de 1983, como producto de las negociaciones entre el gobierno y representantes populares de Euskadi. Los beneficiados con esas medidas fueron: los refugiados en el extranjero que no tenían proceso pendiente en España, ni tenían orden de búsqueda y captura, los refugiados en el extranjero que sí se encontraban en las situaciones mencionadas y también los condenados por sentencia firme a quienes se les otorgó el indulto por el Consejo de Ministros de las penas pendientes de cumplir. Las dos primeras situaciones permitieron que dichas personas retornaran a su país de origen, en el primer caso, sin consecuencia dada la falta de responsabilidad en hechos delictivos, y en el segundo, retorno quedando en la situación procesal de libertad provisional a disposición del tribunal. En el tercer caso, sentenciados, el indulto se concedía a condición de que no reincidieran en delitos de la misma naturaleza⁴⁰⁹.

Henos aquí ante la primera dificultad: el indulto no procede por delitos de sangre, que son precisamente los casos en los que las condenas de privación de libertad resultan las mas elevadas y en realidad a los que mayor importancia se asigna. Por otra parte, una segunda dificultad que se plantea es que el legislador, con posterioridad a 1995, parece hacer aún mas dificultoso el acceso al mismo al exigir en el art. 206 del RP la participación activa del condenado en las actividades de reinserción social, con lo que de paso se le coacciona a optar por el tratamiento penitenciario, y se vacía de contenido el principio de voluntariedad que ha de primar en el tratamiento de resocialización.

Se ha discutido por la doctrina el hecho de que el indulto sea una facultad que deba

⁴⁰⁵Así, MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.*, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 421; PÉREZ CEPEDA, 1995, p-28; DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 585.

⁴⁰⁶Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M.*, Madrid, 1985, p.162.

⁴⁰⁷Véase también Ley Provisional de 18 de Junio de 1870 que establece Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto (Gaceta nº175 de 24 de junio) modificada por la ley 1/1988 de 14 de enero (BOE nº13 de 15 de enero), arts. 206 RP y art. 18.3 LOPJ.

⁴⁰⁸La LO 1/1988 resolvió el problema que presentó la primitiva ley de indulto de 1870 que fue derogada y luego restablecida por el Decreto de 22 de abril de 1938. Con la Ley 1/1988 se ajusta ahora el derecho de gracia "a las leyes" como dispone la CPE.

⁴⁰⁹Para un análisis más amplio véase: DE LA CUESTA ARZAMENDI. 1986, pp.586-589; Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al gobierno de S.M.*, Madrid, 1985, p.162. PEREZ CEPEDA. 1995, p.29.

ejercer el Poder Ejecutivo. Algunos autores reconociendo la conveniencia política que pueda revestir para el país en un determinado momento histórico, o la conveniencia político criminal de su aplicación en el caso concreto en la imposición y/o ejecución de la pena⁴¹⁰ en pro de la reinserción social, opinan que ella en rigor ha de corresponder al Poder Legislativo. Ya BECCARIA señalaba que "la clemencia... debería ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y conveniente.", Pero- añade "la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el Códice y no en los juicios particulares..."⁴¹¹. MIR PUIG⁴¹² va incluso mas allá. Partiendo de la premisa que la finalidad del indulto es no solo la conveniencia política en general sino la conveniencia político criminal tanto en la imposición de la pena como durante su ejecución, cree que debe compaginarse con el principio de separación de poderes. Así, la concesión general de la gracia y la valoración de la conveniencia o inconveniencia política deben reservarse al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial, con algún posible control al legislativo.

Entendemos que el terrorismo es un problema ante todo político, y que por tanto su solución primera ha de darse precisamente en el plano de la negociación política. Es cierto que los grupos terroristas se sublevaron contra el Estado, viendo en él como representante máximo precisamente el Poder Ejecutivo. Desde esta perspectiva podría aparecer como adecuado el hecho de que sea el ius puniendi estatal quien a través del Ejecutivo, manifestado en el soberano, quien otorgara los indultos con arreglo a las negociaciones políticas.⁴¹³

Pero decíamos, en la toma de postura criminológica, que se hace necesario promover una discusión ideológica en el seno de la sociedad y en la clase obrera. Asumimos que en el sistema democrático- guste o no- existe un Parlamento, cuya función ha de ser ejercer la representación de los distintos sectores sociales. Visto de este modo, creemos que debería reservarse al Parlamento la valoración de la conveniencia o inconveniencia política de la aplicación de esta medida, y no al Consejo de Ministros, siempre que ello no importare una dilación innecesaria en la adopción de la medida, cuestión que por regla general sucede tratándose de las discusiones parlamentarias. Es en este sentido que compartimos la idea de MIR PUIG⁴¹⁴, para quien la fundamentación se encontraría en el principio de separación de poderes.

A juicio de algunos autores la implementación de la vía del indulto particular en los supuestos de terrorismo, ofrece mayores posibilidades de reinserción social sin necesidad de recurrir al mecanismo de la delación compensada⁴¹⁵. Se trata de un abandono voluntario de la actividad delictiva, que no implica la colaboración activa con la justicia. Una forma de "disociación silenciosa" cuyos efectos son bastante más eficaces y que debería, en el caso español, ampliar su ámbito de aplicación a los sujetos que se hallaren comprometidos en hechos de sangre. Es, en cuanto fruto de negociación política, la medida que mejor cumple con el requisito de ser una *vía política de resocialización*. Por lo demás, como expone TERRADILLOS⁴¹⁶ manifestando su conformidad con la disociación silenciosa, se aplica a quienes no se encuentran objetivamente en condiciones de delatar por falta de conocimiento respecto de la estructura general.

Compartimos la postura de este sector doctrinal, con algunas objeciones. Tenemos la

⁴¹⁰Cfr. CUELLO CALON. *DP.PG.*. Vol. I. Barcelona, 1980, pp.775 y ss.; ANTON ONECA. *DP.PG.*. Ed. Reus, Madrid, 1949, p. 572.

⁴¹¹ BECCARIA, 1996, 9ªreimpr., p.111.

⁴¹² MIR PUIG, 1996, p.770-771.

⁴¹³ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI. 1986, pp.581 y ss. esp. p.591.

⁴¹⁴ MIR PUIG, S.1996, p. 770.

⁴¹⁵ Así TERRADILLOS, J. 1988, p. 78-79; PÉREZ CEPEDA, A. 1995, p. 29, GARCÍA RIVAS, N. 1984 p.112.

⁴¹⁶ TERRADILLOS, J.1988, p.78.

impresión de que exigir al posible beneficiario una "declaración pública" de abandono de la vía armada para reinsertarse a la sociedad tiene un lado oscuro y confuso, por no afirmar riesgos. El posible beneficiario puede acceder a "desertar" políticamente por razones de conveniencia que no dicen necesariamente relación con una real intención de reinserción social. Incluso podría argumentarse que mediante la implementación de esta medida se está otorgando al derecho penal un carácter puramente utilitarista cuya pretensión tal vez sea la imposición de una determinada escala de valores a costa del "chantaje" de otorgamiento de la "gracia de indulto".

Pero si entendemos, como ARROYO ZAPATERO⁴¹⁷, que este abandono de la violencia como arma contra el Estado, no exige necesariamente una "reconciliación con los valores del ordenamiento" o un "arrepentimiento moral" o "sentimiento similar", entonces creemos que la vía del indulto particular es político criminalmente la más adecuada. En otras palabras, a quien ha optado por la utilización de la violencia en un sistema democrático solo puede exigírsele que se comprometa a respetar la ley penal y los derechos fundamentales, mas no la renuncia a una determinada ideología que es a lo que llevaría una declaración pública de abandono de la vía armada, cuestión que además eventualmente pondría en peligro su integridad por parte de sus antiguos compañeros.⁴¹⁸

En el marco de esas reflexiones nos parece que si bien la medida del indulto particular no termina con la violencia política que se despliega por algunos sectores, toda vez que ella ha de ser manejada desde la óptica de la negociación política, es una medida que el legislador chileno podría entrar a considerar para los casos de terrorismo, aún cuando ello supusiera una reforma constitucional. Tenemos la impresión de que ésta sería una de las formas de solución al problema de los denominados "presos políticos" o si se prefiere "presos de la democracia", pues con ella se facilitaría el camino hacia la utilización de los canales de participación democráticos, además de poseer la gran ventaja de que no implica ni delación ni retractación pública.

IV.- CONCLUSIONES

Al finalizar este capítulo hemos podido apreciar de qué manera se ha respondido criminológica y jurídicamente a un fenómeno en esencia político. Esta respuesta ha sido su calificación en cuanto forma de criminalidad organizada desde la criminología, y el tratamiento jurídico ad-hoc a través de una legislación de excepción fruto de un maximalismo penal, que ha demostrado una inadecuación en cuanto mecanismo de solución. La sociedad capitalista, como se ha venido insistiendo desde la primera parte de esta investigación, parece servirse del autoritarismo en materia penal para la perpetuación de una verdadera "cultura de la emergencia" en materia penal que cumple una función de legitimación y rediseño del ordenamiento jurídico, cuya involución en materia de garantismo aparece como evidente, ya que por sobre él prima la eficacia, priman los objetivos de la lucha contra un determinado tipo de delincuencia sobre el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas⁴¹⁹.

El terrorismo como se ha visto, no alcanza la categoría de causa directa de esta involución que trae consigo el recorte de las libertades públicas. Mas bien parece ser una causa meramente tangencial de esta involución, que aparentemente encontraría su justificación en la necesidad de reprimir conductas que atentan directamente contra los derechos humanos.

⁴¹⁷ ARROYO ZAPATERO, 1981, p.421.

⁴¹⁸ En España, ETA ha quitado la vida a ex miembros de la organización que optaron por la reinserción mediante este tipo de mecanismos que exigen una especial voluntad política de abandono de la vía armada (caso de M. Dolores González Catarain, "Yoyes"), considerando la salida del arrepentimiento "un acto de "vulgar depredación por parte de los promotores y de humillación para los acogidos a tal medida" (El Diario Vasco, 27 de abril de 1986), y una "salida personal vergonzosa y degradante de los que se han traicionado y vendido a sí mismos y a su pueblo" (Comité de Refugiados Vascos, Rev. *Herria 2000 Eliza*, núm. 82, martxoa-apirila, 1986). Todos en DE LA CUESTA ARZAMENDI. 1986, pp.590 y 584.

⁴¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.610.

Aceptada que sea esta premisa, hay que insistir, en la exigencia de una comunicación racional, es decir, en lograr un consenso libre de coacciones, basado en el reconocimiento mutuo de pretensiones de validez, para que así podamos legitimar moralmente la desobediencia al derecho. Cuando el derecho, la norma, no representa las condiciones de ese diálogo, se legitima moralmente la desobediencia⁴²⁰. Si en una sociedad democrática, en teoría, las condiciones de este diálogo se encuentran representadas en la norma, ¿por qué pensar que el terrorismo puede llegar a desestabilizar la democracia?. A menos que se tratare de Terrorismo de Estado, el único capaz de reñir con el Estado de derecho y la democracia mediante la imposición de un poder omnímodo.

IV.1.- En cuanto al tratamiento criminológico del terrorismo: la diferencia con la criminalidad organizada.

Se ha intentado a través de la exposición histórica de las distintas vertientes criminológicas, demostrar lo inadecuado de las exposiciones que se suelen entregar sobre el fenómeno del terrorismo vinculándolo a problemas de personalidad, de rebeldías generacionales o inclusive de libertad filosófica. Lo que de ellas puede rescatarse es la constatación empírica de la existencia de individuos que advierten la presencia de un fenómeno de crisis del Estado, al que responden mediante la ruptura para con las estructuras esenciales de la sociedad en la que se encuentran insertos. Se organizan, claro está, y la organización se dota de un componente místico que engloba los sentimientos, las conductas, las visiones del mundo que aúnan a sus integrantes y se vierte a través de la sumisión jerárquica y la simbología. Todo ello sin duda tiene un grado de certeza pero su sola consideración como elementos esenciales de la conducta terrorista en cuanto objeto de estudio de la criminología no puede sino llevarnos a un análisis erróneo del problema. En este entendido, tres son las conclusiones generales a que hemos arribar:

1.a.- En primer lugar, la conducta terrorista ha de ser, ante todo, considerada como una *conducta desviada*. Conducta desviada que está en *interrelación estrecha con las estructuras sociales*, porque es imposible analizar el terrorismo excluyéndolo de un análisis que haga referencia a la estructura general de la sociedad⁴²¹. Nos pronunciamos a favor de la criminología crítica o radical quien concibe la criminalidad moderna como toda tensión o disfunción social producida por la conflictividad estructural o de clase⁴²². Siguiendo este lineamiento observamos que la conducta desviada que nos ocupa se manifiesta a través de la comisión de delitos cuya finalidad apunta a la destrucción del sistema en crisis, para proceder a la sustitución de la escala de valores y de las metas sociales que el mismo persigue, delitos que a su vez forman parte de un proceso de enfrentamientos directos, como "respuesta histórica" a los problemas estructurales que advierten (terrorismo insurgente o subversivo). Pero también puede apuntar hacia la mantención de un gobierno (terrorismo de Estado), lo que por regla general ocurre cuando se advierte algún tipo de incapacidad para contrarrestar a la disidencia política, y reafirmar por las vías legales de participación política su legitimidad.

Si es el conflicto interestructuras o inter clases lo que produce el fenómeno de la criminalidad, y especialmente la criminalidad política, puede entonces elaborarse la hipótesis de que en una futura sociedad socialista cesará cualquier conflicto o tensión y, por tanto, también la desviación criminal. Para llegar a ese estadio ideal tendría que iniciarse un cambio estructural radical en aras a una evolución en la sociedad - entendemos que hablamos de la sociedad en un sistema democrático - cuyo primer objetivo sea la eliminación de las desigualdades sociales⁴²³.

⁴²⁰ BAUCELLS, J. 2000, p. 411.

⁴²¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986, p.43.

⁴²² ZOLO, D. 1983, pp. 98-100.

⁴²³ Ello no implica, empero, la supresión ipso facto del sistema de derecho burgués, sino que su sustitución paulatina en concordancia con la evolución hacia un sistema socialista de los medios de producción. Mientras el derecho

Los *cambios estructurales radicales*, como expone BARATTA son los que podrían terminar con el problema de la desviación social. Se advertiría entonces el cambio en la sociedad y pasaría a ser una sociedad consensual y pacificada, en la que los controles jurídicos e institucionales ceden su lugar a la autodisciplina social y a la conformidad espontánea de todos los ciudadanos, a los nuevos modelos dominantes⁴²⁴.

1.b.- En segundo lugar, la legislación internacional y la legislación interna de los países, que legislativamente solo reconocen el terrorismo insurgente, le han considerado una forma de un fenómeno delictivo mayor, la criminalidad organizada, y así han otorgado un tratamiento idéntico para desviaciones sociales que en esencia son distintas. Este tratamiento se ha vertido a través de una cooperación interestatal especialmente en los procedimientos penales, cooperación policial, y de extradición. Inclusive más, se ha observado, como decíamos, una cierta ambigüedad en la legislación internacional, que le ha llevado a advertir que el terrorismo pareciera ser algo distinto del crimen organizado, pero sin embargo aplica una normativa general para las distintas formas de delincuencia que lo componen⁴²⁵. Los gobiernos por su parte han llegado a acuerdos políticos, recogiendo compromisos de cooperación y asistencia que han reforzado el principio de la extraterritorialidad penal para su juzgamiento, lo que si bien nos parece acertado toda vez que el terrorismo es considerado un crimen contra la humanidad, por otra parte no parece que la facilidad que se otorga en materia de extradición se ajuste a las normas de un procedimiento racional y justo. Todo aquel que apareciere vinculado tanto a una organización armada cuyo objeto sea la subversión del "orden constitucional de un país determinado", como a la preparación de los actos que pensare ejecutar, debe ser extraditado en breve plazo. No existe por tanto un respeto íntegro al principio de la presunción de inocencia ni a la no punición de actos preparatorios, entre otros⁴²⁶.

El único común denominador que se advierte en el terrorismo y las otras formas de criminalidad organizada (delincuencia económica, narcotráfico, tráfico de seres humanos, etc.) es precisamente el valerse del elemento "organización" para llevar a cabo sus planes, organización que por regla general, cuenta con el elemento internacional⁴²⁷ y cometerá delitos económicos para asegurar su financiamiento. Lo que debemos cuestionarnos es *la naturaleza de estos actos desviados*, naturaleza que solo podemos derivar atendiendo a la finalidad que se persigue con la comisión de hechos ilícitos.

Como se ha expuesto, el crimen organizado, en general, se va a erigir como portador de los valores del sistema capitalista dominante, su finalidad última es de tipo *económico*, y con ella se exacerban los valores de una sociedad de consumo y capital, en la que la desigualdad social aparece como uno de sus pilares fundamentales. El terrorismo, en cambio, tiene una finalidad *política*, ya sea que pretenda socavar la estabilidad de un régimen establecido y promover su sustitución por otro, ajeno a los valores del sistema capitalista, o ya sea para servir de complemento a las políticas gubernamentales de control social. Su finalidad política es lo que

burgués exista, debe comenzarse por su supresión en la parte que corresponde a los medios de producción para convertirlos en propiedad colectiva, como primer paso hacia una evolución.

⁴²⁴ Lo advertía ya gráficamente LENIN: "Liberados de la esclavitud capitalista, de los innumerables horrores, bestialidades, absurdos y vilezas de la explotación capitalista, se habituarán poco a poco a la observancia de las reglas elementales de convivencia, conocidas a lo largo de los siglos y repetidas desde hace miles de años en todos los preceptos, a observarlas sin violentarlas, sin coacción, sin subordinación, sin ese aparato especial de coacción que se llama Estado" (LENIN, V.I.; *El Estado y la Revolución*, Ed. Anteo, Buenos Aires, 1972, p. 110), "El Estado podrá extinguirse por completo cuando la sociedad ponga en practica la regla: "De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades". (Ídem p. 119).

⁴²⁵ Por ejemplo en el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 (97/C 191/03)

⁴²⁶ Acuerdo alcanzado en 1998 por los Ministros de Justicia e Interior de la UE. Información aparecida en *El País*, 20 marzo de 1998, p.4.

⁴²⁷ No se está cuestionando ni el carácter de las llamadas "redes internacionales de terrorismo", ni la repercusión social que sus actos producen (como los asesinatos cometidos por el narcotráfico), cuestión ésta también presente en las otras formas de crimen organizado.

permite en el plano sustantivo penal, no transformarle en el "cajón de sastre" de otras conductas delictivas. Y la comisión de delitos que atentan contra el orden económico y financiero no puede servir como argumento para su consideración en cuanto criminalidad organizada. Ciertamente es que el terrorismo se financia de manera oculta, pero no podemos olvidar que esta finalidad que se perpetra en delitos económicos, es el "medio" para la perpetración de otros actos delictivos, cuyo objetivo es hacer estallar el sistema político, económico social imperante, o bien mantenerle (p.ej. cuando se utilizan fondos del Estado para financiar organizaciones paraestatales). Tanto el terrorismo insurgente como el que dimana de la estructura estatal cometen delitos económicos como medio para la comisión de delitos de terrorismo.

Y es esta diferencia sustancial en la finalidad la que permite afirmar también que la "organización" es un elemento integrante de la estructura en el tipo penal de los delitos de terrorismo, y no la nota esencial en su conceptualización, cuestión que parece haber sido el elemento de confusión que ha llevado a tratar el terrorismo como crimen organizado.

1.c.- En tercer lugar, y a consecuencia también de la finalidad dicotómica entre uno y otro fenómeno delictivo, surge otra diferencia: la publicidad de los actos. Mientras el terrorismo reclama la publicidad de sus delitos, el crimen organizado reclama el silencio de los suyos. Merece la pena recordar la consideración que a este respecto hemos hecho: el terrorismo busca destruir voluntades, sea que se trate de conductas para destruir voluntades en el Estado (terrorismo insurgente) o para destruir voluntades en las organizaciones que actúan contra el Estado (terrorismo de Estado o contraterrorismo). En ambos casos el elemento informativo está presente. En el primer caso, para la comunicación social de su mensaje al resto de la población intentado lograr apoyo popular, y a la vez erigirse como amenaza - sabemos simbólica- frente al Estado demostrando su falta de capacidad en cuanto freno para la violencia. En el segundo caso (contraterrorismo) la publicidad de los actos se dirige hacia el sector específico que se quiere reprimir (organización terrorista insurgente) y colateralmente hacia la disidencia política⁴²⁸.

1.c.- El terrorismo no es, por tanto, crimen organizado, sino una subespecie de la delincuencia por convicción política. Lo que no significa que deba beneficiarse con los privilegios propios de este tipo de delincuencia. No es fácil justificar moralmente la desobediencia al derecho en los casos del terrorismo, cuando con sus actuaciones se subvalora a la persona humana. En el capítulo anterior hemos dicho que el terrorismo se caracteriza por violar derechos humanos fundamentales tratando de "imponer" una ideología a cualquier costo. Y lo que con menor razón puede sostenerse es que la "convicción" en el caso del terrorismo pueda trascender a la culpabilidad, salvo casos aislados, como lo sería en el caso del hombre que sirve de mediador en un secuestro terrorista.

La gran diferencia entre el terrorismo y el autor por convicción radica en que mientras éste en sus actuaciones respeta los principios de autonomía y humanidad, aquél no les respeta, así como tampoco el principio de universalidad. De ahí que no puedan aplicarse para ambos un tratamiento jurídico igualitario.

1.e.- Pero tampoco resulta adecuado sostener la necesidad de un tratamiento idéntico para conductas desviadas dicotómicas, como lo es el terrorismo y el crimen organizado. Una igualdad en el tratamiento que asimismo hemos cuestionado toda vez que dentro de esta *ley penal igual* observamos una *desigualdad manifiesta*. Nadie puede negar la existencia de privilegios para los delincuentes de cuello blanco e incluso narcotraficantes, privilegios que no se observan para con los delincuentes del terrorismo insurgente. Para estos últimos está la ley penal más dura, ley penal cuyos efectos se ciernen sobre los sectores más desfavorecidos de la sociedad y sobre la disidencia política no violenta, como consecuencia de la expansión del control social frente a la violencia informal.

⁴²⁸Como se ha expuesto en este capítulo, lo único que el contraterrorismo pretende ocultar es su nexos con los organismos del Estado.

La actitud ambigua de las legislaciones se ha manifestado también, como se ha dicho, en la distinta posición que los países miembros de la UE han mostrado a nivel interno e internacional. Para las legislaciones internas, en virtud de la teoría conspirativa, el terrorismo es crimen organizado, lo que permite, en todo caso, atacar el terrorismo insurgente. Pero hacia el resto de los países, especialmente islámicos, el terrorismo es algo distinto: todas las actividades que directa o indirectamente tiendan a la obtención de una finalidad económica mediante la comisión de delitos. Esta ambigüedad reafirma la posición aquí sostenida: lo que se ataca es el terrorismo insurgente, resultando impensable desde esta postura la sanción al terrorismo de Estado al interior de un sistema democrático. Imposible reconocer las llamadas "guerras sucias" en contra del terrorismo insurgente. Imposible reconocer que el paramilitarismo forma parte de la estructura estatal. Impensable extraditar tan fácilmente a quien ha cometido delitos de la misma gravedad que los que comete un terrorista, pero en defensa del orden establecido en un sistema democrático. En suma, imposible reconocer que en aras al combate al terrorismo *desde abajo*, se puede caer en un terrorismo aún más peligroso, el terrorismo *desde arriba*.

A la luz de estas reflexiones no puede menos que concluirse la alta probabilidad de que la ley penal más severa para el terrorismo insurgente sea utilizada para la protección del sistema político y económico, argumentando el peligro a la estabilidad democrática, peligro que no existe. No parece ser cierto que puedan estremecerse las bases del sistema democrático "a causa" del terrorismo insurgente. Solo puede hablarse de un peligro real, cuando la democracia careciera de materialidad en las vías legales de participación política, y en cuanto las organizaciones armadas lograran alcanzar el apoyo popular necesario para el estallido social que precede a una revolución. Y entonces ya no estamos hablando de un sistema democrático ni de terrorismo, estamos hablando de un sistema autoritario y un Movimiento de Liberación, y jurídicamente hablaríamos de delitos políticos y no de delitos de terrorismo.

Por tanto, adoptando los lineamientos que la criminología crítica proporciona, resulta inadecuado su tratamiento desde la perspectiva de crimen organizado. La ley penal más severa cuya consecuencia lamentable es la exacerbación de la violencia formal frente a la informal en sectores que realmente forman parte del disenso político y más aún de sectores desfavorecidos de la población, no puede utilizarse en los casos de terrorismo. Es verdad que el terrorismo cuenta con redes internacionales de apoyo, con una organización jerárquica, estable y permanente. Es verdad que utiliza el fin económico como medio, más el ataque desde esta perspectiva nos hace obviar el camino hacia una real solución. El terrorismo es en esencia un problema político, que exige una confrontación de carácter ideológico y científico, una discusión en el seno de la sociedad en el marco de los canales de participación reales, una negociación política, y exige a la vez abandonar la utilización de estereotipos y estigmatizaciones conducentes a justificar una mayor represión por parte del aparato punitivo del Estado.

IV.2.-En cuanto a los criterios político criminales: la legislación de excepción.

Tras las exposiciones precedentes en esta materia llegamos al cuestionamiento principal y que apunta hacia la legitimidad o ilegitimidad, conveniencia o inconveniencia de aplicar una política de legislación excepcional para el tratamiento jurídico penal del terrorismo. Hemos podido apreciar que tanto en la legislación antiterrorista española como la chilena, instituciones que surgieron de una normativa especial pasaron a formar parte del ordenamiento jurídico ordinario. En el primer caso, mediante su incorporación al CP de los delitos de terrorismo y las modificaciones a la LECrim, y en el segundo caso, mediante la promulgación, al asumir el gobierno de la transición democrática, de una "nueva ley especial" para regular las conductas terroristas. Cuatro son los grandes temas que creemos deben considerarse en estas conclusiones: el problema de la suspensión de garantías para los supuestos de terrorismo; los fines de la pena y el tratamiento penitenciario; el derecho penal premial y el diseño de las políticas de seguridad en el marco de la cultura de la emergencia.

2.a.- Si bien los problemas sustantivo penales de las legislaciones de excepción son importantes, y el tema central de esta investigación, es, sin duda, en el ámbito procesal y penitenciario donde esta legislación se debilita mayormente ante el derecho penal garantista.

Este tratamiento se ha caracterizado por la adopción de una política "policial" para afrontar la criminalidad terrorista, política "policial" que los países en transición democrática como Chile han ido adoptando del esquema legislativo propuesto por Europa. La ley penal chilena cada vez más prohija el modelo español sin que aún llegue a incorporar los delitos de terrorismo en el CP, pero adopta como paradigma su ley procesal penal y penitenciaria, como se observa en las reformas posteriores a la dictadura militar. No se está indicando que este modelo desde siempre haya sido acogido. Sin duda, la restricción de las garantías fundamentales no nace con la transición a la democracia, sino con la dictadura que creó los tipos penales de terrorismo a través de la ley 18.314.

La suspensión general de garantías fundamentales consagradas en los textos constitucionales español y chileno (art. 55.2 CE, arts. 9, 19 nº7 CPRCH) aparecen con un carácter general y permanente, cuya aplicación concreta no requiere una constatación de responsabilidad criminal previa, pudiendo entonces aplicarse en cualquier supuesto de sospecha de comisión de delitos de terrorismo. Ciertamente es que, como advierte LAMARCA⁴²⁹, una interpretación correcta del art. 55.2 de la CE - idea que también es válida tratándose de la CPRCH- nos lleva a concluir que no existe propiamente una suspensión del contenido de los derechos, sino una alteración de sus elementos de garantía y en este sentido toda suspensión habrá de hacerse conforme lo señalen las respectivas leyes, LECrim en España, Ley 18.314 en Chile y CPP. Así por ejemplo sabemos que las ampliaciones en los plazos de detención han de realizarse conforme lo señalen los respectivos textos legales, hasta cinco días en la ley penal española y hasta diez días en la ley penal chilena. El hecho de que la función del juez se vea mermada por las facultades de la administración no nos lleva, como señala Lamarca al "reino de la arbitrariedad".

Diríamos, no "nos lleva al reino de la arbitrariedad en cuanto los límites legales se encuentran establecidos por el legislador", pero a un tiempo se deja abierto un espacio en el que la autoridad judicial prácticamente no tiene intervención, espacio en el que se podrían producir, o se suelen producir violaciones a las garantías fundamentales. Nos preguntamos nuevamente: ¿Qué sentido tiene ampliar el plazo de detención del individuo si las únicas declaraciones que tienen el valor de plena prueba procesal son las que presta de manera libre y consciente ante el juez que instruye el proceso?. ¿Qué sentido tiene ampliar los plazos de incomunicación en delitos de terrorismo tanto cuando este se encuentra aún bajo custodia policial, como durante la detención preventiva y la prisión provisional?. ¿Cuál es el sentido de dejar la puerta abierta para incomunicar a una persona durante un tiempo que excede los límites legales como se advierte de los artículos 507 de la LECrim y 300 del CPP chileno?.

Se pueden vulnerar - y se han vulnerado en muchas ocasiones⁴³⁰- derechos tan

⁴²⁹ LAMARCA, C.1985, pp.391 -392

⁴³⁰ Debemos reconocer que por regla general quienes son detenidos por delitos de terrorismo ven su integridad física afectada, en mayor o menor medida, dependiendo del criterio de la unidad policial que lo detenga. Tanto en Chile como en España numerosos casos de malos tratos llegando algunos a torturas han sido denunciados ante organizaciones de derechos humanos. En el caso de *España el Comité para la Prevención de la Tortura dependiente del Consejo de Europa* reconoció la existencia de prácticas de tortura entre los funcionarios policiales en 1996. Otro reconocimiento lo había efectuado el *Informe Helsinki Watc en 1990* (BERGALLI, R. 1996, p.135). Véase también, AMNESTY INTERNATIONAL. *España, Annual Report 1999*, en <http://www.amnesty.org/ailib/aireport/ar99/eur41.htm>; la misma "*Motivos de preocupación en materia de derechos humanos en relación con el proceso de paz en el País Vasco*", en http://www.a-i.es/infos/p_vasco/p_vasco.htm. Para el caso de *Chile* véase: AMNESTY INTERNATIONAL, *Chile, reports of torture since March 1990*, septiembre de 1991, *Al index:AMR 22/03/91*; Denuncias de este mismo organismo de 19 de Junio de 1997; de abril de 1994 (140 casos por torturas posteriores a 1991) presentadas por Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU), *El Mercurio*, 2 de mayo de 1992.

esenciales como la integridad física y psicológica, el derecho de toda persona a no ser objeto de tortura y malos tratos, a prestar declaración y/o confesión de manera libre y espontánea y no bajo apremios ilegítimos tanto en forma de torturas como de una mera presión psicológica, cuestión esta última que es frecuente en los casos de incomunicación⁴³¹. Como advierte SERRANO PIEDECASAS, se incorpora mediante esta normativa procesal penal un factor criminógeno favorable a la comisión de delitos de apremios ilegítimos y torturas⁴³².

Se dota con ello al sistema penal de un componente autoritario que antes fue rechazado, cuando se ponía en tela de juicio a las dictaduras militares de Franco y Pinochet. Este componente autoritario ahora aparece encubierto por cuanto cada una de las normas de las legislaciones de excepción, en principio, aparecen amparadas constitucionalmente. Como dice SERRANO PIEDECASAS, "es probable que, analizadas las normas, una por una, sean constitucionales"⁴³³, pero en conjunto constituyen un sistema normativo en esencia autoritario. Esta "formalidad legal", el respeto a ella es una característica del legislador en los Estados democráticos. No obstante, se dejan espacios en los que inclusive esta formalidad legal se ve trastocada⁴³⁴. El funcionamiento de los sistemas penales europeos incurre, retomando la idea de Roberto BERGALLI, en una "falacia" respecto de los principios constitucionales toda vez que el sistema político les utiliza como instrumento de disciplina y control social que les impulsa a una "devaluación" (o violación) de los derechos fundamentales⁴³⁵.

2.b.- Este autoritarismo se ve acrecentado si consideramos las instancias de policía y la fase de ejecución de la pena. El Derecho penal no es, qué duda cabe, el medio adecuado para acabar con el terrorismo, pareciera ser que fracasan en este tipo de delincuencia los fines de la pena. El fin preventivo general adquiere su carácter de prevención general negativa, única que en nuestra opinión surte efecto: el temor, la intimidación, la amenaza del mal frente a la comisión de delitos, mientras que el fin preventivo general positivo (función motivadora de la norma) y los fines preventivo especiales de la pena (reinserción social) parecen ser algo menos que una utopía, utopía a la que no podemos renunciar mientras exista la pena privativa de libertad.

En efecto, la extrema severidad del tratamiento penitenciario que se da en las democracias occidentales - y específicamente en las leyes penitenciaria española y chilena - a los privados de libertad por delitos de terrorismo, nos revierte aún más hacia el autoritarismo. Los regímenes cerrados, la clasificación en primer grado de tratamiento penitenciario (caso español), los departamentos o pabellones especiales o recintos penales de máxima seguridad mas bien parecen cumplir la función de la sola custodia de los detenidos que una función resocializadora.

⁴³¹Existen muchos casos en los que el procesado con el objeto de hacer cesar la medida de incomunicación presta confesión atribuyéndose la responsabilidad en los hechos. Tomamos como ejemplo, de entre decenas, el caso de un procesado chileno por los delitos de asociación ilícita antiterrorista (justicia ordinaria) y a la vez por el delito de formación de grupos de combate armado (justicia militar). L.A.R.R. manifestó ante la justicia militar en una de las tantas declaraciones que hubo de prestar: "...respecto a mis declaraciones anteriores, la que no firmé, me rehusé a hacerlo por cuanto estaba incomunicado, y respecto a lo que ahí dije fue hecho bajo fuerte presión, ya que iba a permanecer incomunicado. Y respecto a la declaración que posteriormente firmé, lo hice porque quería salir de la incomunicación" (Rol 43-91, Fiscalía Militar de Osorno, fjs. 258).

⁴³²SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.107. En el mismo sentido LAMARCA afirma que la verdadera importancia de la legislación antiterrorista radica en la posibilidad de que la autoridad aplique de manera arbitraria las normas procesales relativas a la suspensión de garantía. Ej: caso NANI. LAMARCA, C. "*Aspectos criminológicos y legales del terrorismo*". Ponencia en *II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito*, Dirección de Cursos Extraordinarios. Departamento de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Sin publicar, p. 29.

⁴³³ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p.108.

⁴³⁴ Como ocurre por ejemplo en materia de tratamiento penitenciario español y el régimen F.I.E.S. (circulares de la DGIP de 991 y 1995), actualmente llamado "Control Directo de los Departamentos especiales de régimen cerrado" (RP 1996).

⁴³⁵BERGALLI, 1996, p.141.

Los motivos de seguridad y de peligro para la sociedad son el argumento que se suele esgrimir en esta materia, motivos de seguridad que, ya entrados en el segundo milenio, nos vuelven a un sistema de carácter inquisitivo, en el que la pena no es mas que el castigo, la retribución al mal causado. La cárcel priva al interno de su derecho a la libertad pero no tiene por qué privarlo de sus otros derechos, derechos tan simples como la integridad física y moral o la intimidad⁴³⁶. Parece ser que aún no se ha abandonado el postulado de que es justo que el condenado o detenido sufra más que los otros hombres, y en este caso, que los terroristas o cualquiera que sea destinado a estos departamentos especiales de seguridad sufran el encierro más que los otros privados de libertad.

Y aún mas, recordemos que este régimen cerrado se aplica no solo a condenados por delitos de terrorismo sino también a los detenidos preventivamente, aquellos sobre los cuales aún no se ha dictado una sentencia condenatoria. En este caso, creemos que debería respetarse el principio de presunción de inocencia. Esto se ha dado particularmente en el caso chileno en el que condenados y preventivos se encuentran en un mismo recinto penitenciario, y calificados, al igual que en el caso de la ley penitenciaria española, de manera a priori como "delinquentes peligrosos" por la sola pertenencia o relación con organizaciones armadas. Y procesados no solo por delitos de terrorismo, sino también por otras leyes especiales de competencia de la justicia militar (LCA) o por la justicia civil (LSE), llegando en la mayoría de los casos a producirse infracciones al principio del non bis in ídem.

Por otra parte, el contraste que se produce en relación al tratamiento penitenciario que reciben quienes cometieron delitos al amparo del terrorismo de Estado durante la dictadura militar en Chile, es digno de destacar. La llamada cárcel para los militares nada tiene que ver con la severidad de este régimen y en ella la especialidad se traduce en privilegios⁴³⁷. Situación similar es la que ha ocurrido con los GAL en España, quienes tuvieron oportunidad no solo de escoger la prisión (cerca de su domicilio) en la que permanecieron el escaso tiempo que duró su privación de libertad. Compartiendo plenamente la opinión de MOULIAN, no estamos disconformes con la tendencia a la humanización de la prisión, "con que se busque humanizar la existencia carcelaria de todos. Pero es demasiado chocante la situación de privilegio"⁴³⁸.

El respeto real a la voluntariedad por parte del individuo en cuanto al tratamiento penitenciario, contemplado en la legislación española, aparece cuestionado desde que solo aquel que se somete a dicho tratamiento tiene posibilidad de obtener beneficios. El tratamiento penitenciario para cumplir con el mandato resocializador ha de respetar la voluntad del interno, no con la sumisión del mismo - que es lo que se puede deducir del "premio" que se otorga a quien sí se somete al mencionado tratamiento- e instar, cuando éste desea escuchar, por modificar su mundo axiológico a objeto de que en el futuro no cometa delitos.

Por respeto al principio de igualdad, consagrado no solo a nivel constitucional sino también a nivel de legislación internacional, no debería existir trato excepcional en la ley penal para los supuestos de terrorismo pues ello trae como consecuencia la apertura a la posibilidad de violar sistemáticamente sus derechos fundamentales. Mas aún, cuando el propio legislador les

⁴³⁶ Entre muchos atentados a estos derechos, amparados legalmente contamos por ejemplo la posibilidad de cacheos y registros diarios en las celdas, las escasas tres horas de patio al día que tienen los internos (art.93 del RP español), la intervención en las comunicaciones (en ambas legislaciones), la existencia p. ej. de locutorios que no acercan al prisionero a la sociedad sino que le aíslan, las restricciones en el derecho a visitas e inclusive a los malos tratos a los que suelen verse expuestos.

⁴³⁷ Manuel Contreras y Sergio Espinoza, el primero, jefe de la DINA, responsables del asesinato del ex Ministro de Asuntos Exteriores del Presidente Allende, Orlando Letelier, fueron condenados a siete y cinco años de privación de libertad por un delito de lesa humanidad. Un tema candente en Chile fue precisamente la construcción de la "cárcel para militares" que precedió a sus condenas. Hasta 1996 se encontraban solo ambos en este fastuoso recinto penitenciario en las que las condiciones de severidad nada tienen que ver con la que se aplica a los miembros de grupos armados de izquierda.

⁴³⁸ MOULIAN, T. Ob.cit. 1995, el mismo, "*Alta Seguridad y Derechos Humanos*", Diario *La Época*, 17 de marzo de 1994. En el mismo sentido Gérard DELTEIL, art. cit. 1999.

reconoce la categoría de delincuentes comunes, lo lógico sería que se les aplicara la normativa general⁴³⁹. Adelantándonos a lo que será objeto de examen, parece ser que sustantivo penalmente la solución no puede consistir en otra cosa que la mantención de un delito de nomen iuris propio y agravación de penas.

La política de dispersión en materia penitenciaria, aplicada en España y tímidamente en Chile, como se ha dicho, resulta inadecuada para el cumplimiento del mandato del legislador sobre la reinserción social. Ella desarraiga al penado, le aísla de la sociedad a la que pretende reintegrarse. Atendidos los infructuosos resultados producidos, el gobierno español parecía en 1998 haber comprendido que la solución debía darse en el marco de un acuerdo político con las organizaciones armadas y comenzar una política de acercamiento. Resulta ello beneficioso toda vez que permite no solo el respeto al principio de legalidad, ya que al evitar el desarraigo de los penados y preventivos se da cumplimiento al art.112.1 de LOGP, y de paso al fin resocializador (art.1 LOGP y 25. 2 CE), sino que al mismo tiempo favorece un debate ideológico en el seno de la sociedad permitiendo una mayor participación política. Debe recordarse que los actos de terrorismo *son síntoma y no causa* de una sociedad en descomposición en la que el debate parece faltar.

Quizá la solución en materia de reinserción se encuentre en la vía del indulto particular, como argumentó en una ocasión la Dra. PÉREZ CEPEDA⁴⁴⁰, refiriéndose a los casos de presos por delitos de terrorismo en España. Su propuesta combina la exigencia de un abandono de las armas por parte de las organizaciones terroristas, con la aplicación de una política de acercamiento de presos y el otorgamiento de indultos particulares.

Parte de la división para prisioneros por delitos de sangre y delitos en los que bienes fundamentales, como la vida y la integridad física, no se hubieren visto afectados. Para los primeros se propone: dejar sin efecto la política de dispersión en materia penitenciaria, acercándoles a las cárceles de sus lugares de origen, y eliminar la cualificación de los hechos como delitos de terrorismo, previa revisión judicial de las sentencias, para que cumplan la pena correspondiente al delito común cometido. Ello traería como consecuencia una rebaja de las penas. Para los segundos, indulto particular con remisión de la pena o conmutación por una menos grave.

Si con ello pudiere por fin alcanzarse una paz social, no dudamos en suscribir la propuesta, sin embargo, vemos algunas dificultades más que jurídicas, políticas: Por una parte, la vía del indulto particular ya ha venido siendo adoptada desde 1983, y ello no ha traído necesariamente como consecuencia la desaparición del terrorismo. También es cierto que estos indultos particulares han sido otorgados restrictivamente, como se ha expuesto. Por otra parte, en nuestra opinión, quitar la cualificación de delitos de terrorismo a los hechos cometidos y sancionarlos como delitos comunes implica:

Primero, reconocer indirectamente que se trataría de delitos políticos, con toda la trascendencia político social que ello lleva consigo. Parece difícil que desde las Instituciones Estatales se llegara a reconocer implícitamente que no ha habido terrorismo sino violencia política legítima (delitos políticos), porque ello traería como consecuencia aceptar que durante todo el tiempo que ha durado la violencia terrorista, nos encontrábamos en una democracia formal. *Segundo*, implica llegar al contrasentido de considerar que los delitos que no son de sangre tienen la cualificación de terroristas, y los de sangre, la cualificación de infracciones comunes. El indulto no afecta la existencia del delito sino tan solo a la pena.

⁴³⁹ Artículos 13.3 de la CE y 9º CPRCH y art. 1 del Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 1977.

⁴⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana. “*Reinserción de terroristas*”, ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000.

Lo ideal habría sido aplicar una solución similar a la de la Ley de 15-10-1977, que dictó una amnistía general que incluía a todos los “delitos de intencionalidad política realizados con anterioridad al 15-12-1976, así como a los delitos y faltas conexos a los mismos, con exclusión de los delitos que se hubieren realizado con violencia grave contra las personas”. Pero la amnistía, como se sabe, no se encuentra incluida entre las causas de extinción de la responsabilidad penal, así como tampoco el indulto general (art. 62.i CE), por lo que la única solución *jurídicamente* posible a que puede arribarse es a la de concesión de indultos particulares, con todas las dificultades que a nivel político pudiere implicar.

Matizando la propuesta de la Dra. PÉREZ CEPEDA esto significa que, en el caso de los delitos de sangre, sin necesidad de quitar la cualificación de terrorismo, tendría que buscarse otro mecanismo para rebajar las penas, cumpliendo así con la idea de que el indulto no borra el delito sino la pena o le conmuta por otra menos grave (art. 130 .3 CP).

2.c.- En cuanto al *derecho penal premial* que se aplica a los supuestos de terrorismo, se ha dicho que la aplicación de instituciones tales como el arrepentimiento eficaz, que exigen una "colaboración activa" del procesado o condenado, resultan cuestionables por las siguientes razones: *Primero*, porque se legitima a nivel de Estado el argumento absolutista de que "el fin justifica los medios"⁴⁴¹. Así, quedarían amparados los actos cometidos por organizaciones terroristas que pretenden "proteger" un determinado sistema, el contraterrorismo. Por otra parte, resulta cuestionable el criterio de legitimidad que pretende esgrimir el Estado para justificar el premio o compensación a la delación y traición. *Segundo*, se atenta contra institutos fundamentales de la ley penal: la verdad procesal y la reinserción. La declaración de quien encontrándose en una situación de desventaja, entra en negociación directa con el Ejecutivo carece de la imparcialidad necesaria y su fiabilidad resulta dudosa, es un atentado a la verdad procesal. Por otra parte, la colaboración que se presta, por regla general, no obedece a la espontaneidad del sujeto, a su real intención de abandonar la organización a la cual pertenece, sino que deriva de una coacción legalizada (el beneficio) atentatoria contra la libertad del individuo.

Este tipo de medidas mas bien potencian la prevención general negativa en contra del fin resocializador del artículo 25.2 de la CE española y del artículo 1 del RP chileno. Pareciera ser que la aplicación de la institución del indulto particular - en las actuales condiciones- fuere la menos gravosa para el condenado y la más ajustada al garantismo. Ya hemos apuntado que en la ley penal chilena el indulto no procede, por disposición constitucional, en los supuestos de terrorismo (art. 9 CPRCH). En la ley penal española, el indulto sí es aplicable, no obstante el legislador pareciera dificultar el acceso al mismo al exigir como requisito no tanto la participación en las actividades de reinserción y reeducación (art. 206 RP) como una declaración pública de abandono de la actividad delictiva y de intención de reinserción. De ahí que el terrorista, no olvidemos su carácter de delincuente por convicción, se niegue a optar por el derecho de gracia en la mayoría de los casos. No obstante, la Audiencia Nacional no ha encontrado problemas para optar preferentemente por la vía del indulto.

Es indudable que las medidas premiales obedecen al criterio político criminal de combatir el terrorismo desde la perspectiva del ataque a la organización terrorista, cual forma de criminalidad organizada, cuestión ésta que ya hemos objetado. La destrucción material de una organización armada no acaba con el problema del terrorismo, pues tan pronto se desarticula un comando en un lugar, en otro sitio otro similar se está reestructurando. Y por sobre todo, se corre el riesgo de extender el ámbito de punibilidad hacia conductas que no tienen carácter terrorista. *Frente al terrorismo debe ante todo acudir a la apertura de los canales de participación democrática, al combate ideológico y a la negociación política*⁴⁴².

⁴⁴¹ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 107.

⁴⁴²En este sentido véase, entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986 y 1988, obs. cit.; BARATTA, A. 1985 a), BARATTA-SILBERNAIG, 1985 ob. cit., PÉREZ CEPEDA, A; 1995, p.36; GARCÍA RIVAS, N. 1984, pp.107-

Si esto es así, no se entiende el porqué se contemplan medidas que tienden a cerrar esta participación en la discusión política. Sabemos que, hasta ahora, la ley penal en España no establece expresamente- como en Chile- la inhabilitación de un condenado por delitos de terrorismo para optar a cargos públicos, fuera de los casos ya previstos en la ley penal común, y que le priva de la posibilidad de su ejercicio, de donde se desprende que no puede participar en los canales democráticos que en teoría se le ofrecen. Y se conoce que también es una medida que, en forma de suspensión, se aplica para el procesado por delitos de terrorismo. Cabría destacar en tal sentido el desacierto político criminal de la LO 7/2000 que elevó las penas accesorias de inhabilitación, que ahora oscilan entre los seis y los veinte años (inhabilitación absoluta). En la ley penal chilena esta situación, como se ha indicado es aún mas exasperante, el condenado por delitos de terrorismo, por disposición constitucional, no puede ni siquiera optar a cargos públicos de elección popular, ni a una serie de cargos de dirigencia en organizaciones de diversa índole, entre los que se destaca cargos en establecimientos de educación, durante el plazo de quince años. El condenado y el procesado también pierden la calidad de ciudadano, y el derecho a sufragio (arts. 9, 16 n°2 y 17 n°3 CPRCH).

Si el terrorismo consiste en la utilización de la violencia, con desprecio a la vía de participación democrática, y se niega, por otra parte el derecho de participación política, se está justificando implícitamente el uso de la violencia, y deslegitimando toda intervención del estado en materia de terrorismo. El terrorismo deja de ser terrorismo y pasa a convertirse en una lucha armada legítima. Gráficamente podríamos representarlo con la figura del “Ouroboros”, una serpiente que gira y gira mordiéndose la cola: terrorismo v/s Estado y Estado v/s terrorismo.

2.d.- Es claro que el terrorismo es un delito de finalidad política cuyo objetivo es hacer peligrar las bases del Estado democrático de Derecho, aunque, conforme a lo que se ha sugerido, no parece que la estabilidad democrática pueda verse afectada. Mas bien, como se ha indicado las organizaciones armadas se inclinan por demostrar que el sistema democrático y el Poder no puede contra ellas. Desde la perspectiva del bien jurídico es un delito de lesa humanidad por cuanto ataca bienes jurídicos de trascendencia como la vida, la integridad física de personas ajenas a la lógica de la guerra. El principal desafío es, por lo tanto, lograr la comprensión penal del terrorismo dentro de los márgenes de un Estado Social de Derecho, evitando el empleo de soluciones de emergencia.

Dentro de esta emergencia encontramos, asimismo, las políticas de seguridad que siguen los Ministerios del Interior para el combate del terrorismo, y que extienden sus efectos mucho más allá de lo que realmente se considera terrorismo. El *ius puniendi* estatal pasa a convertirse en un instrumento de control que se ejerce sobre los gobernados. Concretamente, el control social formal que desde el Derecho Penal se dirige hacia las conductas de violencia informal, que en este caso se orientarían o se justificarían en la represión al terrorismo, extiende su ámbito hacia la represión del "disenso político" violento o no violento, y alcanza a otros sectores de la sociedad que llevan a cabo luchas sociales en pro de reivindicaciones justas.

Es lo que ha ocurrido en Chile con las luchas de la clase obrera y minorías étnicas. En el marco de conflicto Endesa España con los Mapuches desatado ya en el primer gobierno de la transición democrática, se ha desencadenado una ola de violencia social protagonizada por los dirigentes de esta etnia en defensa de sus tierras que les han sido expropiadas para traspasarlas a empresas forestales privadas. Muchos de ellos han sido objeto de la aplicación de una política penal de orden público caracterizada por el control social “duro”, siendo privados de libertad y procesados por la Ley de Seguridad del Estado, que no es sino una más de las leyes penales especiales que integran la “cultura de la emergencia” en Chile⁴⁴³.

113; ARROYO ZAPATERO, 1985 y 1981, obs. cits.

⁴⁴³ Así por ejemplo, a principios del año 2000 se iniciaron procesos ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en contra de varios indígenas por infracción a la Ley de Seguridad del Estado. Véase “*Chl: Detienen a varios mapuches*”

En el caso español nos encontramos que, al finalizar el año 2000, después de una larga ola de atentados de ETA, las políticas de represión al terrorismo recrudecieron alcanzando la detención de personas que poco o nada tenían que ver con dicha organización: dirigentes comunistas de GRAPO, grupo prácticamente desmantelado, e integrantes de organizaciones anarquistas fueron objeto de detención por parte de la policía⁴⁴⁴. Considérese también la detención de personas calificadas como parte del “entorno de ETA”, incluyendo dirigentes de un partido político legalmente constituido, periodistas y abogados defensores⁴⁴⁵.

La implementación de los denominados Sistemas de Inteligencia, conllevan el riesgo de caer en el terrorismo desde arriba. Un terrorismo que opera al amparo de la estructura estatal y que por ende resulta aún mas peligroso ya que sus conductas tienden a quedar en la impunidad. Se violenta con este tipo de políticas la transición a la democracia, y mas allá de ello se involucre en el camino adelantado volviéndonos hacia una mayor represión y autoritarismo. Ciertamente es que ya los militares no se encuentran a la cabeza del Ejecutivo, cierto es que se han recuperado instituciones democráticas básicas como el derecho de todo pueblo a ser representado en un Congreso, pero también es cierto que el mantenimiento de instituciones antidemocráticas en la Constitución de 1980 heredadas de la dictadura militar, que la creación de un Sistema de Inteligencia cuyas funciones posibilitan la violación a derechos fundamentales, la existencia de una mayor represión en materia de legislación antiterrorista, la creación de un verdadero Estado Policial, implican no solo uno, sino un centenar de pasos atrás en la idea de Estado democrático de Derecho.

Un sistema de Inteligencia que tenga por objeto salvaguardar un sistema democrático ha de ajustarse al respeto a los derechos humanos, no utilizar métodos intrusivos y encubiertos para la obtención de información, sino abiertos. Debe respetar la Constitución y la ley de manera tal que se protejan los derechos humanos antes de que ellos sean vulnerados. En este sentido cualquier sistema de inteligencia, debe en todo caso, sujetarse a los mecanismos de control democráticos⁴⁴⁶.

En la adopción de ese tipo de instrumentos, propios de la emergencia penal y su concreción mediante legislaciones de excepción, se hace primar *la razón del Estado* por sobre la *razón jurídica*, razón del Estado en virtud de la cual el fin puede justificar los medios. Desde la óptica del Estado de Derecho lo importante son los medios que se utilicen para combatir una u otra forma de criminalidad, por tanto, es inconcebible que en un Estado Democrático se adopte una ley penal basada en la “ideología de la seguridad” a partir de la cual, el fin de protección de la seguridad del aparato estatal, ya no de los ciudadanos, se convierta en lo primordial. Se pierde la oportunidad de fijar definitivamente los límites recíprocos de la lucha antiterrorista y de los derechos fundamentales, lo que hubiera permitido no solo clarificar el debate teórico sobre la emergencia y su papel en el actual Estado de Derecho, sino también, lo que es más importante, proporcionar pautas claras a la Administración de Justicia y Policial en su lucha contra el terrorismo⁴⁴⁷.

en aplicación del Estado de Excepción en la IX Región”, Doc. EQUIPO NIZKOR, marzo 2000. A principios del 2001 el Ministerio del Interior presentó un Requerimiento por infracción a la Ley de Seguridad del Estado en contra de dirigentes mapuches por los hechos de violencia ocurridos al interior de la IX Región. Véase medios de prensa chilenos correspondientes a los días 27 y 28 de enero 2001. Para información amplia sobre el problema Mapuche en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/endesa>.

⁴⁴⁴ Nos referimos a las detenciones en París de la cúpula de GRAPO, y en Madrid de integrantes de una célula anarquista. *El Mundo*, 10-11-2000, p. 16 y 20 respectivamente.

⁴⁴⁵ Información en *El País*, 14-9-2000, portada, pp.17 a 20.

⁴⁴⁶ Parece ser que la opción adecuada sería la creación de un organismo de elección popular destinado a ejercer este control. De elección popular toda vez que se trata de la afectación de garantías fundamentales de los ciudadanos. O en su defecto, ejercer el control por la autoridad judicial en conjunto con la comisión de derechos humanos de la cámara de diputados. En su generación deberían intervenir todos los poderes del Estado y no solamente el Ejecutivo.

⁴⁴⁷ En esta opinión TERRADILLOS, J. 1988, p.45.

Una idea nos merece la pena remencionar, la idea de que el legislador chileno paulatinamente ha ido adoptando el modelo de la ley penal española. Inegablemente acierta en esta adopción cuando se ha referido a la protección de derechos fundamentales, por ejemplo, en materia de detención policial, la reforma a la ley penal sustantiva y formal 1 de julio de 1998, citada, es fruto, no nos cabe duda, del espíritu de la disposición atingente que el ordenamiento español consagra en la LECRIM. Apuntamos al derecho del detenido a ser informado acerca de los motivos de la detención o prisión, y a la tipificación de la detención ilegal de personas perpetrada por funcionarios públicos. En esta misma línea se inspira el NCPP que avanza de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, procurando garantizar de mejor manera los derechos de las personas.

El conflicto se produce en el momento en que el legislador adopta modelos foráneos que poco o nada tienen que ver con la idiosincrasia del pueblo chileno. Esto ocurre por ejemplo, con la institución del arrepentimiento eficaz y en el tratamiento penitenciario. El RP chileno adopta el modelo español de clasificación en regímenes cerrado, abierto, semiabierto, aunque no adopta la clasificación en grados. Y sigue cada vez más las directivas político criminales españolas. No hay obstáculo en tomar como paradigma instituciones que tiendan hacia la protección de los derechos fundamentales, a la implementación del garantismo penal, no obstante ha de observarse un cuidado extremo al momento de introducir instituciones que no se ajustan a la realidad política. No hay razón por ejemplo para la implantación del criterio de la dispersión en el caso de organizaciones armadas, por las razones ya expuestas, y además, porque las motivaciones políticas de estas organizaciones difieren en mucho de las que operan en España.

La legislación de excepción asigna al sistema penal un carácter autoritario que le hace dar un paso atrás en la evolución garantista, autoritarismo que no es fácil de advertir a primera vista. Este daño que la emergencia penal produce al andamiaje garantista ha sido en reiteradas oportunidades denunciado por diversos sectores de la doctrina⁴⁴⁸, constituyendo más bien una crítica hacia la ideología que este sistema ampara y legitima. A ello, se opone la normatividad de un sistema penal basado en principios que resultan irrenunciables de garantía para el imputado, "a la excepción se contraponen la normatividad de la normalidad", y éste carácter normativo se fundamenta en la Constitución, o en el llamado Pacto Social, que regula cuáles son los derechos fundamentales que se reconocen a la persona.

Debe intentarse evitar el riesgo de que una política penal del orden público lleve a un "proceso de fascistización"⁴⁴⁹ del Estado de Derecho, a su conversión en un "Estado autoritario de Derecho", capaz de extender este carácter excepcional al resto de los sectores del ordenamiento y de la praxis jurídica. Como acierta BUENO ARÚS: "Pese a las innegables conexiones entre el Derecho y la Política, los valores jurídicos no son los valores políticos, y no cabe remediar la mala conciencia institucional ante una situación estructural injusta de la sociedad con la sublimación del poder y de la eficacia, convirtiendo en *chivos expiatorios* a delincuentes, sospechosos, inocentes y víctimas"⁴⁵⁰.

Recapitulando, la ley penal además de su doble función formal y sustancial, cumple el papel de fortalecimiento de los poderes del aparato estatal y a la vez le releva de su tarea política de enfrentarse a los problemas políticos a través de medios que no se reduzcan a la coacción. Destaca en esto el importante papel que juega *el enemigo interno* cuyo fruto más trascendente es la circunscripción de lo terrorista al ámbito de la violencia contra el Estado, y el Estado de derecho, en su ideología, identifica el terrorismo con violencia ilegal. Desde los lineamientos

⁴⁴⁸Véase por todos, BARATTA-SILBERNAIG. 1985, ob. cit. en el texto.

⁴⁴⁹Expresión de ROMANO CANOSA. *Diritto e rivoluzione*, Mazzotta, Milano, 1977, p.108. Cit. por GOMEZ BENÍTEZ, J. M. 1982, pp.49-50.

⁴⁵⁰ BUENO ARÚS, 1986, p.143.

político criminales en la dialéctica “acción-represión” debe optarse por reducir la represión por parte del Estado para afrontar eficazmente la violencia terrorista. La cuestión fundamental radica en “los medios” para afrontar la violencia terrorista, siendo el primer objetivo a considerar en esta estrategia el mantenimiento de la democracia y el imperio de la ley.

Así las cosas, discrepamos de la idea de que es la entidad excepcional del ataque terrorista, la que obliga a adoptar medidas excepcionales para salvaguardar el sistema democrático a cualquier costo. Como acertadamente expone TERRADILLOS⁴⁵¹, no está claro que el terrorismo ponga en peligro el orden democrático en su totalidad y además porque no está claro que el mantenimiento de la democracia pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas. El principio legitimante de la intervención punitiva no es ya jurídico sino directamente político y la seguridad del Estado se erige como valor supremo ocupando el lugar de la ley. Se produce así, la sustitución de la *razón jurídica* por la *razón del Estado*⁴⁵². Cambian, de esta manera las fuentes de legitimación del sistema punitivo sustancial y procesal regresando a viejas fórmulas autoritarias, y más grave aún es la ruptura cultural que genera esta ideología de la emergencia, toda vez que surge una cultura francamente policial informada exclusivamente por los principios de la seguridad y la eficiencia, y se dejan de respetar derechos fundamentales.

Es criticable entonces desde esta perspectiva, y engarzando con los dos primeros capítulos de esta investigación, *la falta de debate político* que existe en torno a la legislación de emergencia y sobre el límite a los derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente, responsabilidad que en primer lugar recae sobre los partidos políticos que cuentan con escaños en el Parlamento⁴⁵³. A lo menos se trata de un repliegue ante la visión realista que se produce cuando se contemplan los problemas desde la óptica del orden público exclusivamente y desde una precisa ideología de la seguridad. Se llega así a lo que la doctrina acertadamente denomina, una “democracia acorazada”⁴⁵⁴. Es esta ideología de la seguridad la que provoca, la *huida al derecho penal*⁴⁵⁵, por una parte, porque la estrategia antiterrorista pasa por disminuir el apoyo social del terrorismo y no por el recurso a medidas penales que, por inidóneas, pueden incrementarlo, y por otra parte porque no está claro que el combate contra el terrorismo requiera necesariamente de un tratamiento penal y procesal específico. La razón de ser de la ley penal estriba no en la existencia del problema sino en su idoneidad para solventarlo, y *en un Estado de Derecho ha de primar la razón jurídica* (los medios) y *no la razón del Estado* (el fin).

La legislación de emergencia se constituye así en uno más de los *símbolos* del derecho penal, lo que HASSEMER denomina “respuestas sustitutorias del legislador”, leyes que “sirven de coartada”⁴⁵⁶, leyes que nacen en momentos de crisis. La huida al Derecho penal mediante preceptos simbólicos no tiene un efecto preventivo eficaz y por el contrario, tiene consecuencias disfuncionales al intentar consolidar un aparato de poder dentro de un Estado de derecho traicionando sus principios. En este contexto hay que considerar la merma que significa al principio de seguridad jurídica, la profusa normativa excepcional, manifestada en las reformas legales mencionadas, tanto en la legislación española como chilena⁴⁵⁷. De un lado, la respuesta legislativa se torna “coyuntural”, manifestación quizás de la “dialéctica agresión-legislación”, y

⁴⁵¹TERRADILLOS, J. 1988, p.41.

⁴⁵²TERRADILLOS, J. 1988, p.41, BERGALLI, R. 1996, p.142.

⁴⁵³ En este sentido, mas ampliamente TERRADILLOS, J. 1988, pp.27-34.

⁴⁵⁴TERRADILLOS, J. 1988, p.33

⁴⁵⁵ En esta interpretación, ÁLVAREZ - COBOS, 1983, TERRADILLOS, J. 1988, p. 34. DEL ROSAL BLASCO, B.1994, pp. 610-611.

⁴⁵⁶ HASSEMER, W. “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, en *NFP* NJº 51, Año X, p.20.

⁴⁵⁷ Refiriéndonos, en concreto, a la LO 7/2000 en España, y en Chile a las relativas a materia penitenciaria (PL de 1997).

del otro viene a demostrar, como advierte LAMARCA⁴⁵⁸, la “irreflexión con que actúan los poderes públicos”.

Ha de insistirse en la idea de que el terrorismo no es tan solo un problema que pueda abordarse desde el punto de vista jurídico, pero es necesario acudir a este tipo de interpretaciones, y en definitiva comprender que una correcta estrategia frente al mismo tiene que apelar en primer lugar a los medios políticos y a las reformas sociales que permitan - parafraseando a GARCÍA RIVAS - "cargarse de razón frente a los terroristas"⁴⁵⁹. Y en aras al carácter de *última ratio* del Derecho Penal, solo acudir a éste como instrumento de control social cuando se haya agotado el combate ideológico. La respuesta jurídica a una forma de criminalidad que – al menos en España- se erige como permanente, no puede sustentarse en instrumentos de carácter transitorio, y de ser así, éstos (legislación de excepción), deben adecuarse a los principios constitucionales y orientarse por criterios político criminales que tiendan hacia una solución y no al enturbiamiento del problema, como ocurre con la aplicación de normas que establecen discriminaciones, que no resultan coherentes con los postulados del Estado democrático.

⁴⁵⁸ LAMARCA, C. 2001, p.102.

⁴⁵⁹ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p.144.

CAPÍTULO IV

LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL COMPARADA

SUMARIO: **I.-** Preliminares, **II.-** LA RESPUESTA LEGISLATIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL, 1.- Los convenios internacionales, 2.- Los delitos de terrorismo en la extradición, 3.- El papel legitimador de las instituciones europeas frente a las legislaciones nacionales: El Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977, 4.- El Tribunal Penal Internacional y los delitos de terrorismo, 5. El papel de los organismos internacionales americanos frente a las legislaciones nacionales, **III.-** LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA, 1.- La legislación europea, 1.a.- El Reino Unido de Gran Bretaña, 1.b.- Alemania, 1.c.- Italia, 1.d.- Francia, 2.- La legislación en América Latina, 2.a.- Colombia, 2.b.- Perú, **IV.-** Conclusiones

I.- PRELIMINARES.

En el plano internacional, desde el punto de vista jurídico, la actitud de los Estados ante el terrorismo, ha sido en primer término el reconocimiento de su gravedad, como producto del creciente carácter internacional que ha adquirido. Los gobiernos de los distintos países europeos han coordinado sus políticas a objeto de dar a luz a convenios internacionales para su prevención y represión. Como consecuencia necesaria de este apoyo mutuo en el plano político y jurídico, nace la cooperación interestatal en el ámbito policial y administrativo. Existen, por tanto, dos tipos de colaboración:

- a) La cooperación judicial, aquella que se da entre organismos jurisdiccionales, en la que destaca, por su importancia, la privación del privilegio extraditorio propio del delito político, consecuencia de la despolitización de las conductas de terrorismo.
- b) La cooperación policial internacional, que suele darse de manera bilateral (p.ej. España-Francia). Aunque normalmente se basa en acuerdos verbales, tiene como premisa los acuerdos diplomáticos. Así, puede decirse que “todo país en el que existen representaciones diplomáticas deberá estar penetrado por policías de otros países que actúan, nunca aisladamente, en misiones de cooperación, en el ámbito formal o jurídico de la correspondiente agendaría o enlace a la Embajada de que en cada caso se trate”¹.

En América Latina, no parece existir una cooperación tan sólida como en Europa. La verdad es que, más allá de los acuerdos de cooperación a nivel policial para la prevención de delitos en general, no se observa un tratamiento especial en este sentido en materia de terrorismo. La mayoría de los países se limitan a ratificar los convenios internacionales ya existentes, y que fueron elaborados en Europa. Cada Estado hace frente a “su violencia política” de la manera que mas se adecua a su legislación interna.

En el presente capítulo intentaremos proporcionar una visión general acerca de la respuesta de fuerza que se otorga en el marco del derecho internacional, para luego esbozar cómo han respondido frente al terrorismo las legislaciones de: Reino Unido, Alemania, Francia e Italia, Colombia y Perú. Se hace presente que, atendido que el objeto central de esta investigación es el análisis de legislación comparada entre Chile y España, es probable que existan reformas a las legislaciones antiterroristas de esos otros países, que escapen a esta investigación. El objeto de su examen es simplemente revelar que el tratamiento jurídico del terrorismo, tanto en el resto de los países de Europa, como en los puntos álgidos en América Latina, se enmarca dentro de una verdadera cultura de la emergencia penal. Se asemejan todas estas legislaciones en el otorgamiento de un tratamiento jurídico de excepción, sea a través de leyes penales especiales, como ocurre en las legislaciones de Gran Bretaña, Perú y Chile, ya a

¹ FUNGAIRIÑO, E. “*La cooperación judicial internacional en la represión del terrorismo*”, XIII Congreso Internacional sobre terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Núm. 45, nov.- dic. 1998, Madrid, 1998, p. 19.

través de la incorporación de esta excepcionalidad al ordenamiento jurídico común, como ocurre en los casos de España, Francia, Alemania, Italia y Colombia.

II.- LA RESPUESTA LEGISLATIVA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

1.- Los Convenios Internacionales.

1.a.- La represión jurídica de la violencia política comienza a principios de este siglo coincidiendo con los conflictos sociales que se desataron a raíz de la Primera Guerra Mundial. La cooperación de los Estados en esta represión tuvo su primera experiencia en 1927, año en el cual se dio inicio a los trabajos de la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, instancia en la que se pretendió acordar un concepto homogéneo del terrorismo, así como establecer instrumentos jurídicos dotados de la necesaria eficacia para enfrentarle. Particularmente importante fue la VI Conferencia, en Copenhague en 1935 en la que se aprobó un texto detallado sobre el terrorismo internacional².

El Consejo de la Sociedad de Naciones se había ya manifestado en similar sentido en 1934, como respuesta a un concreto hecho de violencia política³, adoptando una resolución cuyo cometido fundamental era imponer a cada Estado el deber de prevenir y reprimir cualquier actividad de carácter terrorista, con finalidad política, que se diera dentro de su territorio, así como prestar asistencia a los gobiernos que lo requirieran. Siguiendo esta misma directriz, Francia dio origen a los dos Convenios de Ginebra de 16 de Noviembre de 1937 que se encargaron de establecer respectivamente las normas sobre la prevención y represión de los actos de terrorismo, así como la creación de un Tribunal Penal Internacional destinado a juzgarlos. El artículo 1º del primero de estos convenios concibe la expresión “actos de terrorismo” como referida a “*hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o sentido es provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o en público*”. Configura así *al Estado* como *sujeto activo y pasivo* del terrorismo y *no a los individuos*. El artículo 2º por su parte, obliga a los países firmantes a prever como delitos determinados hechos cometidos en el propio territorio cuando estén dirigidos contra otro de los países firmantes y constituyan actos terroristas.

La “eficacia” de estos instrumentos se vio debilitada por la situación política. En los albores de la II Guerra Mundial difícilmente los Estados podrían estar preocupados de reprimir los actos de terrorismo provenientes de individuos. El contexto histórico, unido a la ambigüedad de los preceptos contenidos en estos instrumentos, vinieron a determinar que de los veinticuatro países firmantes solo la India los ratificara. Fue así como tampoco corrieron mejor suerte otras iniciativas legislativas posteriores: el Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra y el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas de 1954, cuya característica fundamental es que considera al Estado como sujeto y objeto del terrorismo, al igual que los convenios de Ginebra de 1937.⁴

Es posible, por tanto, afirmar que, hasta ese entonces los proyectos jurídicos internacionales se habían limitado en general a la represión de la violencia política. La represión del terrorismo en cuanto tal comienza en 1970, siendo sus primeros exponentes las

² GLASER, Stefan. *Droit International Pénal Conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1979, pp.192. Actes de la Conférence, París, Ed. Pedone, 1938, pp. 420-421.

³ Se alude al atentado en Marsella (1934) que acabó con la vida del Rey Alejandro I de Yugoslavia y de Louis Barthou, Ministro de Asuntos Exteriores y antiguo jefe del Gobierno Francés. Se constituye así en un hecho de violencia política que impulsa la represión por parte de Europa.

⁴ LÓPEZ GARRIDO, Diego; *Terrorismo política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia.*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p.12.

declaraciones de las Naciones Unidas de 24 de Octubre y 16 de Diciembre de ese año⁵, y luego el Proyecto de Convenio para la prevención y represión de las infracciones contra agentes diplomáticos y otras personas con derecho a protección internacional, adoptado en 1973 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁶

No obstante los intentos que se llevaron a cabo para reprimir el terrorismo, no podemos soslayar un problema fundamental al que se vieron enfrentados los Estados, y que siguen enfrentando aunque las condiciones históricas hayan variado: la profunda discrepancia ideológica entre los países occidentales, los de Tercer Mundo y el antiguo bloque socialista. Demostración clara de ello es el hecho de que todos los textos jurídicos elaborados durante la década de los setenta se limitaban a reprimir los actos de terrorismo insurgente. Así por ejemplo, el Proyecto de Convenio para la prevención y represión de ciertos actos de terrorismo internacional de 25 de Septiembre de 1972 que fuera propiciado por Estados Unidos. Mientras a los países occidentales, y por supuesto a EE.UU. que fue quien tomó la iniciativa, les interesaba reprimir a cualquier costo los actos de terrorismo de individuos, en aras a la “seguridad del Estado” y de una determinada forma de gobierno, los países tercer mundistas y el bloque socialista eran mas cuidadosos a la hora de decidir el contenido de la expresión “terrorismo” y particularmente la forma de combatirlo por cuanto, por regla general, esta represión alcanzaba no precisamente a “terroristas” sino a los integrantes de los movimientos de liberación nacional y de movimientos izquierdistas, contrarios a las dictaduras derechistas avaladas especialmente por Norteamérica.

Lo anterior llevó a que las Naciones Unidas acordara la formación en su seno de un Comité Especial de Terrorismo Internacional cuyo objetivo fundamental era “analizar las causas subyacentes de la violencia, que impulsan a ciertas personas a sacrificar vidas humanas, incluso la propia, para intentar producir cambios radicales”, reconocer el derecho de autodeterminación de todos los pueblos “sometidos a regímenes coloniales y racistas y a otras formas de dominación extranjera, y “condenar el terrorismo perpetrado por los regímenes coloniales racistas”⁷. Esta condena del terrorismo de Estado como causa principal de la violencia mundial así como la afirmación tajante del derecho de autodeterminación de los pueblos fueron aspectos que los países occidentales no aceptaron totalmente por ser contrarios a sus intereses. Sin duda es por esta razón, la divergencia ideológica en el seno mismo de las Naciones Unidas, lo que llevó a que las sesiones de este comité hayan sido postpuestas siempre⁸.

La discrepancia ideológica siguió subsistiendo, en 1985 con motivo de la 12 Conferencia Mundial de Juristas celebrada en Alemania (Berlín) de 26 de Julio, tampoco hubo acuerdo entre los países occidentales y los tercer mundistas en la lucha contra el terrorismo. Mas tarde comienza a considerarse como una forma de criminalidad organizada, dando paso a instrumentos internacionales que se han orientado hacia la cooperación policial tanto bilateral como a través de convenios multilaterales y órganos supranacionales, y hacia la cooperación judicial, efectuada a través de las comisiones rogatorias y los procesos de extradición.

1.b.- Las divergencias ideológicas se han exteriorizado tanto en las discusiones al interior de los organismos internacionales, como en los textos legislativos que hasta ahora han sido aprobados se ha manifestado en dificultades conceptuales, sin que hasta ahora se haya logrado consenso. El casuismo en las perspectivas internacionalistas ha dado paso a la elaboración de largas listas de medios terroristas que en lugar de conceptualizar el fenómeno, lo que hacen es simplemente diferenciarlo de otras formas de violencia.

⁵ Vid. Resoluciones 2625, XXV y 2734, XXV de Naciones Unidas

⁶ Sesión nº 1457 de la 6ª Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷ Doc. oficial de UN, A/RES/3034 (XXVII) de 11-1-1973 y de 10-12-1973, A/9410.

⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.12 y ss.

Conviene destacar a este respecto la Convención de Ginebra de 1937 para la prevención y represión del terrorismo (art.1.2) que posteriormente sirviera de base a las elaboraciones doctrinales, aún cuando incurría en serias redundancias al intentar un concepto homogéneo. Esta Convención se limitó a enumerar las diversas conductas que en adelante serían consideradas terroristas para el derecho internacional, contemplando, entre otras, el magnicidio y el atentado a autoridades, hasta los actos que pusieran en riesgo la vida de las personas, a través de un peligro público, como por ejemplo, la fabricación de explosivos con dicha finalidad. Luego, el concepto de terrorismo se reducía a la utilización de determinados medios catastróficos capaces de crear un peligro común⁹.

Con posterioridad el derecho internacional y atendidas las dificultades que se presentaron, abandonó la búsqueda de una definición general de terrorismo y prefirió los *convenios parciales*, por ser más eficaces en la práctica de la comunidad de naciones. La normativa antiterrorista adopta un *carácter regional homogéneo* a través de la labor del Consejo de Europa (E.E), de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.), y de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.).

En el ámbito europeo destaca en materia de cooperación judicial el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (CEAJ) de 20 de abril de 1959, cooperación en la que intervienen organismos judiciales, diplomáticos y policiales. Mas tarde, y como el más importante texto internacional, que ha servido de base para posteriores elaboraciones, debe citarse el *Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de Enero de 1977*, la última gran convención “específica” sobre este fenómeno. Sin entrar en mayor detalle por ahora, conviene acentuar que tal instrumento adopta también, como las antecesoras, un método casuístico a la hora de calificar las conductas que serán consideradas terroristas frente al derecho internacional. Reflejando la tendencia que ha venido primando hasta la actualidad, se tiñe de un carácter local y uniforme, y consolidó la tendencia objetivista y despolitizadora que predomina en los países occidentales en su batalla contra los actos de terrorismo. Esta convención renuncia a formular un concepto ontológico de terrorismo, proponiendo una noción estrictamente funcional¹⁰. Y ello porque el objetivo de este acuerdo fue el excluir las conductas terroristas de la categoría de delito político a efectos de la extradición.

En el ámbito americano se encuentran: la *Convención de La Haya de 16 de Diciembre de 1970*, sobre secuestro de aeronaves, la *Convención de Montreal de 23 de Septiembre de 1971* para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, la *Convención de Washington de 2 de Febrero de 1971* relativa a la prevención y secuestro de diplomáticos y de otras personas que gozan de especial protección internacional. Especialmente importante es este último, cuya finalidad es la prevención y represión de los actos de terrorismo que constituyan delitos contra las personas, así como la extorsión económica, unida a estos delitos, cuando tales actos tengan repercusiones internacionales. Este Convenio califica los actos de terrorismo, sin considerar los móviles que lo inspiran¹¹.

Sin duda este conjunto normativo regulador de determinados aspectos en la represión del terrorismo, que se ha ido formando al alero de la colaboración entre los Estados, rompe con el principio de Universalidad que impregna el derecho internacional ya que como se ha insistido, la normativa se aplica a sistemas jurídicos de determinadas regiones con un carácter verdaderamente territorial. Introduzcámonos ahora en la finalidad y en las consecuencias que ha

⁹ En opinión de PELLA cabría en dicho concepto, p.ej. la colocación de bombas, mas no el empleo de un arma de fuego de en el atentado contra una autoridad. PELLA,V.; “*Les Conventions de Genève pour la prevention et la répression du terrorisme et pour la creation de la Cour Pénale Internationale*”, RDPC, Vol. 18, 1938, p. 418.

¹⁰ LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.38.

¹¹ El Convenio fue aprobado en Washington por 13 votos a favor, 1 en contra (Chile bajo el gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular) y 2 abstenciones (Perú y Bolivia). En 1980 había sido ratificado por 7 Estados.

traído consigo esta normativa: la despolitización del terrorismo y la restricción al privilegio extraditorio de los delitos políticos.

2.- Los delitos de terrorismo en la extradición. La despolitización de las conductas terroristas.

2.a.- Consideraciones previas y algunas precisiones conceptuales.

Tanto la dificultad de conceptualizar el terrorismo, como las discrepancias de carácter político ideológico, han tenido repercusiones principalmente en el ámbito de la extradición y la aplicación de ésta a quienes cometen delitos de terrorismo. La elaboración jurídica se ha centrado principalmente en la regulación de esta figura, dejando al descubierto las dificultades políticas y conceptuales en cada caso. En el capítulo II se ha dicho que pareciera ser que los delitos de terrorismo hubiesen nacido a la vida jurídica para limitar y precisar el difuso concepto de delito político, y excluir a sus autores de los privilegios de la extradición. Es evidente que la delincuencia política en cuanto ataque a la organización del Estado ha existido desde siempre, y que su represión ha estado vinculada a rigurosos castigos.

El delito político, tiene una naturaleza compleja, se compone por tipos penales comunes que juegan entre sí formando, o bien concursos ideales o delitos complejos. A juicio de la mayoría de los legisladores debe investigarse cuál es el carácter que predomina en la conducta (si es político o no) para calificarla como tal. Si la conducta tiene un móvil marcadamente político, la extradición no será concedida. En este caso nos encontramos ante ciertos espacios de impunidad, que se complementan con el reconocimiento del *derecho de asilo* por parte de muchos regímenes políticos. Impunidad que, como aciertan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹²: "debe ser aceptada, aunque en ocasiones beneficie a los autores de delitos contra regímenes democráticos, precisamente para beneficiar también a los que se oponen a regímenes autoritarios".

La *extradición* consiste "en la entrega de un delincuente por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado, a aquel que es competente para juzgarle o ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta"¹³. Jurídicamente puede concebirse como un contrato de derecho internacional en cuya virtud el Estado "requerido" entrega al delincuente, cediendo sus derechos soberanos sobre él. El Estado "requiriente" al recibirlo, adquiere el derecho de juzgarle o de ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta¹⁴.

Su contrapartida, el *asilo*, "es la protección concedida por un Estado a la persona que se refugia en su territorio, huyendo de la persecución de que es objeto por parte de otro"¹⁵. Esta protección se manifiesta en la negativa a la extradición cuando ha sido solicitada. La aplicación de la doctrina del asilo territorial al delincuente político fue sostenida primeramente por Provo KLUTT¹⁶, siendo el Tratado de Paz de Amiens (1802) celebrado entre Francia, España e Inglaterra, el primer texto legal que le consagra, al excluir al delito político del catálogo de figuras que dan lugar a la extradición. A partir de 1815, Inglaterra deniega reiteradamente la extradición por causas políticas, y el principio de no entrega del delincuente político se consagró definitivamente en el artículo 6º de la ley belga de extradición de 1833¹⁷.

Como veremos, a partir del año 1875, los tratados internacionales comenzaron a sentar las bases para la apreciación del carácter político de los actos delictivos, estableciendo que ella

¹² MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, 1996, p.169.

¹³ Por todos, CEREZO MIR, J. *Curso de DP.español, I. PG. Edit. Tecnos*, 1998, p.219.

¹⁴ CEREZO MIR, J. 1998, p.219.

¹⁵ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *DP.PG.*, 1996, p.178.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1963, T.III, pp.186-187.

¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A.; *Tratado de Derecho Penal e Internacional Penal*, C.S.I.C., Madrid, T.II, 1957, p.263 y ss.

debía realizarse bajo los parámetros del derecho vigente en el Estado requerido. Sucedió en la práctica que los tribunales de justicia se mostraban menos reticentes en reconocer el carácter político a una infracción, cuando ella se había cometido en un país distinto al propio. En teoría ello se debería a que en el derecho penal interno, la infracción lesionaba el orden público de ese Estado, por lo que las resoluciones de los tribunales nacionales prescindían del móvil al momento de calificar las conductas¹⁸. Lo contrario ocurre en el derecho internacional cuando se trata de conceder o no la extradición, ya que aquí es el orden público del Estado requeriente, un orden público “extranjero” el que se ha visto violado¹⁹.

Esta contradicción permite desnudar la relatividad en el concepto de delito político, y entender que la despolitización de las conductas de terrorismo, no es otra cosa que la consecuencia de la progresiva limitación a los alcances del contenido de la infracción política, a través de Tratados y Acuerdos Internacionales como de las conferencias internacionales de carácter científico. Pero no ha podido llegarse a un aunamiento de criterios porque las políticas internas de cada Estado les sitúa en una posición difícil dependiendo de las condiciones políticas y sociales internas. De allí que sea fácil comprender el por qué una conducta que es “delito de terrorismo” en el Estado requeriente, puede ser considerada “delito político” en el Estado requerido. Esto es mucho más notorio tratándose de los delitos políticos “puros”, pero el panorama se oscurece cuando se trata de infracciones conexas (el clásico asalto a una armería antes de iniciar una insurrección) y más aún cuando son infracciones complejas (el clásico atentado contra la autoridad), forma esta última que generalmente adoptan los delitos de terrorismo²⁰.

2.b. La distinción entre delitos políticos y delitos de terrorismo a efectos de la extradición.

Es opinión unánime en la doctrina²¹ que la tendencia despolitizadora de determinadas conductas de violencia política, en relación al privilegio extraditorio comenzó con la *Ley belga de 22 de marzo de 1856* que estableció la *cláusula belga o del atentado*²². Su art. 6 dispone: “*No se considerará delito político ni conexo con él, el atentado perpetrado contra la persona del Jefe de Estado extranjero o miembro de su familia, cuando el mismo revistiese la forma de homicidio, envenenamiento, o asesinato*”. Lo que se nos dice es que se autoriza la extradición en estas conductas.

A partir de entonces comienza el camino que llevaría a la distinción radical entre delitos políticos y delitos de terrorismo, reprimiéndose con mayor dureza a estos últimos por parte de los Estados, quienes a fines del siglo XIX no dudaron en procurarse nuevas legislaciones destinadas a la represión eficaz del terrorismo. Comenzó a asentarse la idea de negar el carácter político a las infracciones conexas y complejas. Ya en la conferencia internacional del Instituto de Derecho Internacional (sesiones de 1880, Oxford, y 1892, Ginebra), se excluyó de la categoría de delitos políticos a los delitos conexos y las infracciones mixtas²³.

La ley francesa de extradición de 10 de marzo de 1927, imbuida de la concepción subjetivista, fue menos restrictiva y la excepción a esta tendencia general²⁴. No hace salvedad

¹⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.17.

¹⁹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.18.

²⁰ Véase supra, la calificación de los delitos políticos realizada en el Cap.II, punto III, epígrafe 3.

²¹ Por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. 1964, T.II, pp.1004 y ss., QUINTANO RIPOLLÉS, A. 1957, pp.270-271 y 277-278.

²² Ella emerge como consecuencia del atentado frustrado en contra de Napoleón III, realizado por sujetos que, luego de perpetrar su acción se refugiaron en Bélgica. Francia solicitó la extradición y Bélgica no accedió a ella en base a la normativa contenida en la Ley de 1833. Los supuestos de hecho no eran subsumibles en el texto legislativo. De allí nace la ley de 1856, consagrando este tipo de situaciones.

²³ LAMARCA. 1985. pp.72-73.

²⁴ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 18, JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964. T.II. p.993.

en relación a los delitos mixtos o complejos, no contempla la cláusula belga, pero tratándose de delitos conexos cometidos en el curso de una rebelión autoriza la extradición cuando se tratare de actos de barbarie odiosa o vandalismo, prohibidos por las leyes de la guerra y solo cuando la guerra civil ha terminado²⁵. Dos cosas nos interesa destacar: *Primero*, se despoja de cualquier privilegio a las conductas que impliquen un atentado directo a los derechos humanos, y comienza a visualizarse las conductas de terrorismo como crímenes contra la humanidad. Así el Comité Jurídico Interamericano, en 1959 declaró: "no serán delitos políticos aquellos crímenes que excedan todos los límites de la defensa y el ataque, y que hieren la conciencia del mundo civilizado, ya que el interés afectado no es el de un orden político en particular, sino el de la humanidad misma"²⁶. En el X Congreso internacional de Derecho Penal (Roma, 1969) se acordó que no podría invocarse la exclusión de la extradición de los delitos políticos cuando se trate de un crimen contra la humanidad, un crimen de guerra o una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949.

Segundo, la jurisprudencia francesa (Salas de Acusación de los Tribunales de Apelación y del Consejo de Estado), establece la prevalencia de los tratados internacionales suscritos por Francia por sobre esta ley interna de extradición de 1927, y autoriza la extradición de los autores de crímenes graves, aún cuando sean cometidos con una finalidad política. En esto se advierte, junto con un mayor control jurisdiccional que garantiza los derechos fundamentales, una clara influencia de las decisiones gubernamentales lo que "realza el carácter de la extradición como acto de gobierno"²⁷. Además de ello debe recordarse que Francia fue uno de los primeros países que, en su ley interna contempló la cláusula que impide la extradición "cuando el crimen o el delito tengan un carácter político o cuando resulte de las circunstancias que la extradición se solicitó con un fin político", que puede considerarse como el antecedente inmediato del art. 5 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977²⁸. Aquí son los intereses del Estado requeriente los que predominan.

En esta misma línea se ubica el Convenio Europeo de extradición de 21 de diciembre de 1957, en el ámbito del Consejo de Europa²⁹, estableciendo que no se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado delito político por el Estado requerido o como un hecho vinculado al mismo. Añade que esta misma disposición se aplica en el caso que el Estado requerido tenga serias presunciones que la extradición se solicita por parte del Estado requeriente como una forma de castigar al individuo por motivos de discriminación racial, religiosa, de nacionalidad o de ideas políticas. Esta idea es recogida posteriormente en el art. 5.1 de la Ley de Extradición Pasiva (Ley 4/1985 de 21 de Marzo) española que prevé que puede denegarse la extradición "si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964. T.II. p.993.

²⁶ DEL BARRIO REYNA y LEÓN REYES. 1990. p.72.

²⁷ CEREZO MIR. 1998. p.231.

²⁸ El art. 5 de este instrumento señala: "Ninguna disposición del presente convenio deberá interpretarse en el sentido de que implique una obligación de llevar a cabo la extradición, si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito mencionado en el art. 1º o 2º sea presentada con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones".

²⁹ Dicho convenio, firmado en París fue ratificado por catorce Estados miembros y no miembros (Israel, Finlandia o Liechtenstein). Sufrió una inflexión en 1975 con la firma del Primer Protocolo cuyo articulado indica que los delitos y crímenes comprendidos en el Convenio de 1948 sobre Genocidio, y en los Convenios de Ginebra de 1949, no serán considerados delitos políticos. En un análogo sentido se dictaron otros convenios: El Convenio de Auxilio Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, el Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos penales de 1972, el Convenio Europeo para la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional de 30 de noviembre de 1964 y el Convenio Europeo sobre el valor internacional de enjuiciamientos penales de 28 de mayo de 1970. Otro convenio importante en materia de extradición es el Convenio adoptado en las Naciones Unidas sobre la prevención y represión de los delitos contra las personas que gozan de protección internacional y los agentes diplomáticos. Resolución A.G. 3166 (XXVIII) de 14 de diciembre de 1973. Para una información mas exhaustiva véase VEDOVATO, G. "L'apporto internazionale alla lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata", en *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1983, n°3, pp.53 y ss. También, LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.18.

extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones".

Suiza estableció una vía distinta. Por la *Ley Federal de Extradición de 22 de enero de 1822* se quitaba el privilegio extraditorio a los delitos comunes cometidos con un fin político. Esta ley consagra la *teoría de la preponderancia*, que apunta hacia la naturaleza de los intereses que han sido lesionados, solucionando así el problema de los delitos complejos, y determinaba la extradición de los sujetos que cometieran delitos comunes con un móvil político. Esta teoría inspiró también la *ley sueca de 4 de junio de 1913* y la *ley finlandesa de 11 de febrero de 1922* modificada por la de 3 de junio de 1960 que, aún sobre la valoración de los intereses lesionados, autoriza la extradición cuando se trate de hechos especialmente crueles o perversos o se trate de asesinato consumado o tentativa, salvo que se hayan cometido en una situación de guerra civil o lucha abierta. La *ley danesa de 1947* siguiendo el criterio de los legisladores relativos a la investigación del carácter predominante en la conducta para su calificación como delito político, establece que debe considerarse no solo los motivos que tuvo el autor para delinquir sino también "la naturaleza de los intereses que han resultado lesionados". En Austria, Suecia, Noruega o Países Bajos siguen el criterio de la naturaleza intrínseca del acto.

La *Ley alemana de auxilio judicial internacional en materia penal de 23 de diciembre de 1982*, en su art. 6.1 autoriza la extradición si el presunto delincuente ha sido perseguido o condenado por genocidio, asesinato u homicidio. En el mismo sentido la *ley suiza de 20 de marzo de 1981* autoriza la extradición en los casos de genocidio y "cuando el hecho aparezca como especialmente reprobable porque el autor, con fines de extorsión o de coacción, haya puesto en peligro o amenazado poner en peligro la libertad, la vida o la integridad corporal de las personas, especialmente mediante el secuestro de aeronaves, toma de rehenes o por el empleo de medios de destrucción masivos".

En *España*, siguiendo con la tendencia que marcó el S. XIX, acogió por una parte, la idea de despolitización del terrorismo mediante la incorporación de la cláusula belga o del atentado en la *Ley de extradición de 1958*³⁰. Dicho precepto se mantiene en la *Ley de Extradición de 4/1985 de 21 de marzo* señalando: "no se concederá la extradición cuando se trate de delitos de carácter políticos no considerándose como tales los actos de terrorismo... ni el atentado contra la vida de un jefe de Estado o de un miembro de su familia"(art. 4.1)³¹. Por otra parte, recoge la tendencia benefactora en pro de los delincuentes políticos, a través de la ley reguladora del derecho de asilo de 4 de Diciembre de 1855 indicando que, en ningún convenio ni tratado diplomático que fuere a suscribir este país podría estipularse la extradición de los extranjeros perseguidos o procesados por delitos políticos o conexos al mismo³².

El art. 13.3 de la CE de 1978 resume estas características indicando que "La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo".

Este mandato constitucional se concretó, por una parte, en la Ley de extradición 4/1985

³⁰ Su art. 6.1. indicaba: "el atentado contra la vida de un Jefe de Estado, de un miembro de su familia o de quienes ejerzan funciones de Gobierno no se considerará delito político".

³¹ Esta cláusula se encuentra recogida asimismo en tratados de extradición firmados por España, como por ejemplo con Alemania (2 de mayo de 1879) y con Estados Unidos (29 Mayo de 1970).

³² Así por ejemplo, el Artículo 3º del Convenio de 14 de Diciembre de 1877, ratificado el 25 de junio de 1879, entre España y Francia, indica: "No será entregada persona alguna sentenciada o procesada si el delito por el que se pide la extradición está considerado por la parte de quien se reclame como delito político o como hecho conexo con semejante delito" Un precepto análogo se recoge, entre otros, en los tratados de extradición con Bélgica de 17 de Junio de 1870 (art. 3º), Inglaterra de 4 de Junio de 1878 (art. 4º), Italia de 3 de Junio de 1868 (art. 3º) y Suiza de 31 de Agosto de 1883 (art.5º). LAMARCA, C. 1985, p. 55, nota 95.

que sigue la tendencia de las legislaciones francesa e italiana relativo a que la decisión favorable sobre la extradición adoptada por un tribunal no es obligatoria para el ejecutivo, con base al principio de reciprocidad, soberanía, orden público y demás intereses españoles³³. Y por la otra, en la Ley de Asilo 5/1984 de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994 de 23 de mayo que admite este derecho para quienes "sufran persecución, estén sometidos a enjuiciamiento o hayan sido condenados por delitos de carácter político o por hechos conexos", y para los extranjeros perseguidos o condenados por el país de su nacionalidad siempre que: "se deba aun delito que se hubiera cometido con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el ordenamiento español, o luchar contra los sistemas no democráticos de convivencia" (art. 3)³⁴, norma que sirvió para el asilo político de chilenos perseguidos por el régimen militar.

En Chile, por el art. 9 de la CPRCH se priva a los delitos de terrorismo de su carácter político a efectos de la extradición señalando que "serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales", criterio que es seguido en los arts. 344 a 381 del Código de Derecho Internacional Privado y en los tratados de extradición suscritos por este país. Destaca el Tratado de extradición firmado y ratificado con España de 14 de abril de 1992³⁵. Este instrumento resume los lineamientos generales de ambos ordenamientos jurídicos en la materia indicando: *Primero*, "no se concederá la extradición por delitos considerados como políticos ni conexos con delitos de esta naturaleza" pero especifica que "la mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como delito de este carácter" (art. 5.1), con lo que se da un margen de discrecionalidad no solo a los órganos judiciales sino también a los ejecutivos de ambos países para la calificación de un delito de esta naturaleza.

Segundo, se incluye la cláusula belga o del atentado para excluir del privilegio extraditorio a hechos de esta naturaleza, así como a los actos de terrorismo y los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional (art. 5.1, letras a, b y c). Y *Tercero*, se incorpora la cláusula establecida por el ordenamiento francés, en orden a no conceder la extradición cuando la parte requerida tuviere motivos fundados para suponer, que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, Nacionalidad u opiniones políticas, o bien que su situación pudiera ser agravada por esos motivos. (art. 5.2).

De esta normativa se desprende que ni en el ordenamiento interno español ni en el chileno se reconoce la existencia del delito político bajo el supuesto de un Estado Democrático, cuestión que se intenta paliar de alguna manera con la introducción del criterio subjetivista que impregna el art. 5.23 del tratado mencionado y la consideración del privilegio extraditorio no sólo para los delitos políticos sino también los conexos a él.

En general, puede concluirse que, en los países anglosajones la tendencia en relación a la concesión o no concesión de extradiciones se ha visto fuertemente influida por criterios objetivistas, mientras que en el resto de los países son los criterios subjetivos los que han predominado³⁶. La extradición es por tanto, una institución de marcado carácter político, con un considerable margen para la decisión por parte de los Estados sobre la oportunidad de perseguir o conceder la persecución de los hechos que constituyen su objeto³⁷. La fragilidad del terreno en que se mueve el derecho a la no extradición del delito político queda demostrada con el caso de

³³ SERRANO PIEDECASAS. 1988. p.158.

³⁴ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *DP.PG.*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996, pp.178-179.

³⁵ BOE, Núm. 8 de 10 de enero de 1995, instrumento de ratificación.

³⁶ VAN DEN WIJNGAERT, C. "*Terrorism and the political offence exception in extradition law*", en *Revue de Science Criminelle*, 1979, pp. 282 y ss.

³⁷ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, 1996, p.172.

Francia. En 1894, la ley de 28 de Julio, convirtió a los embates del anarquismo en delito común para luego, en 1870, recuperar su significación política, toda vez que ya no causaban el mismo impacto que hacía un siglo atrás³⁸.

La falta de univocidad en el concepto de delito político, puede advertirse en las legislaciones que se han plasmado. No se define el delito político más allá de señalar sus fines (políticos), empleando la técnica de la exclusión: lo que no es considerado infracción política, pero solo a efectos de la extradición. Cabe destacar que uno de los intentos por unificar un concepto de delincuencia política, lo constituyó la mencionada Conferencia para la Unificación del Derecho Penal de Copenhague de 1935³⁹, que asigna el privilegio extraditorio propio de los delitos políticos a los delitos conexos, salvo que se tratare de infracciones en las que el autor hubiese estado determinado por un motivo egoísta o vil y las que crearen un peligro común o un Estado de terror. Con todo, como se ha advertido la solución propuesta en Copenhague no fue aceptada⁴⁰. Al intentar aunar los distintos criterios, y en opinión de algunos autores, se estaba dejando en manos de cada Estado la decisión acerca del contenido del delito político⁴¹.

Pero esta decisión sigue estando en manos de cada Estado, aunque el concepto de delito político llegare a unificarse. Cada régimen considerará infracción política la que se comete en otro Estado, y bajo una forma de gobierno que no es la suya, y que puede aceptar o no aceptar. A su vez, ese otro Estado, tendrá que enfrentarse a una calificación jurídica de la conducta como política, mientras que en su orden interno es considerada delito de terrorismo. Esta dicotomía se plasma asimismo en la regulación de los delitos de terrorismo en el campo sustantivo penal interno. Se producen tendencias opuestas: alguna legislaciones han considerado los delitos de terrorismo como delitos autónomos, tipificándoles como tales en leyes especiales, mientras que otros obviando su finalidad política les consideran delitos comunes. Si bien en los Estados democráticos no hay cabida para la asunción de actos que estén fuera de los cauces legales, cabe destacar el reconocimiento del delito político a efectos de su tratamiento en relación con la extradición⁴².

Hasta ahora solo se ha llevado una unificación de la extradición, con carácter regional. Destacan en este sentido: el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) de 1928, ratificado como ley interna por la mayoría de los países latinoamericanos, la Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981), y el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, celebrado en el marco del Consejo de Europa y los Protocolos Adicionales de 15 de octubre de 1975 y de 17 de marzo de 1978, todos ellos suscritos y ratificados por España. Este convenio europeo de extradición fue completado por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 (arts. 59-66)⁴³, y mas tarde por el Convenio de Extradición entre los Estados miembros de la UE, firmado el 27 de Septiembre de 1996⁴⁴.

2.c. El principio de “aut dedere aut judicare” como restricción al privilegio extraditorio de los

³⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 21.

³⁹ CEREZO MIR, J. 1998, p.220.

⁴⁰ Supra Cap.II, punto III, 2. *La noción de delito político: criterios para su asentamiento.*

⁴¹ Así; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Editorial Praxis, Barcelona, 1996. p.325; SERRANO PIEDECASAS. 1988. p. 160.

⁴² Así en Alemania el Código de 1925 introdujo el llamado *delito por convicción*, similar al delito político inspirado en las teorías subjetivas. En Italia el CP de 1921 contempló una figura denominada delitos político-sociales, los cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo, y el CP de 1930 definió el delito político como "todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano" y "al delito común determinado en todo o en parte por motivos políticos".

⁴³ CEREZO MIR, J. 1998, p. 221

⁴⁴ Véase el informe explicativo relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE, Diario Oficial de las CC.EE. de 12.12.96 N° C 375/4 (sobre procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión europea) y de 23.06.97 N° C 191/13 (relativo a la extradición en general entre los miembros de la UE).

delitos políticos.

Pese a esta tendencia generalizada de un tratamiento más favorable, el privilegio que el derecho penal marcadamente liberal asigna al delito político en relación a la no procedencia de la extradición, con el correr de los años comenzó a sufrir paulatinas restricciones debidas a determinadas coyunturas políticas, en las que se enmarcaron actos de violencia que causaron gran estupor a nivel internacional⁴⁵.

Uno de estos primeros hechos y como se sabe es el atentado a Napoleón III, cuyos autores se refugiaron en Bélgica. Su consecuencia inmediata fue la promulgación de la Ley belga de 1856, que creó la *cláusula belga o del atentado*, siendo ésta la *primera restricción* al privilegio extraditorio. MERTENS y PISAPIA⁴⁶, entre otros, han acusado a esta cláusula de ser artificiosa⁴⁷, de haber creado una ficción jurídica en cuanto pretende entregar un concepto de delito político o común, sin embargo se olvida que su única finalidad fue el prescribir qué debía entenderse por delito político a efectos de la extradición.

La *segunda restricción* tuvo un significado político y jurídico mayor que la anterior. A fines del siglo XIX, en el plano internacional, se comienza a propugnar la exclusión del terrorismo de los beneficios del derecho de asilo, como consecuencia de las acciones llevadas a cabo por los anarquistas. Con esto se excluyen de beneficiarse jurídicamente de su carácter político los llamados "delitos sociales", cometidos por anarquistas y nihilistas rusos, cuyos máximos dirigentes fueron extraditados por los Estados europeos, como por ejemplo el anarquista Meunier⁴⁸. Los límites de la excepción extraditoria del delito político fueron fijados de una manera distinta a la fórmula de la cláusula belga, que sobre la base de una ficción jurídica se encargó de indicar que determinados delitos no eran políticos. Por el contrario, la llamada "*excepción de la excepción*" declara que determinados actos por su intrínseca gravedad o su impacto internacional sufren una excepción al privilegio extraditorio⁴⁹.

La primera aplicación de tal fórmula la realizó el Instituto de Derecho Internacional en 1892 (Oxford) con una resolución cuyo contenido se orientaba a no considerar como políticos desde el punto de vista de las reglas de la extradición, los hechos delictivos dirigidos contra la base de toda organización social y no solamente contra un Estado determinado o una determinada forma de gobierno. Y agrega que se consideran delitos políticos las infracciones conexas a hechos políticos, a menos que se tratare de crímenes muy graves desde el punto de vista de la moral y del sentido común, como el asesinato, explosiones, atentado a la propiedad mediante incendio o cualquiera cometido a mano armada o con uso de violencia⁵⁰. Eso explicaría la decisión de Gran Bretaña de entregar a Francia al anarquista Meunier, aún cuando fue una excepción a toda la doctrina jurisprudencial británica⁵¹.

La despolitización del terrorismo fue, de ahí en adelante, el objeto central de las Conferencias internacionales científicas: La primera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal (Varsovia, 1927), sin utilizar el vocablo terrorismo, indica que es

⁴⁵ Nos guiamos por LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.20 y ss.

⁴⁶MERTENS, P. "*L'introuvable acte de terrorisme*", en ASSOCIATION BELGE DE JURISTES DÉMOCRATES; *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 27- 49, esp. p.27, PISAPIA; "*Terrorismo, delitto político o delitto comune?*", en GP 1975, p.265.

⁴⁷ LAMARCA, C. 1985, p. 56. Véase también DEL BARRIO, A.- LEÓN REYES, J. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de DDHH, Universidad AHC, Santiago, Chile, 1991, p.74.

⁴⁸Meunier fue entregado por Gran Bretaña a Francia, acusado de haber colocado una bomba en un concurrido café y en varios cuarteles del ejército. Sus análogos italianos, Rivolta y Luchessi fueron entregados por Francia y Suiza a Italia. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.74, Nota 30.

⁴⁹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 21

⁵⁰ SOTTILE, A. "*Le terrorisme international*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haya*, vol. 65, n°3, 1938, p. 74.

⁵¹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.74, Nota 30.

considerado como un crimen contra el Derecho de Gentes la utilización de medios capaces de crear un peligro público⁵². La III Conferencia celebrada en Bruselas, en este mismo sentido intenta definir el terrorismo a partir de los medios utilizados. Otras son la IV Conferencia de París (1931), la Convención de Ginebra (1937) y el Convenio Europeo de represión al terrorismo de 1977.

Si bien la fórmula de la cláusula belga y la de la excepción de la excepción fueron las mayores restricciones al privilegio extraditorio, otras limitaciones fueron surgiendo en convenios internacionales y en leyes de extradición, las relativas a los actos que atentaren gravemente los intereses de la comunidad internacional o la humanidad en general. Como hemos visto, aquí se encuadraron los crímenes de guerra. Uno de los precursores en este sentido fue el Convenio de Ginebra sobre Genocidio de 1948 el que sostiene en su articulado que los actos genocidas no pueden tener un carácter político desde el punto de vista de la extradición a la cual está obligado el Estado requerido. Otros convenios son: *El convenio de Tokyo* (1963), el *Convenio de La Habana* (1970) y el *Convenio de Montreal* (1971) que fundamentalmente reprimen los actos de piratería aérea y establecen normas de competencia y de procedimiento. También cabe destacar el *Convenio adoptado en Naciones Unidas sobre la prevención y la represión de los delitos contra las personas que gozan de protección internacional y los agentes diplomáticos* (1973)⁵³. En todos ellos, los delitos a los cuales se refieren son considerados delitos políticos con la salvedad de que no gozan del beneficio de la excepción de extradición dada su peligrosidad como delito que atenta contra la comunidad internacional, y la consolidación del principio *aut dedere, aut iudicare*.

El principio *aut dedere, aut iudicare* nació como consecuencia de las dificultades que planteaba la extradición en el marco del acuerdo entre los Estados. Por una parte, los Estados no aceptaban firmar convenios que automáticamente extraditaran a delincuentes de determinados delitos políticos o de delitos de terrorismo, porque ello implicaba una merma a su soberanía en el ámbito de la concesión del asilo político. Por otra parte, porque en general, el delincuente extraditado se ve enfrentado a una inminente violación de sus garantías fundamentales en el sistema jurídico que debe juzgarle. Muchas veces, ante la posibilidad de que el individuo fuere sometido a un procedimiento injusto, el Estado requerido no concedía la extradición y el acto quedaba impune, lo que encontró el repudio y preocupación de los países occidentales, pendientes en todo momento de reprimir el terrorismo.

El principio al que se alude nace como una alternativa al Estado requerido, entre conceder la extradición o procesar al autor del supuesto delito a través de sus propios tribunales. "Se trata- apunta LUZÓN PEÑA⁵⁴- de que, si el delincuente no es extraditado para que sea castigado por otro Estado, se le aplique la ley penal propia para que no quede impune (*aut dedere, aut punire*), aunque no concurren ni la situación del principio de territorialidad, ni las de los principios personal, de protección de intereses o de justicia universal". Este principio ha encontrado eco en importantes convenios relativos a la represión del terrorismo, de los cuales destacan: el Convenio de La Haya para la represión de la captura ilícita de aeronaves de 1970, el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil e 1971, el Convenio de Washington de 1971, el Convenio de Nueva York de 1974. Merece la pena destacar, aún cuando no se trata de un instrumento específico dirigido contra el terrorismo, el Convenio de Roma de 1988⁵⁵, sobre represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima que se inspira en los Convenios de La Haya y de Montreal. Este convenio referido a los actos de piratería marítima⁵⁶ sigue las mismas

⁵²PISAPIA, 1975, p.302

⁵³LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.21-22.

⁵⁴LUZÓN PEÑA; D.; *Curso de DP.PG.* I.; Edit. Universitas, 1996, p.209.

⁵⁵RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*; Edit. Tirant Lo Blanch; 1993, p.202.

⁵⁶Si bien el objeto de este convenio es la seguridad en la navegación, es importante mencionarlo ya que muchos

orientaciones despolitizadoras del delito político a que se ha hecho referencia. Mantiene el principio del *aut dedere aut iudicare*, aunque considerablemente limitado pues prevaleció el elemento de adoptar múltiples criterios de jurisdicción (art. 6) al entenderse que era preferible correr algún riesgo de conflictos con tal de conseguir una exhaustividad en la jurisdicción; y mantiene la fórmula de una enumeración taxativa de las conductas objeto de represión.

Se ha criticado la fórmula del *aut dedere, aut iudicare*, por cuanto el hecho de que el Estado requerido rechace la extradición, implica considerar – aunque implícitamente- como político un acto que el Estado requeriente considera terrorista. Tal principio ha venido aplicándose con especial dedicación, especialmente en los actos de piratería aérea, instrumento frecuente en la violencia político- religiosa islámica. Rechazar la extradición no significa dejar impune el acto supuestamente terrorista, sino más bien de garantizar a su autor que será juzgado en un procedimiento justo y respetuoso de sus derechos fundamentales. El Estado requerido si rechaza la extradición está obligado a proceder judicialmente. Por estas razones es que se vislumbra como una fórmula correcta ya que tiende a proteger los intereses tanto del individuo como los de la comunidad de Estados, y más aún, implica un serio esfuerzo por adaptar el derecho nacional al derecho internacional. En palabras de LÓPEZ GARRIDO y GLASER, nos encontramos frente a una supremacía material junto a lo formal del derecho internacional, convencional o consuetudinario que es expresión del llamado fenómeno de “internacionalización del derecho interno”⁵⁷.

3.- El papel legitimador de las instituciones europeas frente a las legislaciones nacionales.

3.a. El Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977.

El accionar legislativo del Consejo de Europa en el marco de una política antiterrorista convencional creó las condiciones necesarias para la producción de todo un andamiaje jurídico a nivel nacional, legislaciones internas que comenzaron a adoptar medidas de carácter represivo. En este contexto se inserta el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977, firmado en Estrasburgo⁵⁸, instrumento legal de carácter verdaderamente supranacional que chocó con toda la tradición liberal de regulación del delito político en las relaciones internacionales.

La idea central que se desprende del mismo confirma una tendencia que venía desarrollándose desde 1972, a raíz del atentado de Munich en los Juegos Olímpicos. La idea de la entonces República Federal Alemana de la creación de un “espacio antiterrorista europeo legal y policial”, o lo que Francia - bajo el gobierno de Giscard D'Estaigne- denominó “espacio judicial europeo” o “comunidad judicial europea”. Esto no era sino la necesidad de una acción propiamente europea - que posteriormente la configuraron el Consejo de Europa y las instituciones políticas de la CEE- ante la constatación de lo que se ha llamado “terrorismo

señalan que el origen, la toma de conciencia contemporánea del terrorismo internacional se produce a raíz de un acto de piratería marítima, el secuestro del buque portugués "Santa María" en aguas internacionales por un grupo liderado por el capitán Galvao y que fue reivindicado como acto de naturaleza política. Este suceso y el caso "Achille Lauro" pusieron a la Organización Marítima Internacional (OMI) en actividad legislativa. Se vio obligada a elaborar un convenio para reprimir este tipo de actos de piratería ya que hasta entonces los instrumentos internacionales existentes resultaban insuficientes. Cfr. RAMÓN CHORNET, C., 1993, pp.202-204.

⁵⁷GLASER, S. 1972, p.842; LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 23.

⁵⁸España ratificó el convenio el 9-5-1980 (BOE de 8-10- 1980) pasando a formar parte de su derecho interno de acuerdo al art. 96.1 de la CE. Ampliamente sobre esta convención, VALLEE, “*La Convention Européenne pour la répression du terrorisme*”, *Anuaire Français du Droit International*, Vol. 22, 1976, p. 756 y ss, ANDREWS, “*European Convention on the Supression of Terrorism*”, en *ELR*, 1977, pp.231-326. SOULIER, G. *Contre le terrorisme:quelle Europe se dessine*, en *Le Monde Diplomatique* n°284, noviembre de 1976, p. 34; el mismo; “*Construction européenne pour la répression du terrorisme*”, *Droit Contemporaine*, 1978, n°2, pp.23 y ss; SCHUTTER; “*La Convention européenne pour la répression du terrorisme. Un faux pas en avant?*”, en *Journal des Tribunaux*, 1977, pp.217-221. SALMON, 1977, pp. 497-492.

autóctono”, el terrorismo que afecta directamente a la seguridad de los Estados Europeos⁵⁹.

La aprobación de este instrumento internacional provocó una polémica en el campo doctrinal entre aquellos que sustentaban que significaba una violación a los principios básicos del Estado de Derecho y aquellos que sostenían que en realidad no variaba sustancialmente los esquemas jurídicos. Nos inclinamos a pensar que el convenio sí varió sustancialmente los esquemas existentes en torno al delito político y la extradición rompiendo con toda la tradición anterior y lesionando seriamente derechos como el asilo. Ello porque, a pesar de ser un convenio que tiene un carácter complementario de los tratados bilaterales de extradición de los Estados, en definitiva les obliga, en su calidad de Estados firmantes, a que concedan la extradición de los autores de los delitos que su articulado enumera. El terrorismo es considerado como violencia privada, abandonándose la concepción subjetiva del delito político. La extradición prevalece en el principio *aut dedere, aut iudicare*, y por último, se observa en él una degradación en la intervención judicial⁶⁰.

La identificación del terrorismo con una forma de violencia privada denota una determinada postura ideológica en el Convenio que no se había dado de manera tan patente en la historia. Esto porque vino a contradecir la resolución que en 1972 habían dictado las Naciones Unidas⁶¹ en la que se hacía referencia al terrorismo de Estado y a las causas últimas del terrorismo. El Convenio de 1977 determinó que fuera la violencia privada y no la estatal la que perdiera el privilegio extraditorio. Dentro de esta misma concepción ideológica, el convenio desestima como elementos definidores del delito político, los móviles o fines que impulsan a su autor. Los arts. 1 y 2 del Convenio no hacen referencia alguna a elementos subjetivos, lo que pareciera dotar de cierta autonomía a la circunstancia individual⁶².

El art. 1 del mencionado convenio indica: “A los efectos de la extradición entre los Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político o como delito inspirado por móviles políticos: **a)** Los delitos comprendidos en el Convenio de La Haya para la represión de la captura ilícita de aeronaves (16 de Diciembre de 1970); **b)** Los delitos comprendidos en el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil (23 de Septiembre de 1971); **c)** Los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; **d)** Los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario; **e)** Los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes o armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos que dicha utilización represente un peligro para las personas; y **f)** La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.”

En virtud de este artículo, los Estados se ven obligados a no calificar estas conductas como delitos políticos. Empero, el art.2 deja al libre arbitrio de cada país la calificación de “cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas” o que, estando dirigido contra los bienes, “haya creado un peligro colectivo para las personas”. Es decir, se deja una puerta abierta a los Estados para extraditar a quienes realizaran conductas que podrían ser consideradas políticas. La redacción de este precepto atenta contra el principio de seguridad jurídica, y viene a configurar un elemento de represión a los efectos de prevención general negativa para quienes se oponen a un determinado sistema.

⁵⁹ El Convenio tiene un carácter cerrado, esto es, solo puede ser suscrito por los Estados integrantes del Consejo de Europa. Es la razón por la que se habla de un espacio jurídico europeo frente a un terrorismo autóctono. Véase LÓPEZ GARRIDO, D.1987, p. 23.

⁶⁰ Ampliamente, LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 28-31.

⁶¹ Resolución 3034 de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1972.

⁶² LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.29.

Como “cláusula de salvaguardia”⁶³, el art.13 otorga la facultad a los Estados contratantes de denegar la extradición en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el art.1 que considere como un delito político “con la condición de que se comprometa a tomar debidamente en consideración, al calificar la naturaleza de la infracción, su carácter de especial gravedad, incluidas las siguientes circunstancias: Que haya creado un peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas; o que haya afectado a personas ajenas a los móviles que la inspiraron; o bien que para su realización se hayan utilizado medios crueles o perversos”. De acuerdo a esta normativa existirían tres posibilidades: 1.- El Estado requerido puede no considerar la infracción como política y permitir la extradición de su autor; 2.- El Estado requerido puede no considerar la infracción como política pero negarse a conceder la extradición por algún otro motivo; y 3.- El Estado requerido puede considerar la infracción como política y negarse a la extradición⁶⁴.

Esta última posibilidad, en principio, sería aquella que permitiría a un delincuente terrorista acogerse al derecho de asilo evitando la extradición. Más, el art. 7 del Convenio cierra tal eventualidad: “*El Estado contratante en cuyo territorio se descubra al presunto autor de un delito comprendido en el artículo 1 y que haya recibido una solicitud de extradición... en el supuesto que no accediese a la extradición del citado individuo, someterá el caso sin excepción alguna y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Dichas autoridades tomarán la decisión que proceda, en las mismas condiciones que para cualquier delito de carácter grave, con arreglo a las leyes del Estado*”. Esta norma no implica, empero, una excepción a la regla general del Convenio: la procedencia de la extradición. Simplemente se limita a establecer una acción penal residual, en reconocimiento al peso que siguen teniendo los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁵.

El trasfondo de esta normativa es la finalidad punitiva del instrumento jurídico llevada a su máxima expresión, la creación de una estructura represiva contra el terrorismo que no cuente con óbice alguno que dificulte el objetivo extraditorio. Da la impresión de que sus participantes han pensado que si para reprimir el terrorismo había de arrasarse con los conceptos hasta ahora acuñados en la legislación internacional, debía realizarse. Esa es la única explicación que puede argüirse frente a un articulado de tal generalidad e imprecisión que no hace sino despolitizar ya no solo a los delitos de terrorismo, sino al delito político mismo. Al no establecer una definición o al menos una descripción de los delitos de terrorismo, lo que sucede es que es el delito político el que pierde el privilegio extraditorio⁶⁶. Y ello incide en el asilo político pues gran parte de las conductas que pudieran haber dado lugar a este derecho pierden infinitamente su fuerza.

El principio *aut dedere, aut iudicare* (arts.1, 2, 6 y 7 del Convenio) aparece como una preferencia de segundo orden frente a la extradición, modificándose así todos los tratados y acuerdos hasta entonces realizados en la comunidad de Estados. En cuanto a la intervención judicial, fundamental para la concesión de asilo, ella aparece como una intervención reglada en los casos de delitos de terrorismo, unida a la pérdida de capacidad judicial de calificación de los tipos como producto de la imprecisión de los delitos enumerados en los arts. 1º y 2º. Por todo lo

⁶³ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.31 y ss.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Ives. “*Le complexe de Procuste ou la Convention Européenne pour la repression du terrorisme*”, *Revue de Science Criminelle*, Julio- Septiembre de 1978, pp. 474.

⁶⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R. “*El actual sistema penal y el carácter excepcional en el tratamiento jurídico del terrorismo*”, Tesina de licenciatura, Universidad de Salamanca, 1986, p. 170.

⁶⁶ En esta opinión, LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 28-29. En el mismo sentido, VERVAELE indica: “Este convenio... llega a definir como crímenes no políticos, un gran número de los que se consideran, hasta ahora, como políticos. De este modo se puede llegar mas fácilmente a la extradición, aunque esta va a ser limitativa, condicionada al cumplimiento del Convenio de Derechos Humanos por el país receptor. El gran fallo de este convenio para la represión del terrorismo, es que esta cláusula de discriminación era facultativa. Es decir, aunque el Estado que acoge al refugiado supiese seguro que en el país donde se le extradita existe la condición de discriminación, puede extraditarle aunque no es obligatorio VERVAELE, John. “*Perspectiva europea- con especial análisis de Alemania- de la situación española de derechos humanos*”, en AA.VV. *Democracia y Leyes antiterroristas en Europa* (IPES eta Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Bilbao, 1985, p. 99.

anterior es posible concluir que dentro del esquema general e impreciso que ofrece la convención podría tener cabida la incriminación de toda disidencia política. Como acierta SALMON: “el convenio tiene una finalidad que es menos la de reprimir la violencia política interna, tenga o no carácter terrorista y sean cuales sean sus justificaciones, sería como resucitar a la Santa Alianza⁶⁷.”

3.b. La cooperación judicial y policial.

El origen de la política contra el terrorismo de las instituciones europeas está en el Mercado Común, cuya finalidad ha sido la de desarrollar una lucha preventiva y represiva contra el terrorismo. En sus inicios, la política antiterrorista tuvo un carácter preventivo, más que represivo⁶⁸. Si al Mercado común correspondía encargarse del sector preventivo, al Consejo de Europa correspondía el sector represivo. Esta última idea comienza a acuñarse a partir del atentado de Munich (1972), suceso tras el cual se establecieron tres grupos de trabajo que buscaban mejorar el sistema existente en Europa adoptando medidas preventivas, y que en 1977 se institucionaliza con el *Grupo Trevi*⁶⁹. Una organización con grupos de trabajo compuestos por altos funcionarios de los Ministerios de Interior de los diferentes países del Mercado Común, con responsabilidades en el sector del orden público y cuya actividad ha estado mas orientada hacia la protección- especialmente policial- de la “seguridad interior” de cada Estado y de su soberanía⁷⁰, así como también de los intereses económicos de los mismos, olvidando que el terrorismo no puede combatirse si no se da una solución previa al problema económico social.

Actualmente forman parte del *Grupo Trevi* los quince países de la Unión Europea, Noruega, Suiza, Estados Unidos, Canadá y Marruecos. Funciona periódicamente en reuniones de los Ministros de Interior y/o Justicia, así como a los directores generales y otros altos funcionarios policiales. Anexos a ellos, existen seis grupos para los diversos ámbitos de cooperación (terrorismo, formación y orden público, narcotráfico y delincuencia organizada, seguridad nuclear, inmigración y control de la libre circulación de personas, y Europol). Mas tarde se constituyeron el *Grupo Trevi 92*, que coordina la cooperación en materia de telecomunicaciones y bases de datos informatizadas, la *Troika Trevi*, y por último el Comité K4 constituido el 30 de noviembre de 1993, cuya intención era facilitar la constitución de una estructura permanente acorde con la filosofía del Tratado de Maastrich, al que nos referiremos mas adelante⁷¹.

La política de salvaguarda de la “seguridad interior” advertida en la creación del *Grupo Trevi*, llevó a que los instrumentos creados, en principio para combatir el terrorismo, fueren utilizados para reprimir verdaderos actos de disidencia política. En este contexto se enmarcaron, a mediados de los años 70 en Amsterdam, los desalojos de casas ocupadas tras largos años de lucha, desalojos en los que participó el ejército holandés y la Policía Nacional, además de la presencia de muchas delegaciones de policías de otros países, presencia que fue organizada por el *Grupo Trevi*⁷².

⁶⁷ SALMON, J.A. “*La Convention européenne pour la repression du terrorisme. Un vrais pas en arrière*”, en *Journal des Tribunaux*, 1977, pp. 497- 492.

⁶⁸ VERVAELE, J. 1985, p. 96

⁶⁹ Sus siglas resumen los objetivos del lucha contra el Terrorismo, el Racismo, el Extremismo y la Violencia Internacional.

⁷⁰ Las tareas a desarrollar por el *Grupo Trevi* se circunscribían a: 1. Intercambio de información sobre actos de terrorismo en diferentes países de Europa; 2. Intercambio de información sobre planes y actividades terroristas y ayuda en casos concretos; 3. Intercambio de experiencias y técnicas de lucha contra el terrorismo; 4. Intercambio de funcionarios de policía y mejora de su función, es decir, que la policía vaya a otros países a hacer prácticas; 5. Mayor protección y seguridad para la población civil. VERVAELE, J.1985, p.98.

⁷¹ CALDUCH, R. “*Una revisión crítica del terrorismo a finales del siglo XX*”, en *State and societal Reactions to Terrorism*; publ. de IISL, Oñati Papers núm.3, 1997, p.22.

⁷² VERVAELE, J. 1985, p.98

De lo expuesto se desprende que, durante una misma época, hubo un trabajo en dos planos paralelos para lograr un reglamento internacional: de un lado, el mercado común intentando la adopción de medidas preventivas, y de otro lado, el Consejo de Europa que citando a una reunión a los Ministros de Justicia propició la elaboración de un convenio, que no es otro que el Convenio Europeo de 1977. La explicación de este trabajo paralelo en los planos preventivo y represivo radica, a nuestro juicio, en una conveniencia de carácter táctico⁷³. Debía alinearse la posición ideológica fuertemente antiterrorista con la acción represiva, de manera tal que se hacía cada vez mas urgente la adopción de medidas penales contra los actos de terrorismo internacional. Esto explica el por qué el convenio de 1977 desde su origen estuvo unido a la falta de transparencia y publicidad, obviando los trámites parlamentarios⁷⁴, razones demás para que incurriera en los errores que antes hemos esbozado. Debido a ello es que no tuvo la repercusión legislativa esperada en su momento⁷⁵, y comenzó a surgir al interior de la CE la duda respecto de la eficacia de la medida de extradición de los delincuentes terroristas como obligación por parte de los Estados. En 1978 el Consejo de Europa y el Parlamento europeo, a raíz de la acción de las BR en Italia decidieron impulsar acciones de carácter interministerial dirigidas a crear el espacio judicial europeo. En 1979 comienza la interrelación ya directa entre aquellos dos planos de trabajo señalados. El Consejo de Europa decidió adoptar nuevas medidas y mas eficaces para aplicar al interior de la CE el citado convenio de 1977. Fue así como se dio origen al *Acuerdo de Dublín*⁷⁶, instrumento internacional cuyo objetivo central es la regulación de las relaciones entre dos Estados miembros, de los cuales, al menos uno no sea parte del Convenio Europeo o siendo parte haya formulado reservas. Es en tal sentido, complementario del Convenio Europeo de 1977⁷⁷. Este acuerdo es un eslabón más en esta cadena de acuerdos internacionales que vienen a homogeneizar las medidas antiterroristas, especialmente tratándose de la extradición, al interior de la CE pero cuya fuerza deriva de su propia naturaleza en cuanto tratado internacional, y no del derecho comunitario.

En 1984 el Consejo de Europa citó a una conferencia cuyo resultado fue la formulación de la Recomendación nº 982 de 8 y 9 de mayo, intitulada “sobre la defensa de la democracia contra el terrorismo en Europa”, en la que se invitaba a los países miembros a dar curso a la iniciativa del Gobierno de Felipe González en España, para convocar a una conferencia de jefes de Estado o de Gobierno sobre los problemas de cooperación internacional contra el terrorismo. Esta propuesta del Gobierno de España había sido apoyada por la comisión de asuntos políticos del Consejo de Europa, con anterioridad a la resolución⁷⁸. La profunda ideologización antiterrorista reinante llevó a que en la mayoría de los discursos gubernamentales nacionales,

⁷³ Para VERVAELE la explicación a este trabajo paralelo radica en que mientras el Consejo de Europa reunía a muchos Estados, incluso Turquía, el Mercado Común solo tenía nueve, siendo mucho mas limitado. La iniciativa estaba en Francia; Giscard D’Estaigne, el presidente, quería trabajar en el Mercado Común, con los nueve miembros. Su Ministro de Justicia de entonces, Lecanuet, quería trabajar con todos los Estados del Consejo de Europa. Se habría tratado, por tanto, de un conflicto personal entre ambos. VERVAELE, J. 1985, p. 98.

⁷⁴ Como indicador de esta situación puede señalarse que la Asamblea del Consejo de Europa no tuvo oportunidad, ni siquiera por procedimiento de urgencia, de conocer el texto del Convenio Europeo de 1977, porque su elaboración fue llevada, conscientemente, con la máxima reserva. El proyecto de convenio se inició en Junio de 1975, fue estudiado por el Comité de Ministros y aprobado por los delegados de los ministros de justicia en Noviembre de 1976. Se abrió a la firma el 27 de enero de 1977 y entró en vigor el 4 de agosto de 1978.

⁷⁵ De los diecisiete países firmantes hasta 1986, solo diez lo ratificaron y solo cinco de ellos aplicaron la cláusula de extradición sin reservas. VERVAELE, J. 1985, p. 99.

⁷⁶ El acuerdo de Dublín tuvo lugar el 4 de Diciembre de 1979 en dicha ciudad. Merece la pena destacar que este acuerdo se firmó en Irlanda precisamente para que este país fuese parte en el mismo.

⁷⁷ Su normativa vino, por una parte a hacer más difíciles las reservas al convenio europeo entre países miembros de la CE mediante la realización de una nueva reserva (las anteriores hechas por los Estados no se aplican), y por otra parte, a diferencia del Convenio Europeo, establece la libertad de cada país en la calificación de un delito de terrorismo como de naturaleza política, y según ello la posibilidad de rehusarse a conceder la extradición, caso en el cual debe procesar al individuo a la brevedad. En el Convenio Europeo el Estado requerido solo podía negarse a extraditar cuando a su juicio en el delito investigado no se dieran las condiciones de gravedad que especificaba el mismo articulado (art.13).

⁷⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 42.

existiese un ánimo – ya invariable- de adaptar la cooperación internacional entre los servicios policiales y la seguridad interna de cada uno de los Estados. Mas bien, la cooperación a nivel de la Interpol y de la OTAN, que ya había puesto en marcha mecanismos de intercambio de información respecto de la actividad terrorista. Se buscaba la cooperación bilateral e internacional de manera tal que la policía de cada país trabajase conjuntamente con la policía secreta y la OTAN, adoptando medidas de prevención como el resguardo de bases militares, industriales y nucleares. Se llegó a plantear incluso la idea de la construcción de una cárcel internacional para terroristas condenados⁷⁹.

El texto de la Recomendación 982 reflejó el clima de animadversión, analizando la situación terrorista en Europa en términos oscuros y amenazantes, considerando alarmante el crecimiento del terrorismo en Francia⁸⁰. Pero reconoce al mismo tiempo que “la defensa de la democracia no puede caer jamás en la contradicción de utilizar métodos antidemocráticos o que violen también ellos los derechos del hombre, en cuanto que la lucha contra el terrorismo no puede servir de justificación al establecimiento de regímenes o a la adopción de medidas fascistas tan odiosas, y por razones idénticas, como el propio terrorismo”⁸¹. La verdad es que el texto de la Recomendación 982 no cambia sustancialmente el discurso antiterrorista de la época. A su vez, Estados Unidos ha ido mostrando posición ideológica antiterrorista cada vez más fuerte⁸². Su estrategia ha sido diseñada concibiendo al terrorismo como “una forma de guerra de bajo nivel dirigida principalmente contra las naciones de occidente y contra las instituciones”⁸³. Es decir, ya no se trata de problemas concretos (p.ej. piratería aérea), sino de reconocer el problema central: el carácter internacional que ha ido adquiriendo la actividad terrorista. A ello se suma, como táctica, la intensa actividad policial de los Estados Unidos para reprimir dichas actividades.

El reconocimiento de este carácter internacional en el terrorismo, unido al éxito relativo en el funcionamiento del *Grupo Trevi*, llevó a una nueva iniciativa jurídico política, ante la inminencia de la entrada en vigor del Acta Única Europea y la necesidad de reforzar los controles en las fronteras comunitarias. Surge así una iniciativa propiciada por Francia y la República Federal de Alemania, sobre la creación de un “Frente Unido Antiterrorista” en el que supuestamente participarían el resto de los países de la OTAN, organismo en el cual comenzaba a arraigarse la idea de que el terrorismo es un ataque en parte militar a la “moral” occidental, y que la táctica en la lucha antiterrorista exige una alianza estratégica férrea. Esta iniciativa fue desarrollada en la Cumbre de Rambouillet (28 y 29 mayo 1984), e instó a la supresión de los controles fronterizos entre ambos países, idea que fue recogida en el *Acuerdo de Sarrebruck* (13 julio 1984)⁸⁴. Esta cooperación fue secundada por Italia, y los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), y más tarde por España y Portugal. El resultado fue la adopción de los dos textos fundamentales que sustentan la cooperación por el denominado Grupo Schengen: *El Acuerdo de Schengen*, de 14 de junio de 1985, y el *Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)*, de 19 de junio de 1990⁸⁵. Se inicia con ellos el denominado “espacio penal

⁷⁹ VERVAELE, J. 1985, pp.100-101.

⁸⁰ “La descripción del terrorismo en los países miembros (del Consejo de Europa) confirma su vitalidad y su movilidad... El terrorismo está en estos momentos mas activo que nunca, a pesar de los esfuerzos por neutralizarlo por parte de ciertos países miembros. Los actos terroristas se están haciendo mas violentos en algunos países y se extienden como una amenaza a los demás”. Informe reservado de la Comisión de Asuntos Políticos del Consejo de Europa. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.41, nota 79.

⁸¹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.41.

⁸² A modo de ejemplo cabe citar la cumbre de los países mas industrializados (1984) en donde declararon “su resolución de combatir la amenaza del terrorismo por todos los medios posibles”. Véase, “*Reagan y el terrorismo*”, ABC, 10 Julio de 1985; Georges Schultz “*El terrorismo, amenaza contra la vida civilizada*”, El País, 5 de Julio de 1984, p.6. Cit. Por LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.42.

⁸³ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.42.

⁸⁴ CALDUCH, R. 1997, p.22.

⁸⁵ Ambos son de aplicación en España a partir del 25-06-1991 (BOE de 30-07-1991 y de 5-05-1994 respectivamente).

europeo” y se asienta definitivamente la idea de que *el terrorismo es una forma de criminalidad organizada*.

El *Acuerdo de Schengen* tiene su base en seis resoluciones que aprobó el parlamento europeo (14 de febrero de 1985)⁸⁶, que obedecen a orientaciones comunes provenientes de resoluciones que se habían adoptado en 1982 sobre el espacio jurídico europeo y sobre el recurso a la violencia y sobre el terrorismo⁸⁷. En ellas se habla de una organización internacional del terrorismo, una especie de conexión entre los ataques terroristas experimentados por distintos países, amparando así la defensa de lo que la doctrina denomina “los tres círculos de represión”⁸⁸ en alusión a los espacios *judicial, policial y jurídico europeo*. De ellos el que mejor habría funcionado es el espacio policial, considerándose logrado el espacio jurídico una vez que se creara un sistema común de lucha antiterrorista en Europa. Puede afirmarse entonces que, es a partir del Acuerdo de Schengen, que la CEE toma la dirección en la lucha contra el terrorismo, consolidando la tendencia a crear un núcleo férreo y restringido de Estados, en lo que la prensa italiana denominó “pacto de hierro antiterrorista”.

El CAAS, de 19 junio de 1990 establece dos instituciones, la *vigilancia transfronteriza* y la *persecución transfronteriza* (arts. 40 y 41). La *vigilancia transfronteriza* consiste en que, previa autorización de la autoridad policial de un país, la Policía de otro país, en el marco de una actuación judicial, puede entrar en el territorio del Estado que autoriza, con el objeto de adquirir elementos que permitan acreditar un hecho punible e identificar a sus culpables. No puede ir acompañada de actos de instrucción ni de adopción de medidas restrictivas que puedan ser ejecutados por los agentes perseguidores. Tampoco tiene por qué ser seguida necesariamente de una detención en el país en que prosigue la vigilancia. Ella ha venido aplicándose con éxito entre España y Francia, y entre España y Portugal⁸⁹. La *persecución transfronteriza* procede en casos de delito flagrante, cuando el delincuente tiene la oportunidad de evadir la acción policial atravesando una frontera. Necesita un sistema de comunicaciones homogéneas entre las fuerzas policiales transfronterizas de los Estados implicados⁹⁰, y exige que la persecución se limite a determinados delitos⁹¹. La policía está facultada para retener, registrar y esposar (no interrogar), puede portar armas para proceder “en legítima defensa”. El aprehendido no puede ser devuelto al Estado donde se inició la persecución, sino que es motivo de una reclamación extradicional

⁸⁶ De ellas, cuatro corresponden al terrorismo, otra sobre la necesidad de crear la comunidad jurídica y judicial europea, y otra sobre los atentados terroristas en Europa. *Journal Officiel des Communautés Européennes*, nº C72/87, 18 de Marzo de 1985, pp. 123-129.

⁸⁷ Sobre el espacio jurídico europeo, véase resoluciones de 9 de Julio y 16 de Septiembre de 1982, y sobre el recurso a la violencia y sobre el terrorismo, resoluciones de 26 de Octubre de 1984 y 17 de enero de 1985, en Anexo a *Journal Officiel des Communautés Européennes*, nº C72/87, 18 de marzo de 1985, y en J.O. nº C267 de 11 de octubre de 1982, p. 4 y nº C238 de 13 de Septiembre de 1982, p. 83.

⁸⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 44.

⁸⁹ Cabe destacar que en España, la autorización para la ejecución de esta medida, es otorgada por la Dirección General de la Policía y en Francia, por la Dirección Central de la Policía Judicial. FUNGAIRIÑO, E. 1998, p.23.

⁹⁰ Dentro del mismo cabe citar el Sistema Informático de Schengen, estructura centralizada, ya no solo bilateral, con sede en Estrasburgo. Un verdadero banco de datos que almacena fichas policiales relativas a personas afectadas por órdenes de prisión preventiva a efectos de extradición, o a la comparecencia ante los Tribunales, vehículos y otros objetos. Su modelo es el fichero APIS, banco de datos de la BKA alemana (policía federal) que controla cientos de miles de ciudadanos y miles de organizaciones. Esto induce a pensar que más allá del combate al terrorismo, y a la criminalidad organizada en general, sus objetivos apuntan al control de la ciudadanía y de la disidencia política. Baste observar que, por ejemplo, Interpol mantiene una estricta vigilancia sobre cientos de websites: FARC y ELN colombianas, Tigres Tamiles de Sri Lanka, Ejército del Pueblo Nuevo del PC de Filipinas, MRTA peruano, Frente Revolucionario de Liberación del Pueblo en Turquía, Partido de los Trabajadores del Kurdistán, ETA, IRA, Hezbollah, Hamás, Klan, neo nazis, Skinheads, Identidad Cristiana, separatistas negros y otros. A este respecto véase AYSU, Okan, “*El terrorismo en Internet*”, XIII Congreso Internacional sobre terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Nº 45, nov.- dic. 1998, Madrid, 1998, pp. 65-74.

⁹¹ Se enumeran en el art. 41 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen, y son: asesinato, homicidio, violación, incendio, falsificación de moneda, robo y receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, tenencia de armas y explosivos, estragos, transporte ilícito de residuos tóxicos, y fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves.

en determinadas circunstancias (art.95)⁹².

A partir del *Tratado de la Unión Europea* (TUE), firmado en *Maastrich* el 7 de febrero de 1997, la cooperación judicial y policial entre los Estados miembros de la CEE, adquiere un contenido concreto en el art. K.1 TUE, norma a la que se atribuye un carácter intergubernamental (y no comunitario), de manera tal que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se incardina mas bien dentro del derecho internacional clásico, que del derecho comunitario⁹³. El *Tratado de Maastrich* introduce el llamado “tercer pilar” de la Unión Europea, dentro de la figura geométrica que concibe el TUE como un templo griego, con frontis que se sustenta en un primer pilar (el comunitario, integrado por los Tratados constitutivos revisados), en un segundo pilar (la política de defensa y seguridad común), y en un tercer pilar (sobre cooperación en asuntos de Justicia e Interior, especialmente cooperación judicial)⁹⁴.

Con ello se institucionaliza la Cooperación Política Europea, que había sido creada por el Acta Única de 1985, en la que se integraban no solo fuentes jurídicas formales, sino también prácticas progresivamente establecidas entre Estados miembros. La cooperación judicial penal se encuentra en el art. K.1.7 TUE, heredero de la normativa contenida en el Acuerdo de Dublín, y se refiere tanto a prácticas de extradición, como a las comisiones rogatorias (art. 8.1 TUE), indicando que “los Estados contratantes se prestarán la asistencia judicial mas amplia en materia penal, en cualquier procedimiento relativo a los delitos comprendidos en los arts. 1 y 2”, es decir, los delitos no considerados políticos⁹⁵. Al mismo tiempo, se contiene la declaración expresa del interés común en “la cooperación policial para la prevención y lucha contra el terrorismo”⁹⁶. Con tal motivo se contempla la creación de una Oficina Europea de Policía (Europol), organismo que fue creado mediante un Convenio firmado en Bruselas el 26 de julio de 1995, y cuya base fue el art. K.3 TUE.

Si atendemos al carácter “intergubernamental” y no comunitario que tiene la cooperación judicial y policial establecida en el Título VI del TUE, puesto que se sitúa en el marco de las relaciones interestatales de los Estados miembros, es plausible afirmar que Europol no es una institución de la Unión Europea, sino que está configurada por acuerdos intergubernamentales, dependiendo de las resoluciones que se adopten en los Consejos de los respectivos Ministros de Justicia e Interior. Pero hay más, el art. K del TUE, al referirse a los lineamientos en materia de asilo, se prevé un sistema de intercambio de información dentro de Europol, para “la cooperación aduanera, y la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas de delincuencia común”. Esto viene a demostrar que, *a nivel internacional, la tendencia mayoritaria sigue siendo el considerar al terrorismo como una forma de criminalidad organizada*. De allí que Europol tenga como objetivo principal no solo reforzar la eficacia policial de los Estados miembros y la cooperación entre ellos, sino también otros objetivos represivos de dimensión internacional, en la medida que existan indicios concretos de una estructura delictiva organizada y que dos o más Estados miembros se vean afectados por estas formas de delincuencia.

Lo preocupante es la facilidad con que este tipo de controles policiales pueden extender sus redes más allá de la contención de la criminalidad organizada, alcanzando a sectores de la disidencia política. Si bien es cierto, en sus inicios, Europol no tenía competencias en materia de controles a la disidencia política, el Convenio constitutivo de la misma contemplaba un plazo

⁹² FUNGAIRIÑO, E. 1998, p.23.

⁹³ CARRIZO, Adán. “*La colaboración entre Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional*”, en *Hacia un derecho penal sin fronteras*, publicación del XII Congreso Universitario de Alumnos de derecho penal, Universidad de Salamanca, coord. por M^a Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez L., Edit. Colex, 2000, p.152.

⁹⁴ CARRIZO, A. 2000, p.152.

⁹⁵ CARRIZO, A. 2000, p.153.

⁹⁶ CALDUCH, R. 1997, p. 22, CARRIZO, A. 2000, p. 152.

máximo de dos años para tales atribuciones, cuestión que se consagró a partir de julio del año 2000.

3.c. *Las incongruencias en la concepción jurídica del terrorismo a nivel internacional.*

Después de los Acuerdos de Schengen y del Tratado de Maastrich, la lucha contra el terrorismo se ha ido reforzando a través de la actividad intergubernamental y de la actividad de Naciones Unidas, sin que nuevos tratados hayan nacido a la vida jurídica. No obstante es ya un hecho que el espacio común europeo en materia judicial, policial y jurídica va alcanzando su máxima expresión. Por esta razón, y en nuestra opinión, no es de extrañar que se pretenda fusionar las industrias aeroespaciales de Alemania, Reino Unido, Francia y España, que aunque parece ser un asunto de carácter netamente económico tiene una carga política considerable. El hecho de que nazca una multinacional, la CEAD (Compañía Europea Aeroespacial y de Defensa) con operaciones en distintos países, dirigida y controlada como una sola unidad viene significar un nuevo intento por crear un espacio policial común ya que se incluyen en la CEAD aviones de combate y para misiones militares especiales⁹⁷. Ni es de extrañar tampoco que en la cumbre de Bruselas de marzo de 1998, los quince líderes de la Unión Europea hayan dado paso al euro, la unión monetaria debe conducir a la integración política adicional⁹⁸.

A nivel de Naciones Unidas, la cooperación internacional se ha ido manifestando en diversas recomendaciones y acuerdos emanados tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad, en el que se mantiene la idea de terrorismo en cuanto *forma de crimen organizado*⁹⁹. Pero es sin duda, a nivel regional, como se ha demostrado, donde el combate al terrorismo ha encontrado su mayor cauce. La particularidad de este accionar al interior de la Unión Europea es la contradicción que se advierte en la concepción de terrorismo a efectos de su tratamiento jurídico. En algunos instrumentos, como veremos a continuación, se le concibe como forma de delincuencia organizada, otorgándole un tratamiento similar al de los delitos económicos. En otros, se le excluye de este tipo de criminalidad. Veamos estas incongruencias.

El Parlamento Europeo en Resolución de 30-01-1997 (A4-0368/96 en DO C 55/27 de 24.02.97) concibe al terrorismo como un acto criminal que pretende modificar, mediante el uso de la violencia o la amenaza de violencia, las estructuras económicas y sociales de los Estados de Derecho. Le distingue de los actos de resistencia que tienen lugar en terceros Estados y que van dirigidos contra estructuras estatales que, a su vez, tienen carácter terrorista. Acto terrorista sería "cualquier acto cometido por individuos o grupos, mediante el recurso a la violencia o amenazas violentas, contra un país, sus instituciones, o sus habitantes en general, o contra personas concretas que por motivos separatistas, ideológico-extremistas, fanático religiosos o subjetivo-irracionales, pretende crear una situación de terror en servicios oficiales, determinadas personas o grupos sociales o, en general, en la opinión pública". Es decir, *le separa del concepto de crimen organizado* en la medida que considera, de un lado, la posibilidad de actos de terrorismo cometidos por individuos; y de otro lado, considera un amplio espectro de finalidades, excluyendo el afán de lucro, que es el propio de la criminalidad organizada. La Resolución destaca además que en virtud del desarrollo de la tecnología han surgido nuevas formas de la actividad terrorista, tales como el terrorismo informático.

Se insiste en la idea de que todas las medidas contra el terrorismo, incluso cuando se

⁹⁷ "El País", Miércoles 6 de mayo de 1998.

⁹⁸ Tal como lo como indicara Hans Tietmeyer, presidente del Bundesbank en cuyo modelo se inspiró la construcción del Banco Central Europeo. "El País", Lunes 4 de mayo y domingo 10 de mayo de 1998

⁹⁹ Quizás una de las resoluciones mas importantes es la de 8-12-1989 (A/RES/44/71) en la que se establece específicamente una cooperación internacional entre los Estados, instándoles a combatir todas las formas de crimen organizado, mencionándose el terrorismo de manera particular, y la resolución de 10-12-1993 (A/RES/48/44) por la que se inicia una campaña internacional contra el terrorismo en todas sus formas en concordancia con la resolución de 1985 (A/RES/40/61 de 09.12.85).

produzca la máxima provocación, como consecuencia de atentados inhumanos, no deben basarse en legislaciones y procedimientos excepcionales, porque con dichas contraestrategias extraordinarias se corre el riesgo de atribuir una gran importancia y, en consecuencia, de dar un valor desproporcionado a los actos terroristas- que es precisamente, a su juicio, lo que pretenden sus agentes. Sin embargo, observamos que tal declaración se contradice con el texto de la resolución pues en ella se solicita la adopción de medidas sustancialmente excepcionales como la punición de actos preparatorios. En esta misma línea se pide expresamente a los Estados miembros que adopten medidas homologadas en materia de investigación y prevención de actos terroristas, tales como: aumento de la eficacia de los sistemas de vigilancia¹⁰⁰, y la represión a los "entornos de apoyo" de los movimientos o grupos terroristas. Se solicita también intensificar la cooperación policial en términos de reforzar el control democrático y jurídico, eligiendo una vía que garantice la máxima participación posible del Parlamento europeo, facilitar el intercambio de informaciones (personas sospechosas, documentación) *aunque no tengan ninguna relación concreta con un proceso penal*. Finalmente insta a los Estados miembros a poner en práctica con el máximo rigor el art. 2 bis del Convenio europeo de extradición de 27 de Septiembre de 1996¹⁰¹, de acuerdo con el cual *no solo los autores de actos terroristas sino también los colaboradores con banda armada están sujetos a extradición, con eliminación de los requisitos de doble incriminación y excepcionalidad para la asistencia judicial y extradición*.

En concordancia con esta noción de terrorismo como ajeno a la noción de crimen organizado, el 28-4-1997, el Consejo de Europa adoptó un "Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada" (97/C 251/01) en cumplimiento del acuerdo adoptado en Dublín el 13 y 14 de Diciembre de 1996 por el que se creó un Grupo de Alto Nivel, encargado de elaborar un plan de acción global que permitiera a la UE adoptar un enfoque coherente y coordinado en esta materia. En dicho instrumento se expresa que el principal móvil de la delincuencia organizada es "el afán de lucro" remitiéndonos a la criminalidad económica. Propone la adopción de medidas de cooperación judicial y policial en un mismo nivel destinadas a combatir el blanqueo de capitales.

Tan solo un año después, el 19 de marzo de 1998, los Ministros de Justicia e Interior de los quince países que integran la Unión Europea, alcanzaron en Bruselas, un acuerdo político en el que se comprometieron a reforzar su cooperación y asistencia mutua en materia de terrorismo y otros actos de violencia (tráfico de seres humanos, blanqueo de dinero, criminalidad económica y grave extorsión). En virtud del mismo, y paradójicamente, *se concibe al terrorismo como manifestación de criminalidad organizada*, definiendo la organización criminal como "la asociación estructurada de dos o más personas que actúan de manera concertada para cometer crímenes o delitos castigables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o de una pena mas grave". El acuerdo político alcanzado imputa la pertenencia a una organización criminal a quienes hayan participado en un plan delictivo, aunque no estén implicados directamente en su ejecución¹⁰². Por otra parte, se dio énfasis a la necesidad de poner en marcha el Convenio Europol, que ya sabemos tenía como primer objetivo la lucha contra el tráfico de

¹⁰⁰ Se insta a los Estados a la *vigilancia óptica y acústica de las personas*, mencionando expresamente a los fabricantes de teléfonos móviles para que establezcan las condiciones técnicas de su control, perseguir penalmente en relación con los actos terroristas a toda persona que haya participado en su organización, *preparación* o ejecución, tipificar la apología del terrorismo.

¹⁰¹ DO C 313 de 23-10-1996, p. 10.

¹⁰² Para facilitar la lucha contra las organizaciones criminales cada Estado miembro se compromete a perseguir con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, a quienes participen en la preparación o ejecución de una acción criminal. Serán comportamientos sancionables los de "toda persona que de una manera intencionada y teniendo conocimiento del objetivo de la actividad criminal general de la organización o de la intención de ésta de cometer infracciones, participe activamente". Asimismo se perseguirá el "comportamiento de toda persona que concluya con otros un acuerdo sobre el ejercicio de una actividad que pueda desembocar en crímenes o delitos, incluso cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad". *El País*, 20-3-1998.

drogas y paulatinamente se fue extendiendo a los actos de terrorismo.

Este acuerdo violentó, al menos aparentemente, las obligaciones contenidas en el Convenio de Extradición de la UE de 27 de Septiembre de 1996, ya que por una parte estableció la punición de un verdadero acto preparatorio, el sujeto a sancionar ha de haber alcanzado un acuerdo que *pueda desembocar* en un ilícito penal, aunque no participe directamente en su ejecución, y por la otra contempló la obligación de cada Estado miembro de asegurar que *esos comportamientos que se produzcan sobre su territorio sean punibles cualquiera que sea el lugar sobre el territorio de los Estados miembros donde esté basada la organización o ejerza sus actividades criminales o cualquiera sea el lugar donde se sitúe la actividad*.

En síntesis, un sujeto requerido por un Estado miembro en cualquier lugar que se encontrare puede ser extraditado aún sin que medie causa por delito, sino un mero acto preparatorio, lo que contradice el espíritu del Convenio sobre extradición citado que razona sobre la base de “delitos” (art.2). Por otra parte, al establecer esta acción conjunta entre los Estados, una acción común de la cual nace la obligación de extraditar al terrorista, sea autor o colaborador, se infringe el art. 1 apartado 2 del Convenio europeo de extradición citado, ya que este posibilita la aplicación de acuerdos bilaterales o multilaterales que ofrezcan a los Estados miembros unas normas de extradición más favorables, la aplicación de acuerdos de extradición de una legislación uniforme (como es el caso de los países nórdicos) y de los acuerdos de extradición, sobre la base de legislaciones recíprocas que establezcan la ejecución en el territorio de un Estado miembro, de mandamientos de detención librados en el territorio de otro Estado miembro (como es el caso de las relaciones de Reino Unido con Irlanda).

4. El Tribunal Penal Internacional y los delitos de terrorismo.

Al finalizar la guerra fría, y a partir del consenso generado en torno a la idea francesa del derecho de injerencia humanitaria, esto es, el derecho a intervenir cuando los derechos fundamentales del hombre se encuentren en situación de peligro, impulsan a los Estados a aprobar la creación de un **Tribunal Penal Internacional** en junio de 1998, con el objeto de castigar los crímenes considerados de mayor gravedad en Derecho Internacional.

En el Proyecto de Estatutos se estableció que la Corte Penal internacional sería competente para conocer y juzgar tres tipos de delitos: genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad¹⁰³. No obstante se habían alzado voces abogando por la inclusión de los delitos de terrorismo tomando en consideración los Convenios Internacionales, especialmente los Convenios de Ginebra de 1937¹⁰⁴. Las argumentaciones en contra de esta inclusión se debían a la falta de un concepto unívoco de los delitos de terrorismo, tanto a nivel nacional como internacional, y especialmente en este último¹⁰⁵. Se enfatizó además que los delitos de terrorismo se concretaban en delitos de naturaleza similar o idéntica a la de los ilícitos ya incluidos en la competencia del TPI.

A estas argumentaciones podemos añadir una que surge más bien del campo político. Resulta paradójico que, habiéndose concebido la idea de una CPI para el juzgamiento de actos que atentan contra los derechos humanos, pudiera, a la luz de una eventual inclusión de los delitos de terrorismo dentro de su competencia, excluirse los actos de terrorismo de Estado. Ello porque, habiendo sido concebida la CPI como “un instrumento contra los individuos, más que

¹⁰³ Sobre la historia de las negociaciones para la creación de un TPI, consúltese documentación de *No Peace Without Justice (NPWJ)*, www.agora.stm.it/npwj. En español, www.confepaz.org.

¹⁰⁴ En esta opinión se manifestó la Dra. en Derecho Internacional, Sra. Araceli MANGAS en su conferencia durante la Sesión Académica para la creación de un TPI, Universidad de Salamanca, 1 de Junio de 1998.

¹⁰⁵ Opinión del eurodiputado Sr. J.M. MENDILUCE, conferencia durante la Sesión Académica para la creación de un Tribunal penal Internacional, Universidad de Salamanca, 1 de Junio de 1998. En opinión similar acerca de las dificultades para la formación de un concepto de terrorismo internacional RAMÓN CHORNET, C. 1993, pp.132 y ss.

contra los Estados”¹⁰⁶, la incriminación estaría dirigida mas bien a grupos que tomen las armas para el derrocamiento de un determinado gobierno o sistema, que a los Estados que, a través de sus funcionarios cometen actos de terrorismo.

Si fuese la “organización” la que pudiese eventualmente juzgarse por un TPI, grande sería el riesgo de que en conflictos armados internos, se hicieren discriminaciones ideológicas arbitrarias. Hasta ahora la responsabilidad penal sigue siendo individual, de manera tal que son “las personas” que cometen el hecho delictivo las que deben ser juzgadas. Ríos de tinta se han vertido acerca de la posibilidad de sancionar penalmente al “Estado terrorista”, lo que viene a demostrar el carácter bizantino de la discusión, incapaz de conducirnos a una solución real. Loable resulta la idea de imputar una responsabilidad institucional, cada vez que se cometen atentados contra los derechos humanos en el marco de la estrategia del terrorismo de Estado. Mas parece ser que por ahora debemos conformarnos con la idea de son las personas que cometen actos delictivos, las que deben ser juzgadas, sean ellas o no representantes del Estado, sea cual sea la organización a la cual pertenecen.

Final y afortunadamente los delitos de terrorismo no fueron incluidos en el estatuto del TPI, aprobado en la Conferencia de Roma durante el mes de junio de 1998. El Tratado de la Corte Penal Internacional determinó que ella tiene jurisdicción sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Art. 5). Y asimismo sobre crímenes cometidos en conflictos armados internos - disposición a la que se oponían los Estados de la Liga Árabe, China e India¹⁰⁷. Decimos afortunadamente porque frente a las discrepancias políticas existentes en uno u otro Estado, una u otra legislación, es evidente que se daría origen a una constante sucesión de conflictos internacionales, principalmente en lo relativo a la procedencia o improcedencia de la extradición y el derecho de asilo.

5.- El papel de los organismos internacionales americanos frente a las legislaciones nacionales.

A nivel de los Estados Americanos, la cooperación interestatal para reprimir el terrorismo no ha dado a luz a nuevos instrumentos jurídicos desde los Convenios de La Haya (OACI, 1970) y Montreal (OACI, 1971) que tampoco estaban destinados a reprimir específicamente actos de terrorismo como se desprende ya desde su propio título. En materia de extradición Ni tampoco tras el Convenio de Washington (OEA), de 2 de febrero de 1971, que sí se dirige concretamente a la prevención y represión de actos de terrorismo.

La cooperación de los Estados latinoamericanos se ha centrado en convenios generales, bilaterales o multilaterales en materia penal y judicial, y asimismo a nivel de tratamiento policial y de ejecución penal. Claro está que la condena al terrorismo aparece en todas las cumbres iberoamericanas¹⁰⁸ y resoluciones de la OEA sin carácter vinculante. De esta manera

¹⁰⁶ “*Il n’y a pas de paix sans justice*”, por Emma BONINO, en *NPWJ*, “15 juin-17 juillet Rome, palais de la FAO: Conférence des plénipotentiaires pour l’institution du Tribunal Pénal International”, p.9.

¹⁰⁷ Tratándose de crímenes cometidos durante conflictos internacionales el Tratado asigna una jurisdicción mucho más amplia que la referida a situaciones de guerra civil. La Corte puede procesar por ataques indiscriminados contra civiles, uso de armas prohibidas, etc. pero únicamente si tales actos han tenido lugar en el contexto de una guerra entre Estados, no en guerras civiles. Dado que la mayoría de los conflictos actuales son “no-internacionales”, esto limita el alcance de la Corte. La Corte tendrá también jurisdicción sobre el crimen de agresión siempre y cuando se llegue a un acuerdo sobre su definición en el futuro. Los EE.UU. se opusieron fuertemente a la inclusión de los crímenes de agresión en el Tratado. “*Valoración del estatuto aprobado en la conferencia de plenipotenciarios de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional*”, Traducción no oficial del inglés del informe de Human Rights Watch de 17 julio 1998. Original en inglés se puede cotejar en <http://www.hrw.org/hrw/press98/july/icc-anly.htm>. Traducción realizada por el Equipo Nizkor. Derechos Human Rights. Serpaj Europa, 20 julio 1998. Para más información en internet sobre el Tribunal Penal Internacional en español <http://www.confepaz.org>.

¹⁰⁸ La VI Cumbre iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de 1996 indicó: “reafirmamos nuestra condena al terrorismo en todas sus formas y reiteramos nuestro compromiso de combatir conjunta y firmemente a través de todos los medios legales, este flagelo, que erosiona la convivencia pacífica y civilizada y afecta al estado de derecho

se da forma y contorno a la idea de que los delitos de terrorismo son considerados delitos comunes para todos los efectos legales., y reafirma esta idea el hecho de aparecer mencionado en los tratados bilaterales de extradición para excluirlos del privilegio extraditorio¹⁰⁹.

Destaca en la labor de la OEA, la convocatoria de su Asamblea General a una *Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo*, la que se celebró en Lima (Perú) los días 23 y 26 de abril de 1996¹¹⁰. En ella se establece una nueva modalidad de cooperación interamericana para enfrentar tales conductas, reiterando “su más enérgica condena frente a todas las formas de terrorismo, cualesquiera sean sus agentes o modalidades” y “repudiar las graves consecuencias de estos actos que, como fue señalado en la cumbre de las Américas: ‘constituyen una violación sistemática y deliberada de los derechos de los individuos’”¹¹¹.

Tales ideas se concretan durante esta Conferencia, mediante la aprobación y adopción de la “Declaración de Lima para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo” y del “Plan de Acción sobre cooperación hemisférica para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo”. En tales instrumentos se plantea la posibilidad de que los gobiernos de los Estados Americanos promuevan acuerdos bilaterales y subregionales dirigidos a enjuiciar y penalizar a “los que cometen actos terroristas”, además de aunar esfuerzos en torno al establecimiento de un sistema de información y control respecto de tales conductas.

Por último, cabe destacar la unificación regional en materia de extradición, en donde destacan el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), de 1928, ratificado como ley interna por la mayor parte de los países latinoamericanos, y la Convención Interamericana sobre extradición, firmada en Caracas, el 25 de febrero de 1981. Con un ámbito de aplicación mas reducido que los anteriores, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y el Convenio de Extradición, también de Montevideo de 1933¹¹².

6.- Sintetizando expuesto puede resumirse la respuesta legislativa del derecho internacional al terrorismo en 3 ámbitos: universal (Organización de Naciones Unidas), sectorial (OACI y OMI), y regional (OEA y Consejo de Europa)¹¹³. Entre los convenios mas importantes en el *ámbito universal* destacan: los Convenios de Ginebra de 1937, Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977, el Convenio de Nueva York (ONU) sobre prevención y represión de atentados contra las personas que disfrutan de protección internacional incluidos los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, el Convenio de Nueva York (ONU) contra la captura de rehenes de 17 de diciembre de 1979¹¹⁴.

y al ejercicio democrático.". Véase: "Memorias VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. 1996" Santiago y Viña del Mar, 10 al 11 de Noviembre de 1996. Publicación del ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, p. 174 En un sentido similar se pronuncian las anteriores, y las posteriores. Véase anexo a este capítulo.

¹⁰⁹ Así por ejemplo, el tratado de extradición suscrito entre Chile y España el 14-04-1992 y ratificado el 27-12-1994, contiene en su art. 5 la exclusión expresa del privilegio extraditorio a los delitos de terrorismo. Véase, BOE nº8 de 10 de enero de 1995. En igual sentido se pronuncia la Conferencia Iberoamericana de Montevideo sobre Derecho de Asilo (9 al 11 de Octubre de 1996), al señalar como conductas excluidas el derecho de asilo, entre otras: los actos comprendidos en los Convenios de la Haya y Montreal, y general, cualquier acto de violencia no comprendido en los supuestos anteriores y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas, con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores de la misma, o llevar a cabo represalias de carácter político, racial o religioso". Véase, VI Cumbre Iberoamericana, 1996, citada, p. 285.

¹¹⁰ Dicha conferencia nace en cumplimiento a la Resolución de la Asamblea General AG/RES 1350 (XXV-O/95). Véase OEA, Asamblea General, Actas y Documentos, Vol I. Vigésimo quinto período ordinario de sesiones, Montrouis, Haití, del 5 al 9 de junio de 1995. OEA/Ser.P/XXV.O2, 28 agosto 1995.

¹¹¹ *Informe del Consejo Permanente sobre la conferencia especializada interamericana sobre terrorismo*, OEA/Ser.P, AG/doc.3339/96 rev.1, 2 junio 1996, p.6.

¹¹² Ampliamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, 1963, T.II, pp. 914 y ss.

¹¹³ Ampliamente, RAMÓN CHORNET, C. 1993, pp. 177 y ss.

¹¹⁴ Este último, junto al Convenio Europeo para la represión del terrorismo fueron tenidos especialmente en cuenta por el legislador chileno para la elaboración de la ley 19.027 de 24-01-1991. *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos*

En el *ámbito sectorial* tuvieron mas importancia: El Convenio de Tokio (OACI) sobre crímenes y actos determinados cometidos a bordo de aeronaves, de 14 de noviembre de 1963¹¹⁵, el Convenio de La Haya (OACI) para la represión de la captura ilícita de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970¹¹⁶, el Convenio de Montreal (OACI) para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971¹¹⁷, el Convenio de Roma (OMI) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de Marzo de 1988. En el *ámbito regional*, pueden destacarse: El Convenio de Washington (OEA) sobre prevención y represión de actos de terrorismo, de 2 de febrero de 1971, el Convenio de Estrasburgo (Consejo de Europa) para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977.

Sin duda ha sido Europa el continente en el que mayormente se aprecia la expansión de las políticas antiterroristas, expansión que va de la mano con el proceso de integración económica. En ambas áreas se ha producido una concentración al interior de la CE como producto de dos fenómenos paralelos que trajo consigo el proceso de complejización de las sociedades capitalistas dentro de su dinámica histórica. Por una parte, el carácter mediador y centralizador del Estado frente a los conflictos económicos y sociales, y por otra parte, una especie de "supranacionalización" de los problemas dentro de los cuales se enmarcó el terrorismo, cuya represión por el Estado toma una dimensión política internacional. Por ello es que puede afirmarse la represión antiterrorista tiene "una relativa autonomía europea, expresada gráficamente en el concepto de terrorismo organizado por encima de las fronteras y bautizado de autóctono"¹¹⁸. En nuestra opinión, lo más importante es la repercusión que esta política antiterrorista "europea" ha tenido sobre las legislaciones nacionales, pues allí donde las medidas antiterroristas han impactado con más fuerza llegando a transgredir garantías básicas de toda persona.

III.- LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN EUROPA Y AMERICA LATINA

En el orden interno los Estados han hecho frente al terrorismo bien promulgando leyes penales especiales (caso chileno), bien incorporando la "excepción" a la legislación penal común (casos español y alemán) y "anormalmente" aplicando la legislación penal común a través de la incorporación de una agravante genérica de responsabilidad criminal (caso italiano), lo que no significa que no aplique en puntos específicos criterios propios de la emergencia penal (p.ej. legislación sobre Pentitis). Las normas de excepción en estas legislaciones internas, presentan características comunes a que nos hemos referido en el capítulo anterior. Lo que destaca en lo sustantivo penal es el reconocimiento de los delitos de terrorismo como figuras específicas (salvo el caso italiano), con un tratamiento especial que combina lo agravatorio (alta penalidad) con ciertos privilegios (ej. figura del arrepentido). En lo sustantivo procesal, la excepcionalidad se traduce en la suspensión de garantías constitucionales tales como: restricciones a la libertad personal, intervención en las comunicaciones de detenidos preventivos y/o condenados, amplias facultades a la autoridad administrativa en la indagación de los ilícitos, etc. En América Latina estas legislaciones se caracterizan además por haberse erigido como factores de represión institucional, al observarse que su aplicación no solo se ha hecho a delincuentes terroristas, sino también a políticos y comunes. A ello se suma una evidente desigualdad en la administración de justicia.

En los siguientes párrafos veremos algunas de las respuestas legislativas más

oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, pp.11 y ss.

¹¹⁵ Promulgado en Chile, mediante DS. 711 de 22-10-1974, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹¹⁶ Promulgado en Chile, mediante DS. 147 de 20-5-1972, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹¹⁷ Promulgado en Chile, mediante DS 736 de 4-11-1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹¹⁸ LÓPEZ GARRIDO, 1987, p. 45.

importantes por parte de los Estados. El criterio de selección de los países que se expone obedece a la importancia que ha tenido el fenómeno de la violencia política en los mismos. En Europa nos centraremos en las legislaciones dictadas en el Reino Unido de Gran Bretaña, Alemania, Francia e Italia. En América Latina nos referiremos a Colombia y Perú, por ser éstos los Estados en los que mayormente han sufrido la violencia política tanto contraria al Estado como adepta a él (grupos paramilitares).

Necesario es advertir que atendida la instrumentalización y manipulación que se suele hacer del terrorismo, tendremos que tener en cuenta el contexto histórico en que se producen cada una de sus manifestaciones, sus orígenes y causas, materias a las que nos hemos referido in extenso en el Capítulo II. La razón es simple, toda acción violenta una vez realizada pierde la subjetividad en el sentido de que se libera de quienes la han cometido y deviene en una variable incontrolable para los mismos, fácilmente instrumentalizable por parte de otros sujetos, y particularmente a través del flujo de informaciones que a ella se refieren, que muchas veces poco o nada tiene que ver con lo que representa para sus autores.

1.- LA LEGISLACION EUROPEA

1.a.- EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA

Gran Bretaña ha sido el paradigma en la aplicación práctica de una legislación beligerante para reprimir la violencia política. El origen de la misma está en la situación de violencia que se ha producido en Irlanda del Norte durante las últimas décadas, a raíz del accionar no solo del IRA y sus facciones (IRA Provisional, INLA, entre otros), sino también de la UVL y las LVF y UFF. Por esta razón, la legislación comienza refiriéndose exclusivamente a esa provincia integrada en el Reino Unido, pero se extiende rápidamente a Gran Bretaña. Cabe destacar que Gran Bretaña incluye Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, pero no la República de Irlanda. La importancia de esta distinción radica en el ámbito de aplicación de la legislación de emergencia ya que existirá una legislación del gobierno de Londres, aplicable a toda Gran Bretaña, y una legislación del gobierno de Dublín, aplicable solo a la República de Irlanda. Nos referiremos solo a la aplicable en Gran Bretaña.

La situación política beligerante que se produjo desde fines de los años 60 llevó al gobierno británico a dictar una serie de normas de excepción y de aplicación extraordinaria, normas que a través de los años han ido reformándose constantemente. No forman parte de una legislación permanente del ordenamiento jurídico inglés. En agosto de 1971, se introduce en el territorio de Irlanda, el *Sistema de Internamiento* (Internement), con el que se inicia el "modelo de guerra" (War Model) que en la práctica se tradujo en la aplicación de los principios de los prisioneros de guerra¹¹⁹. En Marzo de 1972 el gobierno británico asumió el gobierno directo de Irlanda del Norte anulando temporalmente los poderes del gobierno y del Parlamento en Belfast. El IRA, luego de una tregua, reinició su actuar beligerante a partir de febrero de 1973, contexto en el cual se produce el atentado explosivo en unos pubs de Birmingham que arrojaron un saldo de veinte muertos (Nov. de 1974).

El gobierno británico respondió con una sucesiva promulgación de leyes de emergencia, naciendo así la primera ley antiterrorista en Gran Bretaña, una "ley sobre medidas urgentes", intitulada *Northern Ireland (Emergency Provisions) Acts*, de 1973, de aplicación exclusiva para

¹¹⁹ Este sistema se desarrolló entre 1971 y 1975, pero se desprestigia muy rápidamente, abandonándose dadas las consecuencias negativas que había provocado aislando a las tropas británicas y a las autoridades de la población civil, por lo que se dictan nuevas normas, aún cuando la posibilidad de seguir aplicando el internamiento sigue legalmente vigente, pues está prevista en leyes de emergencia de Irlanda del Norte. Por regla general, el Secretario de Estado necesita una autorización del Parlamento para reintroducir el internamiento, pudiendo prescindir de ella si considera que por razones de urgencia es necesario ordenarlo. Una prerrogativa propia de un estado de excepción. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 56.

el territorio de Irlanda del Norte¹²⁰. La segunda ley importante fue la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1974, ley sobre prevención del terrorismo, cuya “rápida aprobación” fue criticada por diversos sectores, particularmente de organizaciones defensoras de los derechos civiles¹²¹, y cuya aplicación se extiende a toda Gran Bretaña. Se caracterizan, en general, por un incremento de las facultades al Ejecutivo y a la autoridad policial, y un tratamiento excesivamente “duro y excepcional” en lo sustantivo procesal.

Otras normas de importancia son: la *Suppression of Terrorism Act 1978 (STA)*, cuya finalidad fuera el reformar la ley de extradición, como consecuencia de haber firmado Gran Bretaña el convenio Europeo sobre represión del terrorismo de 1977, para excluirlo del beneficio de la no extradición. Ella ha ido siendo actualizada en concordancia con la incorporación de países al Convenio de 1977¹²². La ley de 13 de julio de 1982 (*Taking Hostage Act, 1982*) que fue consecuencia de la firma por Gran Bretaña del Convenio internacional sobre toma de rehenes. La *Public Order Act 1986*, que vino a significar un endurecimiento en la política de orden público del gobierno británico siguiendo la línea de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*¹²³. La *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*, que regula el procedimiento y confiscación en relación a la actividad terrorista desatada por las organizaciones proscritas. Por último, cabe destacar la reforma efectuada por la *Terrorism Act 2000*.

Nos referiremos a las normas que han servido de base a la producción legislativa británica: la *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act*, (NIA), y la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* (PTA), para culminar con la *Terrorism Act 2000* (TA) cuyas disposiciones vinieron a derogar las dos anteriores, y a restablecer muchas de sus disposiciones. El último acápite lo destinaremos al tratamiento del llamado “testigo de la corona”.

1.a.1. Northern Ireland (Emergency Provisions) Act.

La NIA, en su versión original, de 25 de julio de 1973 anticipó muchas de las técnicas que luego se extenderían a Gran Bretaña a través de la PTA de 1974. Es aplicable, como se ha dicho, a Irlanda del Norte asentándose definitivamente en 1978. Esta ley está sujeta a un límite temporal de duración, generalmente establecido en 4 años, antes de cuya expiración el gobierno debe proceder a la revisión de la necesidad de mantener sus disposiciones. Su último texto, antes de la gran reforma efectuada en el 2000, data de 1996, *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1996*, no varía en lo sustancial el texto de 1978. Tres son sus partes esenciales: La primera, relativa a delitos relacionados (“scheduled offences”). La segunda, relativa a poderes de arresto, detención, registro y captura. Y la tercera, relativa a delitos contra la seguridad pública y el orden público¹²⁴.

En la Parte I, se consideran delitos relacionados con la actividad terrorista, la tenencia y depósito de armas o municiones y explosivos. Tales delitos pueden ser juzgados por tribunales sin jurado, denominados “*Diplock Courts*”, que de acuerdo a la versión oficial, habrían nacido debido a la supuesta intimidación que se podía producir sobre un jurado. En opinión de algunos

¹²⁰ KAI AMBOS, *Terrorismo y Ley. Análisis comparativo: república Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1989, p.53.

¹²¹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.57. Opinión distinta sostiene KAI AMBOS (1989, p.54), para quien esta ley “fue aprobada con consenso total y entusiasmo como consecuencia de las “bombas de Birmingham”.

¹²² Así por ejemplo: Hong Kong (Order 1987, Statutory Instrument 1987, N° 2045), India (Order 1993, Statutory Instrument 1993, N° 2533), República Checa y Slovakia (Order 1994, Statutory Instrument 1994, N° 2978).

¹²³ Consiste en una codificación de normas sobre orden público que otorga al poder ejecutivo facultades que antes no tenía, relacionadas con arrestos o detenciones. La ley tuvo por finalidad delimitar estrictamente los derechos de reunión y manifestación. Del mismo modo penaliza ciertas conductas relacionadas con los desórdenes públicos. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 58.

¹²⁴ KAI AMBOS, 1989, pp.57 y ss.

autores¹²⁵, la razón de fondo tiene que ver con la ampliación de las facultades de la policía en materia de arresto y detención, cuyo fin sería la obtención de confesiones de culpabilidad, aunque no se basaren en evidencias absolutas, usando especialmente la figura del “testigo de la corona”. Se hacía necesario, entonces, reformar las reglas de admisibilidad de dichas confesiones par evitar el riesgo que las mismas fueran excluidas por los jueces. Esto exigía a su vez una total profesionalización de los tribunales y la introducción de normas especiales en el procedimiento, tales como la preferencia de la prisión preventiva por sobre el derecho a la libertad¹²⁶, y b) la “consideración” del caso por la autoridad¹²⁷. Esto viene a conformar un procedimiento alejado del control jurisdiccional y de la defensa misma, pues la burocracia de los procedimientos se lo impide¹²⁸.

La Parte II, destacando su carácter de ley de emergencia (Emergency Provisions), entrega amplias facultades a la autoridad administrativa para arrestar sin necesidad de orden de captura; y para proceder a registros domiciliarios o de otros lugares. Es suficiente la “sospecha” de la relación con actividades terroristas para que se pueda ser detenido. La detención puede durar hasta 72 horas, pudiendo el detenido ser interrogado durante todo este tiempo. El sistema de interrogatorio previsto en la NIA es completamente distinto de las prácticas comunes y tradicionales del Common Law¹²⁹. Se inspira en el informe de la *Diplock Comission*, que intentó legitimar un uso continuado del interrogatorio, lo que la comisión definía como “crear una atmósfera en la cual el deseo inicial de mantenerse en silencio sea sustituido por el deseo de confiar en el interrogador”¹³⁰. Este sistema fue posteriormente adoptado en la PTA de 1974. El sistema de interrogatorio previsto por la NIA adquirió importancia desde 1975, año en el cual acabó el sistema de internamiento. A partir de entonces parece existir un convencimiento generalizado por parte de los jueces y la policía, acerca de la inoperancia de muchas de las previsiones de las normas de interrogatorio existentes en la *Judges Rules* o normas tradicionales del common law¹³¹.

La Parte III se refiere a los delitos contra la seguridad y el orden público, estimándose como tales: a) la pertenencia, apoyo o contribución a una organización proscrita; b) la colección, publicación, etc. de información útil para los terroristas; c) la enseñanza del uso o la fabricación de armas de fuego o explosivos, sin estar autorizado; d) vestir o conducirse en un lugar público como miembro de una organización proscrita¹³²; e) llevar cualquier artículo usado para ocultar la verdadera identidad. Las penas de los delitos relacionados con la “organización proscrita”

¹²⁵ LÓPEZ GARRIDO, d. 1987, p. 59. KAI AMBOS, 1989, p.58.

¹²⁶ Lo que se demuestra por el hecho de que para solicitar la libertad provisional, el afectado ha de presentar una solicitud a un Tribunal Superior (High Court Judge) y no al tribunal que conoce del asunto.

¹²⁷ Parte importante del procedimiento consiste en que una autoridad, el *Director Public Prosecutions* “considere” el caso. Este funcionario está sujeto a las instrucciones del *Attorney General*, y solo recibe los casos cuyos cargos han sido preparados exclusivamente por el departamento jurídico de la policía. Hasta que el caso llegue a ser conocido por un magistrado pueden transcurrir como mínimo dieciséis semanas. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 60.

¹²⁸ Las distintas autoridades dependientes del poder ejecutivo preparan el caso para un eventual juicio sin otorgar mas oportunidad al acusado o a la defensa que la espera, que a veces se extiende hasta casi un año. Ello ha introducido una corrupción al interior de la administración de justicia en la que los abogados terminan aconsejando a sus defendidos para que se declaren culpables desde el primer momento, a fin de acelerar el procedimiento y una condena lo mas atenuada posible. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.60.

¹²⁹ En derecho inglés no se reconoce propiamente el derecho de la policía para interrogar a un ciudadano, y éste debe ser informado de las razones de su detención teniendo derecho a guardar silencio. A pesar de ello, en Irlanda del Norte desde 1971 se puso en práctica un sistema denominado “las cinco técnicas de interrogatorio” y que fueron objeto de un acucioso examen por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1978. STEDH de 18 de enero de 1978, (*Caso “Irlanda contra Reino Unido”*).

¹³⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.59.

¹³¹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.59.

¹³² Indudablemente en un Estado de Derecho real este tipo de extralimitaciones del legislador configurarían un atentado a la libertad de expresión por cuanto ni siquiera alcanza a contenerse en los presupuestos básicos del delito de apología.

puede ser el internamiento hasta por diez años¹³³.

1.a.2. Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act .

La PTA en su versión original de 1974 tiene aplicación en toda Gran Bretaña e Irlanda del Norte, salvo su Parte I (Organizaciones proscritas) que no se refiere a esta última¹³⁴. Ella ha debido ser renovada sucesivamente, manteniendo su vigencia actualmente. Entre estas modificaciones puede citarse las experimentadas en 1978¹³⁵, 1984¹³⁶, 1989¹³⁷, y 2000¹³⁸. A esta última nos referiremos en un acápite especial ya que afecta a gran parte de la legislación antiterrorista. Las modificaciones de la PTA no varían sustancialmente el espíritu de la ley. Se divide en partes sustanciales, con cada una con sus secciones y subsecciones. Tomaremos, por haber sido una de las mas significativas, la PTA de 1984.

La Parte I (Proscribed organizations) hace referencia a las organizaciones proscritas y define el terrorismo. Las organizaciones proscritas son: el Ejército Republicano Irlandés (IRA) y el Ejército de Liberación Nacional Irlandés (INLA), e incluye cualquier organización que lleve sus nombres¹³⁹. El terrorismo se concibe como "cualquier uso de la violencia para fines políticos e incluye cualquier uso de la violencia con el propósito de inspirar al público o a una parte de él, temor". Esto significó incorporar un elemento subjetivo en el tipo que, en nuestra opinión, puede ser capaz de contener la finalidad religiosa (p.ej. organizar milicias en defensa de una religión). Esto, por otra parte, aparece acorde con las políticas criminales diseñadas para hacer frente a la violencia en Irlanda del Norte, cuya característica es el enfrentamiento entre católicos y protestantes. Como veremos esta idea se plasma posteriormente en la *Terrorism Act 2000*.

Son delitos: a) La pertenencia a una organización proscrita, b) Prestar apoyo en cualquier forma a las mismas, c) la concertación a través de reuniones para proporcionar apoyo a una organización proscrita para impulsar sus actividades, o cuando la reunión estuviese dirigida por una persona que pertenece o profesa pertenecer a tal organización. Se considera causa de exculpación el ser miembro de la organización desde antes de la proscripción, y no haber participado en sus actividades. Luego, el acusado tendrá que probar que sus actividades en ella se realizaron antes de la proscripción, por lo que se produce una inversión en la carga de la prueba¹⁴⁰. Se considera además, como delito autónomo, "la exhibición de apoyo en público a una organización proscrita".

Críticamente, TOWNSHED¹⁴¹, estima que la particularidad de esta normativa radica en que no discrimina entre el concepto particular de terrorismo y el concepto de guerra. Solo queda en claro que nadie puede pertenecer organizaciones que se relacionen o apoyen de cualquier forma al terrorismo, sea mediante la facilitación de infraestructura para reuniones, apoyo económico, etc.

¹³³ KAI AMBOS, 1989, p.59.

¹³⁴ KAI AMBOS, 1989, p. 53.

¹³⁵ *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1978*

¹³⁶ *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984*,

1.a.4. Otra norma que es importante analizar es el *Acta de 1984, Prevención del Terrorismo. The prevention of terrorism (Temporary Provisions) Act 1984 (P:T:A:)*, de 22 de marzo de 1984. El examen de la misma en KAI AMBOS, 1989, pp. 54 y ss.

¹³⁷ *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989*, que revocó la PTA de 1984.

¹³⁸ *Terrorism Act 2000*,

¹³⁹ El Secretario de Estado tiene una la prerrogativa de incluir o excluir de esta nómina a cualquier organización que a su juicio está vinculada a actos de terrorismo de ocurran en Reino Unido conectado con Irlanda del Norte.

¹⁴⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.61.

¹⁴¹ TOWNSHEND, Charles. "*El proceso del terror en la política irlandesa*", en *Terrorismo, ideología y revolución*, O'Sullivan (ed.), Alianza Edit., Madrid, 1987, pp. 115-141, esp. p.116.

La Parte II establece singulares procedimientos para el arresto y la detención entregando amplias facultades a la autoridad. Se crea la "Exclusion Orders" en virtud de la cual el Secretario de Estado puede expulsar a un ciudadano británico de Gran Bretaña a Irlanda del Norte, y a un "no británico" fuera del Reino Unido por sospecha de su vinculación a organizaciones terroristas¹⁴². Desde el momento en que se inicia la investigación el sujeto puede ser detenido sin orden judicial. Constituye delito el desobedecer una orden de exclusión y asimismo la ayuda a un individuo sujeto a la misma, pudiendo también en estos casos procederse a la detención sin mandamiento¹⁴³.

La Parte III (Financial assistance for terrorism) se refiere a delitos específicos, relacionados con el terrorismo: a) incitación al financiamiento en cualquier forma destinado a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo; b) el financiamiento indirecto, por interpósita persona, poniendo a disposición, propiedades o dinero, que sea o pueda aplicarse en conexión con la comisión, preparación o instigación de actos terroristas; c) omitir u ocultar información en relación con la prevención de un acto terrorista, o con la aprehensión y enjuiciamiento del o de los responsables de la comisión, preparación o instigación de un acto terrorista.

La pena de los delitos enumerados en las tres partes es, en el caso de fallo de Sumario, seis meses de prisión a multa, o ambas; y en el caso de fallo de Proceso, de cinco años de prisión a multa o ambas. El procedimiento para la persecución de estos delitos es el ordinario, con la particularidad que suprime la intervención del jurado (Diplock Courts), tal como antes lo hiciera la NIA de 1973.

La Parte IV contiene reglamentos sustanciales referentes a los procedimientos de arresto y detención realizados por la policía, y al control de entrada y procedimientos de expulsión de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En cuanto a los primeros, se otorgan facultades a la autoridad administrativa de tal amplitud que, cualquier oficial de los cuerpos de seguridad puede arrestar o detener a un ciudadano, sin orden previa judicial, "si razonablemente" sospecha que pertenece o colabora con organizaciones ilícitas, que está sujeto a la orden de exclusión o ha ayudado a otra persona que esté implicada en la comisión o preparación de actos terroristas¹⁴⁴. Asimismo el policía está facultado para no dar a conocer al detenido las razones de su detención¹⁴⁵, pudiendo permanecer en manos de la policía hasta *cuarenta y ocho horas*, plazo que puede ampliarse por el Home Secretary, a *siete días*, sin que siquiera haya cargos¹⁴⁶. Nada dice la ley sobre los derechos del detenido en esos siete días¹⁴⁷, ni tampoco respecto a acción por daño o

¹⁴² El legislador la define como: "la orden que prohíbe a una persona la permanencia o ingreso a los territorios que la Sección correspondiente determina en cada caso" (Sección IV). En cuanto a su contenido, las órdenes de exclusión son esencialmente revocables y deben ser fundadas; tienen un límite de duración de tres años contados desde su dictación y son renovables en su vigencia. En cuanto a sus efectos, alcanzan a todo el territorio de Gran Bretaña.

¹⁴³ Por la orden de exclusión el Secretario de Estado está facultado para expulsar a todo ciudadano británico de Gran Bretaña o Irlanda del Norte que hubiere residido menos de veinte años, si sospecha que está relacionado con la comisión, preparación o investigación de actos de terrorismo. Si es un extranjero, puede expulsarlo del territorio. Una vez que se dicta la orden de exclusión debe notificársele a la persona en cuestión y a partir de ese instante puede ser detenido sin mandamiento de prisión. El afectado tiene el plazo de 96 horas para recurrir ante el Secretario de Estado. KAI AMBOS, 1989, pp.55-56, LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.61-62.

¹⁴⁴ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.62; KAI AMBOS, 1989, p. 56.

¹⁴⁵ Cualquier persona que puede ser arrestada puede también ser sometida a cacheos policiales y registro personal, sin mandamiento, por un oficial de policía, con el fin de que ésta compruebe que el sospechoso lleva consigo alguna documentación que sirva para evidenciar que puede ser objeto de arresto.

¹⁴⁶ Durante estos siete días el detenido sospechoso puede ser fotografiado e identificado, y la policía está facultada por la ley para "utilizar la fuerza razonablemente necesaria". LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.62, KAI AMBOS, 1989, pp.56-57.

¹⁴⁷ El *Attorney General* en el debate de la Cámara de los comunes indicó que se aplican las reglas de las *judges rules*. A pesar de ello la ley no señala cuales son exactamente los derechos que tendría el detenido. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.62.

indemnización de la persona que habiendo sido detenida, es puesta en libertad sin cargos. A consecuencia de la puesta en práctica de las “exclusions orders”, la policía puede arrestar y detener a personas sujetas a tales ordenes, y adoptar las medidas necesarias para su traslado.

En cuanto al control de entrada y procedimientos de expulsión, el Secretario de Estado está facultado para disponer el registro de personas que lleguen o abandonen Gran Bretaña o Irlanda del Norte, a efectos de comprobar si tienen relación con la preparación, comisión o instigación de un acto terrorista, o la existencia de una orden de exclusión respecto de él.

1.a.3. Terrorism Act 2000.

Si la legislación antiterrorista plasmada en la PTA y en la NIA han podido parecerse extremadamente severas, lo que desde una “razón de Estado” podría encontrar su lógica en la violencia del conflicto norirlandés, cabe preguntarse cuál es la razón para continuar con este tipo de herramientas cuando la violencia ha disminuido considerablemente después de 1998. Bajo el gobierno laborista, nace la *Terrorism Act 2000*, de 20 de julio (TA), que vino a derogar y /o modificar la *PTA de 1989*, la *NIA 1996* y la *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*. Deroga la *PTA 1989* restableciendo algunas de sus disposiciones pero con modificaciones¹⁴⁸. La *NIA 1996* se habría derogado a sí misma el 24 de agosto de 2000, habiéndose considerado por el gobierno que su mantención era innecesaria a la luz del contexto político. La *TA 2000* contiene adicionalmente tan solo “medidas temporales” para Irlanda del Norte¹⁴⁹.

La mayor novedad introducida dice relación con la ampliación del concepto de terrorismo hacia lo que se ha designado como “terrorismo doméstico”, puesto que, en palabras del Home Office y el Northern Ireland Office, ya no se trata de responder tan solo al terrorismo conectado con el conflicto norirlandés y en ocasiones al terrorismo internacional, sino al que dice relación con “los asuntos de todo el Reino Unido”¹⁵⁰. Por otra parte mantiene la tendencia a incrementar las atribuciones al Poder Ejecutivo y a la autoridad policial. La *TA 2000* contiene VII Partes, con secciones y subsecciones.

En la *Parte I (Introductory)* se define el terrorismo como el uso de la violencia grave contra personas o propiedades o la amenaza de usar esa violencia para intimidar al gobierno, al público o a una parte del mismo con fines políticos, religiosos o ideológicos¹⁵¹. Con ello se cubriría la laguna que se producía en la PTA en relación a las situaciones en que la vida, la salud y la seguridad solamente fueren puestas en peligro. Se incluyen “acciones que pueden no ser violentas en sí mismas, pero que en una sociedad moderna, pueden tener un impacto devastador”¹⁵² tales como: la ruptura de sistemas informáticos (subs. 2); acciones en las que se ven involucradas armas de fuego o explosivos, aun cuando no fueren en principio designadas por los agentes para influenciar al gobierno o intimidar a la población, forma a través de la cual

¹⁴⁸ La *PTA 1989* estaba sujeta a renovación anual por el Parlamento. La *Terrorism Act 2000* en sus disposiciones principales tiene un carácter permanente.

¹⁴⁹ Estas medidas están sujetas a renovación anual, estableciéndose un plazo límite de 5 años.

¹⁵⁰ *Explanatory Notes to terrorism Act 2000*, preparadas por el Home Office y el Northern Ireland Office. Texto solo en inglés en: www.hsmo.gov.uk.

¹⁵¹ “1.- In this Act “terrorism” means the use or threat of action where: (a) the action falls within subsection (2), (b) the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a section of the public, and (c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause. (2) Action falls within this subsection if it- (a) involves serious violence against a person, (b) involves serious damage to property, (c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action, (d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public, or (e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system. (3) The use or threat of action falling within subsection (2) which involves the use of firearms or explosives is terrorism whether or not subsection (1)(b) is satisfied.”. Texto *TA 2000*, en www.hsmo.gov.uk/act.

¹⁵² *Explanatory Notes to...*, cit.

se estarían cubriendo los “asesinatos individuales” (subs.3).

La *Parte II (Proscribed Organisations)* está basada en la Parte I de la PTA, pero con la diferencia de que en esta última la proscripción de organizaciones se hacía separadamente en Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En la TA 2000 esta proscripción alcanza a todo el Reino Unido. Asimismo, bajo la PA y la NIA, la proscripción decía relación tan solo con el terrorismo irlandés. Ahora la proscripción alcanza a organizaciones concernientes tanto al terrorismo internacional como al “terrorismo doméstico” (Sec.3). La facultad de decretar la proscripción, e incrementar las “listas” de organizaciones proscritas, así como la de excluirlas de las mismas, se le entrega al Secretario de Estado (Secs. 3, 4-6).

Conjugando la definición de terrorismo (P.I) - que amplía el ámbito de punibilidad hacia otras conductas, no propiamente terroristas- con la posibilidad del Ejecutivo de proscribir o desproscribir organizaciones con un amplio margen de discrecionalidad (P.II), en nuestra opinión, cabría concluir que podrían llegar a ser incluidas en estas “listas”, organizaciones que mas bien dicen relación con la desobediencia civil que con el terrorismo, así por ejemplo, aquellas que realizan acciones de sabotaje contra cultivos transgénicos¹⁵³.

La *Parte III (Terrorist Property)* se corresponde con la Parte III de PTA (“Financial assistance for terrorism”). La TA cambia el nombre de “financial assistance” por “terrorism property”, a objeto de dejar en claro que la incriminación penal se dirige no solo a los delitos relativos a la financiación o contribución con actividades terroristas, sino a cualquier otro delito contra la propiedad en relación con las mismas. Así, se consideran delitos el uso, posesión y fundación (fundraising) de capitales para financiar a una organización proscrita (Sec.14-17), el “lavado de dinero” (money laundering) aplicable también a otros delitos contra la propiedad (Sec.18). Cualquier forma de contribución a la actividad terrorista está penada, no solo la facilitación de recursos para fabricación de bombas, compra de armamento, sino asimismo cualquier otra que no diga relación con hechos de violencia, p.ej. el pago de alquileres de lugares donde residan terroristas.

Se introducen nuevos poderes para la policía, funcionarios de aduana e inmigración para realizar confiscaciones de dinero en relación con la actividad terrorista (Secs. 24-31). El procedimiento para la aprehensión, detención y decomiso de dinero relacionado con actividades terroristas se basa en la *Drug Trafficking Act 1994*, lo que significa asimilar el terrorismo con la criminalidad organizada (en concreto tráfico de drogas) a efectos de su tratamiento jurídico.

En este mismo lineamiento se establece el deber de revelar información, a bancos y otros empleos (“bussinesses) en el curso de su actividad profesional, sobre cualquier sospecha posible que tuvieren acerca de personas que se dediquen al lavado de dinero terrorista (laundering terrorist money), o de estarse cometiendo cualesquiera otro de los delitos terroristas contra la propiedad (terrorist property offences) regulados en las secc. 15-18. Se permite además, el revelar esta información, de manera directa a la policía, sin necesidad de restricciones legales (Sec.19). Si bien es cierto esta norma parece haber sido concebida en relación al blanqueo de capitales, una de las formas en que el legislador considera que se financia el terrorismo, ella parece extenderse a otras áreas como el derecho a la información. Así por ejemplo, los periodistas tendrían el deber de informar a la policía sobre cualquier dato que obtuvieren en el curso de su actividad profesional, lo que significa una merma a derechos tales como el secreto profesional y la confidencialidad de las fuentes de información.

La *Parte IV (Terrorist Investigations)* reglamenta la facultad policial para acordonar determinadas áreas en el curso de una investigación por delito de terrorismo (Secs.33-36). La

¹⁵³ A nuestro entender podrían caer dentro del radio de acción de la ley: ecologistas de Earth First, el Frente de Liberación Animal (FLA) y Reclaim the Streets, todos los cuales han sido atacados por la prensa británica por sus continuas “campañas contra la propiedad”.

Parte V (Counter-Terrorist Powers) se regula, de manera general, los poderes de la policía para proceder al arresto, registro y control de vehículos y otros medios de transporte (Secs.41-53), con disposiciones similares a las contenidas en la PTA. Tales facultades se encuentran detalladas en última parte de la TA. La *Parte VI (Miscellaneous)* tipifica otros delitos relacionados con el terrorismo y cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo el Reino Unido: **a)** Porte ilegal de armamento, entendiéndose por tales a las armas químicas, biológicas, nucleares, de fuego y explosivos (Secs. 54-55). La disposición es similar a la contenida en la sec.34 de la NIA; **b)** Incitación al terrorismo (secs. 59-61), conducta que comprendería: la conspiración en el Reino Unido para cometer actos criminales en el extranjero; la incitación individual (por una persona) en Reino Unido para que se cometan actos de terrorismo en el exterior¹⁵⁴; **c)** Ejercer funciones de dirección en una organización terrorista (Sec. 56). En virtud del campo de aplicación de esta parte VI a todo el Reino Unido, se entiende que no se restringe solo a las organizaciones proscritas irlandesas.

La Parte VII (Northern Ireland) contiene medidas temporales aplicables solo a Irlanda del Norte. Se establece un catálogo de delitos (Scheduled offences) sujetos a un tratamiento especial, por tratarse de delitos de terrorismo o bien de delitos relacionados con la situación de Irlanda del Norte. Se entrega al Ejecutivo cierta discrecionalidad para aumentar la lista de tales delitos, en ciertos casos (Sec.65)¹⁵⁵. Se regula el procedimiento de excarcelación ante la Magistrate's Court, admitiéndose (a diferencia de la anterior ley) que el Procurador ya no se base tan solo en los cargos que han sido preparados exclusivamente por el depto. de policía, sino que interroge al preso preventivo¹⁵⁶. No obstante, la Corte tiene la facultad de negarse a tal interrogatorio basada en razones de conveniencia para la investigación (Secc.66). Las normas de procedimiento se regulan en las secc. 74-77.

Las facultades de arresto y captura de personas son lo suficientemente amplias como para entregárselas no solo a la policía sino también a cualquier miembro de las Fuerzas Armadas (Secc.82-83). Tales autoridades tienen el *poder general* de arrestar a una persona, sin orden judicial, y bajo "sospecha razonable" de haber cometido un acto de terrorismo o cualesquiera otro de los enumerados en las scheduled offences. La calificación de "razonabilidad" de la sospecha queda, por supuesto, bajo el criterio de la propia autoridad policial). Se faculta también a la policía y a los soldados para: a) "detener ilegalmente" (Unlawfully detained persons) bajo ciertas circunstancias, b) efectuar registros y controles sin necesidad de orden judicial, teniendo el "sospechoso" la obligación de dar una explicación razonable sobre todo el material incautado en dichos registros (secc. 86-88); c) requerir e interrogar a cualquier persona sobre su identificación y su actividad (Sec.89), d) entrar, tomar posesión de un vuelo y clausurar calles (acordonar) (Sec. 90-93).

Por último, los delitos enumerados son básicamente los mismos ya descritos, añadiéndose el de "poseer información" acerca de determinadas personas, por tratarse de posibles "blancos" terroristas, o sobre los cuales se esté preparando la comisión de un delito de terrorismo (Sec. 103). Esta información incluiría documentos escritos, grabaciones y fotografías. Cabe la duda de si tal ilícito podría aplicarse en el caso de los periodistas, lo que a primera vista parece perfectamente posible, especialmente si consideramos el deber de informar a que se refieren las secciones 15-18.

¹⁵⁴ La incitación referida específicamente a actos comúnmente asociados con el terrorismo, tales como la toma de rehenes y la piratería aérea, es también provechosa en virtud de la jurisdicción extraterritorial establecida sobre tales delitos en la variada legislación internacional. Estas provisiones completarán la disposición in comento. *Explanatory notes... cit.*

¹⁵⁵ Tanto al Procurador General (Attorney General) como al Secretario de Estado. *Explanatory Notes...*

¹⁵⁶ Este procedimiento había sido introducido en 1975 por el Gardiner Report, como respuesta al problema generado entre muchos defensores en relación al no reconocimiento del sistema de la Corte, por dejar al acusado en la indefensión. Véase LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.60, y *Explanatory Notes...cit.*

1.a.4. Derecho Penal Premial: El Testigo de la Corona.

Una institución vigente en los sistemas anglosajones, de la cual Gran Bretaña, por supuesto no se excluye, es la que tiende a beneficiar aquel sujeto que colabora con la justicia a cambio de un beneficio que se mueve, o bien en el marco de la reacción penal: exclusión o atenuación de la pena, o bien en el marco penitenciario: concesión de beneficios. Esta institución se ha convertido en una especie de paradigma para todas las legislaciones europeas extendiéndose a las latinoamericanas, según veremos.

Este tipo de instituciones se han constituido en un mecanismo eficaz en torno a la lucha contra el IRA, recurriéndose a los llamados “terroristas convertidos” para superar las insuficiencias en los métodos tradicionales de investigación judicial, siendo éste el argumento que se emplea comúnmente para encontrar justificación a lo que propiamente puede llamarse una delación compensada. Se ha señalado incluso que su uso jurisprudencial se impuso para dar una cobertura de legalidad a un sistema que desde antaño venía siendo utilizado por la policía norirlandesa, y que consistía sencillamente en la obtención de confesión bajo tortura¹⁵⁷. La aplicación de los beneficios y la graduación de los mismos depende de la calidad procesal del sujeto que colabora en la obtención de pruebas decisivas para la inculpación de otros responsables del delito, facilitando su identificación o captura. Se distingue así entre: a) El testimonio prestado por quien tiene la condición de acusado, y b) el testimonio de quien o bien ha perdido esa condición o jamás la ha tenido.

En el primer caso, cuando el sujeto tiene la condición de acusado y decide colaborar, el beneficio se traduce, en la práctica, en el no ofrecimiento de pruebas por parte del órgano de la acusación, lo que evidentemente conduce a la absolución del sujeto que, a partir de ese momento está en condiciones de prestar su testimonio. Junto a ello existe la posibilidad de que, a cambio de una sentencia favorable, el sujeto preste testimonio declarando no solo su propia responsabilidad, sino también la de otros¹⁵⁸.

En el segundo caso, esto es, cuando el sujeto carece de la condición de acusado y presta su testimonio colaborando con la justicia, la práctica consiste en impedir que el procedimiento se dirija contra él, sea mediante una interrupción del procedimiento, al que pone fin el Attorney General, o mediante la concesión de la inmunidad. Es aquí donde puede encuadrarse con mayor propiedad la figura del Testigo de la Corona¹⁵⁹ ya que se trata de un sujeto contra el cual aún no se ha deducido una acusación, y por tanto, en principio, le asistiría con mayor énfasis (en comparación con el acusado), la presunción de inocencia.

Paradójicamente, es la inmunidad, el beneficio que constituye el mayor aliciente para prestar el testimonio, y es la vía que con mayor frecuencia se utiliza en Gran Bretaña en su lucha contra el IRA. Paradójicamente, carece ella de una regulación legal específica. En opinión de CUERDA ARNAU¹⁶⁰, el Testigo de la Corona se yergue sobre la base de una colaboración de carácter coactivo, ya que ella es prestada como consecuencia de la orden de un órgano jurisdiccional emitida a petición de los órganos superiores de la acusación, “para obligar a testificar contra otros al partícipe que se niega a hacerlo”, ya que sus declaraciones pueden servir para incriminarlo también a él mismo. En virtud de esa orden, el sujeto se ve obligado a prestar su testimonio ya que de lo contrario no obtiene la inmunidad.

Las críticas que pueden efectuarse a este sistema son las que se esgrimen para todas aquellas instituciones en las que, a cambio de “colaboración” existe un “premio” por parte de la

¹⁵⁷ CUERDA ARNAU, Ma. Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Min. de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p. 151.

¹⁵⁸ CUERDA ARNAU, 1995, pp. 153-155.

¹⁵⁹ En esta opinión, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 148 y 156.

¹⁶⁰ CUERDA ARNAU, 1995, p. 157.

Justicia: El riesgo de falseamiento a la verdad procesal, puesto que el sujeto en desventaja frente a la autoridad no trepida en declarar lo que sea necesario a cambio del beneficio, la “legalización” de una práctica inmoral consistente en la traición y la delación, etc¹⁶¹. No obstante, lo que más llama la atención en esta institución específica del Testigo de la Corona es la ausencia de un control real sobre esta facultad que se reconoce a la autoridad llamada a proseguir el proceso¹⁶².

1.b.- ALEMANIA.

El recrudecimiento de la violencia política en Alemania a partir de 1968 producto del accionar de la RAF, determinó la dictación de una legislación cuya característica fue el otorgar al Estado un mayor poder punitivo para defenderse de la supuestamente peligrosa avanzada de los movimientos estudiantiles de izquierda. A ello obedecieron las dos grandes enmiendas a la Ley Fundamental de Bonn, de 18 y 24 de junio de 1968, por las cuales se regula el “Estado de Defensa” y se restringen derechos fundamentales¹⁶³. De allí en adelante se iniciaron una serie de reformas cuyo efecto ha sido la perpetuación de una legislación de emergencia, al interior del ordenamiento jurídico ordinario, y que ha afectado- además del derecho penal sustancial y procesal - al derecho constitucional y derecho administrativo con las “Leyes de Seguridad”¹⁶⁴.

1.b.1.- Derecho penal sustancial.

i.- Para prevenir la comisión de actos terroristas se establecieron una serie de medidas que modificaron el Código Penal (StGB), promulgándose, a estos efectos, una serie de leyes especiales. La primera reforma la introdujo la Ley de 12-12-1971, procediendo a cubrir ciertos vacíos legales que se observaron en el StGB, en relación a los frecuentes atentados aéreos y secuestro que se estaba produciendo. Se modifica el delito de “ataque contra el tráfico aéreo”, y se introducen nuevos tipos penales: “secuestro extorsionado” y “toma de rehenes”¹⁶⁵.

Característica de esta legislación es el adelantamiento de las barreras de protección penal, y cuya manifestación mas patente es el castigo de conductas que pueden calificarse como constitutivas de apología del terrorismo. La Ley de 23-11-1973 introdujo el §131 StGB, que vino a castigar la divulgación de escritos, reproducciones gráficas u otro tipo de representaciones que “describan de manera cruel actos de violencia contra seres humanos”. La Ley de 22-4-1976, llamada *Lex Baader-Meinhof*, la primera con cambios y reformas antiterroristas, tipificó la “recomendación inconstitucional para actos criminales”(§88 StGB)¹⁶⁶, la “instrucción o enseñanza para la ejecución de delitos” (§130a StGB). Eleva a la categoría de delito propio la “exhortación infructuosa a actos criminales” (§111StGB) y amplía el ámbito de punibilidad de la figura de “aprobación o premio de delitos” (§140 StGB), siendo en estos tipos penales donde pueden encuadrarse conductas tales como la divulgación de instructivos para la

¹⁶¹ A este respecto nos remitimos a lo ya señalado. Supra Cap.III. Con mayor detalle, infra Cap.VII.

¹⁶² Ampliamente, CUERDA ARNAU, 1995, pp.159 y ss.

¹⁶³ La 17 enmienda de la Ley Fundamental, toca, entre otros, los siguientes artículos: El art. 115^a-1 faculta al Bundestag para declarar “el Estado de defensa ante el ‘ataque armado o cuando él sea inminente’. El art. 10 restringe el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en aras a la ‘protección del orden básico democrático libre’, lo que ha suscitado problemas de constitucionalidad. Esto debe complementarse con el art. 5 de la Ley Fundamental, por el cual se puede limitar el derecho a la libertad de expresión bajo el principio de la “lealtad a la Constitución”. El art. 9 prohíbe la libertad de asociación para aquellas cuyos fines o actividades entren en conflicto con las leyes penales o con el orden constitucional. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.64-65.

¹⁶⁴ Sobre estas últimas, KAI AMBOS, 1989, pp.41 y ss.

¹⁶⁵ Por la 11^a Ley modificatoria del StGB de 16-12-1971, se extiende el delito de “ataque contra el tráfico aéreo” (§316C StGB) a acciones de preparación (§316c III). La 12^a Ley modificatoria del StGB de 16-12-1971 crea los delitos de rapto extorsivo de personas y la toma de rehenes. KAI AMBOS, 1989, p.43.

¹⁶⁶ En concreto, se castiga a quien mediante la divulgación de escritos, o en forma oral, públicamente o en una reunión, se pronuncie a favor de delitos graves y que perturben la paz pública, promoviendo con ello la disposición a la comisión de tales acciones.

fabricación de armamento casero y explosivos. Además, esta ley complementa la “amenaza de ejecutar delitos” (§241) con la tipificación la “amenaza no proferida en serio, de ejecutar una acto delictivo” o “falsa amenaza” (§241 II StGB), y con “la perturbación del orden público con amenazas de actos criminales” (§126 StGB). Otras figuras son la “simulación de un acto punible” (§ 145d StGB) para proteger a las autoridades estatales encargadas de la ejecución penal¹⁶⁷.

ii.- Mas importante son las Leyes especiales de 18-8-1976, y de 31-10-1976, *Anti Terror Gesetz (ATG)*, vigentes en gran parte. La *ATG 1976* fue la primera ley antiterrorista, y vino a incorporar los delitos de terrorismo al StGB, con una tipificación que atiende especialmente a un elemento subjetivo relativo a la finalidad terrorista. De entre ellos destaca la introducción del delito de “asociación terrorista”, castigándose la fundación, la participación, el apoyo y la propaganda a tal asociación. El delito de asociación terrorista sirve, a su vez, como referencia a otros delitos, y a modificaciones en el derecho procesal. El §129a StGB, introducido por la *ATG 1976* y reformado por la *ATG 1986*, lo intitula “constitución de asociaciones terroristas”, castigando a “quien fundare una asociación cuya finalidad o actividad vaya dirigida a cometer: asesinatos, homicidios o genocidio (§§211,212,220^o), delitos contra la libertad personal en los casos del secuestro extorsionado o toma de rehenes (§§239a, 239 b), actos delictivos según §305 o actos delictivos de peligro común (Secc. 27 StGB) que se refieren a incendios, provocación de explosiones nucleares, inundación, delitos de intervención peligrosa en el transporte ferroviario, naval y aéreo (§315), y de perturbación de funcionamiento público (§316b).

Por la *ATG 1976* se tipifican también como delitos conductas omisivas, como la infracción al deber de denunciar actos delictivos futuros (§138), deber que se encuentra circunscrito exclusivamente a delitos graves que la ley enumera taxativamente, cuando ellos hubieren sido planificados por una asociación terrorista, y se excluye del mismo a abogados, médicos y parientes¹⁶⁸. La *ATG 1986* reinserta el delito-tipo de “instrucción a delitos punibles” (§130 a), Se amplía el ámbito de punibilidad de la “recompensa y aprobación de actos criminales” (§140) a la “perturbación de instalaciones de telecomunicaciones” (§317) y “daño a instalaciones importantes” (§318). Y crea el “delito de “destrucción de medios importantes” (§305 a).

iii.- En cuanto a la penalidad, las *ATG* se caracterizan por un aumento considerable de las sanciones, particularmente en los delitos de peligro común, secuestro, homicidio, genocidio. En el caso de la asociación terrorista la pena depende del grado de participación al interior de la misma. A los fundadores y miembros de la asociación, la pena es la de prisión entre uno y diez años. Si el autor pertenece al “grupo de los cabecillas”, la pena es prisión no menor de tres años. A los que apoyen o hicieren propaganda, la pena es de prisión de seis meses a cinco años. Sin perjuicio de la pena de prisión, cuando esta fuere superior a seis meses, puede imponerse la de inhabilitación para ocupar cargos públicos y la privación de la obtención de derechos que deriven de elecciones públicas. Cabe destacar que, siguiendo la tendencia de las legislaciones europeas, el StGB establece como límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, 15 años de prisión, argumentándose que tal tiempo es suficientes para una intimidación eficaz.

1.b.2. Derecho procesal.

Las características generales del tratamiento procesal se traducen en una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales tales como el derecho a defensa, el aumento de las facultades del fiscal, limitaciones en materia de recursos y prueba, aceleración de los procesos sobre la base de ampliaciones de competencia, medidas especiales en materia de

¹⁶⁷ KAI AMBOS, 1989, p.43.

¹⁶⁸Tales son : secuestro extorsionado (§239a), toma de rehenes (§239b), ataque contra el tráfico aéreo (§316c), planificados por una asociación terrorista (§139 III N°3).

detención, incomunicación, prisión preventiva, y vigilancia estricta

i.- El derecho a defensa comienza a ser restringido a partir del encarcelamiento de miembros de la RAF¹⁶⁹. Por la *ley de 12-12-1974*, el derecho a defensa para dar declaraciones en cualquier fase del procedimiento fue limitado (supresión del §257a), y se eliminó la posibilidad al imputado de dar declaración con respecto a la imputación antes de la presentación de la demanda (§§169b, 169 c). La *ley de 20-12-1974*, limitó el número de defensores opcionales a tres, prohibió la defensa de varios acusados por un defensor, a fin de evitar la “defensa en masa”¹⁷⁰, y contempló la posibilidad de la *exclusión del abogado defensor*. Tal medida procede cuando existe en contra del profesional una sospecha grave, que permita su procesamiento en calidad de partícipe de los actos delictivos de su defendido o por haber realizado un uso indebido de su comunicación con él, o cuando esta comunicación pueda hacer peligrar considerablemente la seguridad del establecimiento carcelario. Mas tarde, y por Ley de 14-4-1978 (“Ley de redadas”) se facilitó la exclusión del defensor en procedimientos del §129^a (asociación terrorista). La *ATG 1976* estableció la censura de la comunicación entre defensor e inculcado en casos de delitos del §129a (asociación terrorista).

En 1977 mediante la llamada *Ley de interrupción de contacto*, de 30 de septiembre, el derecho a defensa queda prácticamente suprimido, se impide al detenido proponer su propio defensor y además, se autorizó a la autoridad administrativa la posibilidad de prohibir toda comunicación, incluso oral, entre el abogado y su defendido detenido, miembro de un grupo terrorista, siempre que se tuviera la sospecha de que de tal comunicación pudiera derivarse un peligro para la vida o libertad de las personas¹⁷¹. La ley de 4-12-1985 permitió la adscripción de un abogado como “persona de contacto” impuesto por la autoridad, terminando así con el aislamiento total de los detenidos.

ii. El aumento de las facultades al fiscal se produce con la Ley de 12-12-1974, por la cual el acusado puede ser obligado a comparecer ante el fiscal, éste tiene competencia durante el sumario para elegir a testigos y peritos y obligarlos a declarar, leer documentos de una persona registrada y abrir las cartas confiscadas, y sobreeser el procedimiento en caso de delitos de menores imponiendo instrucciones al acusado. Por la ley de 5-10-1978 el fiscal obtiene el derecho a omitir la persecución de delitos penales menores¹⁷². Por esta misma ley se limitaron ciertas garantías procesales tratándose de la substanciación de un proceso por delitos de terrorismo, a objeto de darle celeridad: la recusación inmediata del juez fue prohibida durante el plenario, se restringe el derecho de la defensa a presentar pruebas, especialmente interrogatorio de testigos y peritos, otorgando al juez la discrecionalidad para aceptarlas o rechazarlas. Se restringen asimismo el derecho a presentar recursos¹⁷³ y se limita la admisibilidad de la queja contra el nombramiento de la Corte Federal solamente cuando la materia objeto de la decisión sea la detención, la confiscación, el allanamiento o la exclusión de un defensor.

¹⁶⁹ Los abogados defensores de los mismos fueron objeto de seguimientos y de una investigación severa, por parte de la autoridad, llegándose al extremo de negarles su labor de abogados. Se les prohibió toda comunicación con los detenidos, bajo el supuesto de que ellos habían tenido algún tipo de vinculación con los delitos de terrorismo que debían defender ante la justicia. Esta situación, antiética, extraordinaria y gravemente atentatoria contra el derecho, con medidas no reconocidas por la ley, fueron refrendadas por la Corte Suprema en resoluciones judiciales. Con posterioridad se dictó una ley específica que facultó a los jueces para limitar los derechos de los acusados y de sus abogados en relación a la defensa. LÓPEZ GARRIDO, 1987, pp.67-68.

¹⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.68.

¹⁷¹ Esta ley vino a legalizar una situación que en la praxis se venía produciendo a raíz del secuestro de Schleyer, y que había determinado el aislamiento total de los prisioneros acusados de pertenecer a asociaciones terroristas. Esto motivó acciones legales ante el TS y el TC, que culminaron con la presentación, por parte de este último, ante el Bundestag, de la ley de interrupción de contactos. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp.69-70.

¹⁷² KAI AMBOS, 1989, p. 45 y 47.

¹⁷³ Cabe destacar que por la ley de 12 de diciembre de 1974 se había extendido la posibilidad de las Cortes de rechazar los recursos de apelación y revisión, a los casos en que el acusado no se presentase sin excusa.

iii.- En cuanto a la competencia y el procedimiento, por las leyes de 12-12-1974 y 5-10-1978 produjeron el efecto de acelerar el procedimiento: se elimina la etapa anterior a la acusación fiscal (preinvestigación a la audiencia final ante el fiscal), se entregan, como se ha señalado, mayores atribuciones a la fiscalía. Ello permitía la rápida dictación de la sentencia. Por la ATG 1976 se crea la competencia primaria del Fiscal Federal y de la Corte Superior Regional para conocer de los procesos por asociación terrorista, lo que a su vez permite concentrar los procesos por tales delitos en muy pocos tribunales. La ATG 1986 expande aún más la competencia para estas autoridades en los casos del §129 a (§ 120 II GVG).

iv.- En materia de detención y prisión preventiva, por la ATG 1976, se ampliaron las prerrogativas de la policía para el arresto y detención, requiriendo solo de "sospechas urgentes" en el caso de estar implicados miembros de una asociación terrorista. La prisión preventiva es también hecha posible sin motivo de detención en caso de "sospecha fundada" (§112 III) de actividad de una asociación terrorista¹⁷⁴. La ley de 14-4-1978 (Ley de redadas), otorga nuevas facultades a la policía, que le permiten efectuar registros de viviendas y edificios, así como para realizar confiscaciones, cuando esté en curso una investigación por actos terroristas. No solo el Juez sino también el fiscal pueden decretar este tipo de allanamientos, limitándose la facultad del Fiscal cuando exista a su juicio un peligro o una necesidad inmediata. Establece "puestos de control en calles y plazas" y "detenciones provisionales", y se contempla una medida análoga al Decreto Moro italiano de 21-3-1978 por la que se autoriza al Ministerio Fiscal y a los funcionarios de Policía para proceder a la identificación de sospechosos de participar en actos terroristas.

Otra medida aplicable es la intervención en las comunicaciones, que a partir de la ley de 12-12-1974 (§100 a) se extiende a las comunicaciones telefónicas. Para su procedencia es preciso que se trate de casos graves enumerados taxativamente en la ley, tales como la toma de rehenes, sospecha de pertenecer una persona a una organización terrorista y algunos delitos relacionados con la Ley de Control de Armas.

1.b.3.- Derecho penitenciario.

La restricción de garantías fundamentales es una característica del régimen penitenciario, destacándose a estos efectos la medida de intervención en las comunicaciones. Hay que tener presente que la correspondencia de un preso por delitos de terrorismo siempre puede ser censurada sobre la base de las normas contenidas en el Código de Procedimiento penal (§§ 148 II, 148 a) y en la Ley del Régimen Penitenciario (§29 I). Esta situación se agrava a partir de la Ley de interrupción de contactos (30-9-1977), mediante la cual se autorizó a suspender totalmente el derecho de los reclusos a mantener contacto entre sí y con el mundo exterior, así como también el derecho a la libre comunicación con su abogado defensor. Se trata de una verdadera incomunicación cuyo plazo incomunicación es de treinta días prorrogable por iguales períodos. En cuanto a las razones que motivan su adopción, nos remitimos a lo señalado antes en relación a la limitación al derecho a defensa. La medida puede aplicarse a los condenados por sentencia ejecutoriada por delitos del §129 StGB, o a aquellos contra los cuales exista una orden de arresto por sospecha de haber perpetrado cualesquiera de tales conducta. Lo mismo se aplica tratándose de aquellas personas condenadas por otra clase de delito, o contra las cuales exista sospecha fundada de que haber cometido el delito en cuestión en relación con otro delito de naturaleza terrorista. Esta interrupción del contacto ha de limitarse tan solo a lo necesario para evitar el peligro y no puede abarcar a la población penal en su conjunto sino tan solo a una parte de ella.

1.b.4. Atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

La figura del "terrorista arrepentido" aparece en la legislación alemana a partir de la

¹⁷⁴ KAI AMBOS, 1989, p. 46.

tipificación de las asociaciones terroristas (§129 a), subyaciendo en el legislador alemán la idea de introducir un símil del “testigo de la corona”¹⁷⁵. El §129a V establece la posibilidad de prescindir de la condena, o de atenuarla, en su caso. Tal posibilidad estaba prevista en el §129 VI StGB para todo tipo de asociaciones criminales, y su naturaleza jurídica asemeja más a lo que se conoce como “desistimiento”¹⁷⁶. La regla especial prevista para los casos de asociación terrorista contempla dos hipótesis: a) el esfuerzo serio y voluntario del sujeto por impedir la continuación de la asociación, y b) este mismo esfuerzo destinado a impedir la comisión de un hecho de los que constituyen el objetivo de la organización. En ambos casos el Tribunal está facultado para prescindir de la condena, o atenuarla, según su criterio. No es imprescindible que se consigan los objetivos planteados. Basta con el esfuerzo serio y voluntario por parte del sujeto.

Por la ley de 9 de junio de 1989, modificada después por la ley de 16 de febrero de 1993 para prorrogar su vigencia, originalmente limitada hasta el 31-12-1991, se otorga finalmente una “gran regla del testigo de la corona” para los delitos de terrorismo¹⁷⁷. Sus efectos no se limitaron al delito de asociación terrorista y los supuestos del §129 a, sino que se extendía a los conexos con éste, salvo el de genocidio (§220 a). En lo substancial el art. 4 señala que habrá beneficio para los autores o cómplices de un delito del §129 a o un delito relacionado que revelen información apta sobre ciertos hechos que sirvan- alternativamente- para evitar la comisión del delito, para permitir el esclarecimiento de tal tipo de hechos, o para permitir la captura de un autor o cómplice de tal delito.

Los beneficios consisten en: a) omitir la persecución penal, por parte del fiscal, de acuerdo con el juez instructor, si la significancia de lo que el autor o cómplice haya revelado, lo justifique, tomando en cuenta la gravedad de su delito (art.4, §1).; b) archivar el proceso una vez que ha tenido lugar el ejercicio de la acción (art.4,§2), y c) prescindir de la pena o atenuarla, a discreción del tribunal (art.4,§2). En los casos de los delitos de asesinato (§211 StGB) y homicidio (§212 StGB), no puede aplicarse el prescindir de perseguir penalmente, ni eximir de pena, pero no se excluye la atenuación.

La doctrina ha criticado esta normativa señalando que ella afecta al principio de legalidad procesal y de igualdad en la persecución penal¹⁷⁸, ya que suponen, de un lado, la vulneración de los derechos del imputado cuando es éste el que asume el papel de “arrepentido”, y de otro lado, las consecuencias que puede acarrear para el sujeto acusado por el “testigo de la corona”. En cuanto a los derechos del imputado, se señala que contraviene el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. En cuanto al sujeto “acusado” por el “testigo de la corona”, se reclama la eventual falta de veracidad de las declaraciones de este último, en términos tales de falsear la verdad procesal. En lo demás nos remitimos a las críticas que se han vertido y se verterán en otros lugares de esta investigación¹⁷⁹.

1.c. ITALIA.

Italia se ha caracterizado por una profusa legislación en materia de terrorismo. Desde 1970 se han dictado una serie de leyes que han sido objeto de constantes reformas ocasionándose graves problemas de sistematización. Su característica principal estriba en la utilización del derecho como poderosos instrumento de política criminal para reprimir actos de violencia política. La dinámica del terrorismo en este país constituye un modelo de doble evolución¹⁸⁰. En sus inicios, el terrorismo se particulariza por un fuerte componente ideológico.

¹⁷⁵ Antes había sido propuesto en las ATG 1976 y 1986, pero no fueron aprobadas por “dudas jurídico estatales”. KAI AMBOS, 1989, pp.50-51.

¹⁷⁶ En esta opinión la doctrina mayoritaria. Por todos, CUERDA ARNAU, 1995, pp.237 y ss.

¹⁷⁷ Ampliamente CUERDA ARNAU, 1995, pp.241 y ss.

¹⁷⁸ Por todos, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 248 y ss.

¹⁷⁹ Infra Cap. III y supra en este mismo Cap IV en relación a otras legislaciones, y Cap. VII.

¹⁸⁰ LEGAULT, Albert. “*La dynamique du terrorisme: le cas des Brigades Rouges*”, *Études Internationales*, Vol.

En la etapa final, el componente ideológico se concentra casi exclusivamente en la “ideología de la violencia”. Este tipo de ideología contribuyó a la creación de un proceso en el cual los movimientos y organizaciones catalogados como terroristas van siendo marginalizados y percibidos socialmente como criminales.

1.c.1. Ley de Bases de 1974

A principios de la década de los setenta se inicia un proceso creador de un nuevo modelo jurídico garantista, cuya finalidad fue la ampliación de los espacios de la defensa en el proceso penal y los derechos de presunción de inocencia y de libertad personal del acusado. A esto responde la *Ley de Bases de 1974*, por la cual se aprobó un nuevo Código de Procedimiento Penal articulador de un sistema acusatorio y que consolidó la protección de los derechos individuales. En materia de terrorismo ocurrió algo distinto. A pesar de que en su última etapa, el terrorismo se encontraba aislado socialmente, el ordenamiento jurídico en lugar de alinearse con una tendencia garantista, experimentó una fuerte transformación con marcado sentido coactivo¹⁸¹. Apenas a un año de haberse dictado el CPP garantista, se aprueba, en 1975, un régimen de prisiones que introduce cambios radicales en las normas disciplinarias, amplía la esfera de influencia del poder judicial y su capacidad protectora, e introduce medidas alternativas al encarcelamiento.

La Ley de Bases procesal penal de 1974, se vio detenida abruptamente por los acontecimientos políticos y sociales¹⁸², y se opta por la creación desmesurada de un andamiaje legislativo de emergencia cuyas leyes de excepción demostraron una excesiva rigidez y un carácter contrarreformista. La primera fase de la legislación de emergencia en Italia (1974-1978) no ataca directamente al terrorismo, ni siquiera a la criminalidad organizada. Su orientación va mas bien hacia la delincuencia común y su filosofía básica consiste en el incremento de los poderes de la policía.

1.c.2. Base del sistema italiano: Ley Reale de 1975.

i.- La *Ley Reale*, (Nº152) de 22 de mayo de 1975¹⁸³ vino a completar la Ley de Bases de 1974, incrementando las facultades especiales que se concedían al juez e instaurando nuevas medidas en materia de policía. La adopción de esta ley, no lleva por azar el título de “Ley para salvaguardia del orden público”. Ella marca el comienzo oficial de la intensa producción legislativa (más de 15 intervenciones normativas en las Leyes, Decretos –Leyes, Decretos Ministeriales en menos de diez años) que cambia la fisonomía penal en sentido amplio. Este proceso de verdadera contrarreforma vino a consolidar un camino opuesto al que pretendía la Ley de Bases y se orienta hacia un vaciamiento de las garantías constitucionales¹⁸⁴.

Se trata de una ley especial que complementa disposiciones transitorias de la Constitución, modifica algunos artículos del CPP, y se caracteriza por dirigirse en primer

XIV, nº4, Diciembre 1983, pp. 640-661 (en español, pp. 660 y ss.)

¹⁸¹ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 71 y ss.

¹⁸² No olvidemos que los años 1974-1975 representan una época de grandes contradicciones políticas y sociales, en ellos comienza la fuerte crisis económica occidental, y en Italia se produce un incremento de los índices de delincuencia que se encuentran con un fuerte aparato procesal, y por otra parte, el terrorismo entra en una etapa de acción con un componente mas activo que ideológico. Por ello es que se advierten síntomas evidentes de un cambio de atmósfera hacia una normativa en “clave de restauración”. GREVI, Vittorio. *Sistema Penale e leggi dell'emergenza: la riposta legislativa al terrorismo*, Il Mulino, 1983, p. 701.

¹⁸³ Aprobada por referéndum abrogativo de 12 de junio de 1978

¹⁸⁴ En el análisis que sigue respecto de la Ley Reale, nos hemos guiado por los siguientes artículos: BARATTA, A. “*Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia*”, en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Bereziaik Europan)*, Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, 1985 a), BARATTA, A. - SILBERNAIG, M. “*La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal*”, en *DP*, año 8, 1985, pp.559-595

término contra el terrorismo "negro". Así, en lo que al establecimiento de tipos penales se refiere modifica la redacción de determinadas disposiciones de la ley que prohíbe la reorganización del partido fascista (1952). Se definen en su art. 1º las acciones que suponen tal reorganización lo que ocurre cuando una asociación, un movimiento o grupo de personas no inferior a cinco persigue finalidades antidemocráticas exaltando, amenazando o usando la violencia como método de lucha política o propugnando la suspensión de libertades garantizadas por la Constitución o denigrando la democracia, sus instituciones y los valores de la Resistencia, o realizando propaganda racista, o bien dirigiendo su actividad a la exaltación de exponentes, principios, hechos y métodos propios del mencionado partido o realicen manifestaciones exteriores de carácter fascista. La penalidad varía dependiendo de dos factores, por una parte, el grado de participación en estas asociaciones, siendo mas elevada en el caso de los jefes o cabecillas, y por la otra el carácter militar o paramilitar (disponibilidad de medios destructivos) que eventualmente puede asumir la asociación, doblándose la sanción en tal caso. Se sanciona también la apología del terrorismo, disponiéndose un agravamiento específico de las penas cuando tal acto se cometiere a través de la prensa (art. 2º) y se tipifica expresamente la realización de "manifestaciones fascistas" (art. 5º). El elemento común a estos tipos penales es de carácter subjetivo y claramente ideológico, es decir, no basta con perseguir un cambio político por medio de la instauración del terror, sino que además debe perseguir, construir o promover los principios y estructuras fascistas.

La introducción de este elemento subjetivo hace que el tratamiento jurídico del terrorismo quede incompleto, produciéndose algunos vacíos que son salvados mediante alusiones que hace la *Ley Reale* a figuras tipificadas en el Código Penal, cuya penalidad y tratamiento procesal se agravan cuando tengan como finalidad "subvertir el orden del Estado". Este concepto que introduce la *Ley Reale* (art. 18) tiene un carácter amplio, ya que se extiende "a quienes actuando en grupo o aisladamente", realicen actos preparatorios, "objetivamente relevantes", dirigidos a subvertir el ordenamiento del Estado, a través de la comisión de determinados delitos contenidos en el Código Penal, y "a quienes hayan formado parte de asociaciones políticas disueltas por la autoridad y en relación a las cuales, deba considerarse, por su comportamiento ulterior, que siguen desarrollando una actividad análoga a la precedente", todo lo cual se encontraba previsto en la *Ley Reale* de 31-5-1965.

Los actos preparatorios, en cuanto forma adelantada de punibilidad, exige un elemento objetivo: el acto delictivo ha de ser relevante, apto para subvertir el ordenamiento o reorganizar el partido fascista o alguna entidad política disuelta. Una interpretación ligera conduciría a pensar que esta disposición no podría aplicarse a cualquier tipo de delincuencia sino tan solo al terrorismo, sea "negro" o "rojo", pero lo cierto es que basándonos en la amplitud del elemento subjetivo finalístico estrechamente conectado con elemento el objetivo y principalmente por la retroactividad del vocablo "hayan formado parte de organizaciones disueltas" puede aplicarse también a otro tipo de actuaciones que revistan el carácter de disidencia política.

Se sanciona, además, la colaboración para con organizaciones terroristas especialmente el financiamiento a la asociación. Se castiga el tomar parte en manifestaciones haciendo uso de algún elemento o prenda de vestir que dificulte el reconocimiento, tales como cascos o cualquier otro medio que cubra el rostro, en una norma similar a la contenida en la legislación británica. Se hace una referencia, aunque tenue, al terrorismo de Estado al contemplar algunas figuras relacionadas con el abuso de autoridad policial en uso de sus funciones.

En relación a la penalidad, ella se extiende desde reclusión de seis meses hasta reclusión perpetua, y las accesorias privativas de derechos y deberes (art. 28 CP italiano) se establecen por un período de cinco años por todo el tiempo que dure la condena principal. La misma ley contiene un agravamiento de penas de carácter genérico, que se aplica en el caso de haber realizado funciones de dirección en una asociación ilícita (jefes o cabecillas), y en caso de financiamiento de las actividades de las asociaciones proscritas. Existe también una pena de carácter genérico (art. 285 CP) para quienes, atentando contra la seguridad del Estado, comenten

hechos dirigidos a producir devastación, saqueo o estragos, la sanción se denomina “ergástulo” y consiste en la reclusión nocturna con obligación de desempeñar algún trabajo. El ergástulo puede llegar a aplicarse como pena perpetua.

ii.- El CPP determina que la competencia para perseguir este tipo de delitos corresponde a los Tribunales Ordinarios, pero el procedimiento es “de urgencia” (carácter sumario). El Procurador de la República, bien directamente o por medio de la policía judicial, es quien realiza las investigaciones. A fin de asegurar el éxito de las mismas se faculta el registro del lugar del delito, a fin de comprobar la existencia de armas o explosivos y no procede la libertad provisional. El Juez puede declarar “la urgencia del proceso” cuando el plazo de prisión provisional se encuentre próximo a vencer, y los términos correrán de manera continua (incluso en periodos de vacaciones), pudiendo prolongarse el plazo de prisión provisional hasta en un tercio a lo establecido por la ley a fin de dar cumplimiento a las diligencias.

Se establecen del mismo modo ciertas medidas especiales tratándose de delitos de terrorismo en las que se suspenden derechos y garantías fundamentales consagradas constitucionalmente. Así, se faculta la privación temporal del derecho a sufragio y a ser electo, como medida de prevención, el juez puede ordenar la suspensión provisional del derecho a administrar bienes personales cuando sospeche que la administración será utilizada para proseguir con la actividad delictiva. Pueden restringirse los derechos a la libertad de prensa, de libre circulación y seguridad personales. Especialmente represiva resulta esta última facultad ya que la policía judicial o los agentes de la fuerza Pública, sin necesidad de mandamiento judicial, pueden detener a las personas en las que concurren indicios de haber cometido determinado tipo de delitos previstos en la ley, pudiendo proceder a su encierro inmediato en las cárceles judiciales o en las de distrito. Existe una carencia evidente de control judicial por cuanto el juez y el Procurador General de la República solo tendrán conocimiento de esta situación con posterioridad al encierro o detención.

Puede también procederse, previa autorización, incluso telefónica del Procurador de la República, a registros domiciliarios, incluso de edificios completos en los que se sospeche fundadamente que se refugia una persona buscada acusada de cometer delitos de terrorismo. En el curso de tales operaciones puede suspenderse la circulación de personas y vehículos en las áreas afectadas. La policía incluso puede proceder a este tipo de registros sin orden judicial en caso de “necesidad y urgencia”.

La gravedad de las medidas reseñadas permiten inferir que la lucha “jurídica” contra el terrorismo se ha convertido en un verdadero instrumento de intervención militar, que persigue objetivos políticos. Puede perfectamente imaginarse el uso directo de este poder de la autoridad judicial para disciplinar y reprimir los episodios de la lucha de clases y aislar espacios enteros de alta conflictividad social¹⁸⁵.

1.c.3. La legislación premial.

Las leyes dictadas durante 1977 y 1978 siguen la misma tendencia de sus antecesoras¹⁸⁶. Se establecen medidas penitenciarias que militarizaron la vigilancia externa de las cárceles, autoriza la creación de recintos penitenciarios especiales para presos por delitos de terrorismo, se faculta a la autoridad administrativa y judicial para clausurar sedes de organizaciones políticas sospechosas de colaborar con terroristas, se asignan a la policía facultades de investigación sumaria y de interrogar al sospechoso sin que medie la intervención de su abogado, se amplían las facultades de la autoridad policial en la diligencia de allanamiento, se liberaliza la intervención de las comunicaciones telefónicas incluso para fines

¹⁸⁵ BARATTA, A. 1985 (a), pp. 34 y ss.

¹⁸⁶ Decreto Ley de 30 de Abril de 1977, convertido en ley el 7 de junio; Decreto Ley de 21 de Marzo de 1978, convertido en ley el 18 de Mayo, a los pocos días del secuestro de Aldo Moro.

preventivos. Lo más importante, sin duda, es que en esta etapa se da inicio a la llamada "legislación premial de la emergencia", cuyo origen se remonta al DL de 21 de marzo de 1978, n°59, convertido con modificaciones en la Ley de 19 de mayo de 1978¹⁸⁷.

El Decreto Ley de 15 de diciembre de 1979, n°625, que posteriormente se transformó en la *Ley de 6 de febrero de 1980, n°15 (Ley Cossiga)* vino a establecer, como su mismo título indicó, una serie de "Medidas urgentes para cautelar el orden democrática y la seguridad pública"¹⁸⁸. Dentro de esta ley podemos destacar el establecimiento de causas de no punibilidad o de atenuación de la pena para integrantes de organizaciones terroristas que se hubieren disociado de la misma, y evitaran la producción del resultado lesivo o prestaren su colaboración a la autoridad judicial o policial en la investigación¹⁸⁹. Asimismo se amplió considerablemente la tipificación de los delitos de terrorismo, que en su mayoría son delitos asociativos, con el objeto de apoyar de mejor manera la aplicación sistemática de la prisión preventiva. Respecto de ciertos delitos, esta prisión preventiva es transformada en una medida automática y obligatoria sobre la base del mandato de captura y prohibición de libertad provisional, fundado en la agravante especial constituida por la "finalidad de terrorismo".

En 1980, se inicia una nueva etapa en la legislación de emergencia, con mecanismos legales altamente represivos. Entre ellos cabe destacar la *Ley N° 304 del 29 de Mayo de 1982*, intitulada "Para la Defensa del Ordenamiento Constitucional", cuyo objeto fundamental fue consolidar la legislación premial mediante la figura de los llamados "terroristas arrepentidos" o "Pentiti"¹⁹⁰. Se establecieron causas de exclusión de la pena (art. 1) en ciertos delitos asociativos, sin limitar el ámbito de aplicación a los integrantes de una organización terrorista, y extendiéndolo a quienes sin pertenecer a la misma hubieren auxiliado a un sujeto implicado en delitos caracterizados por la específica finalidad de terrorismo o "eversión". Los requisitos exigidos para la procedencia de la exclusión de la pena eran alternativos: a) Disolver o determinar la disolución de la banda, o b) Retirarse, entregarse sin oponer resistencia o abandonar las armas, y en estos tres casos, proporcionar toda la información sobre la estructura y organización de la asociación o la banda.

Se establecieron asimismo causas de atenuación de la pena (arts. 2 y 3) para delitos conexos al de integración en banda armada, ya que dada su gravedad impedían beneficiarse con la exclusión de la pena. Las conductas que debía llevar a cabo el sujeto eran: a) haber realizado alguna de las conductas a que se refería el art. 1 de la ley, esto es, abandono de la organización, b) la plena confesión, en cualquier fase o grado del proceso, de todos los delitos cometidos.

Como puede desprenderse, esta ley vino a incentivar, la delación en cuanto factor determinante en la atenuación o exclusión de la pena en los procesos por delitos de terrorismo, y a su aplicación se debe, en gran parte, la desarticulación de las Brigadas Rojas. Cabe destacar que en esta misma época se promulga la Ley de 13 de septiembre de 1982, n° 646 (antimafia), en cuyo articulado se descarta completamente toda extensión de las figuras premiales del tipo adoptadas en el sector de la *eversión*¹⁹¹ y del terrorismo, a pesar de que existía una fuerte presión proveniente de sectores políticos y jurídicos, para que esta perspectiva premial se aplicara en el sector del tráfico de drogas. En este sentido ya desde 1974 habían comenzado a "filtrarse" propuestas tendentes a dar el primer paso hacia una extensión de la legislación

¹⁸⁷ En este último sentido, CUERDA ARNAU, M.L. 1995. pp.171-172.

¹⁸⁸ Exhaustivamente PADOVANI, T.: "Commento agli art. 4,5 del d.l. 15-12-1979, n.625, conv. con modific. in l. 6-2-1980, n. 15 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica)", en *La legislazione penale*, 1981, pp. 54 y ss.

¹⁸⁹ CUERDA ARNAU, 1995, p. 172.

¹⁹⁰ Un análisis exhaustivo de la ley en CUERDA ARNAU, 1995, pp. 174-195.

¹⁹¹ Ampliamente DALIA, Andrea Antonio. *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione. La legislazione dell'emergenza commenti ed stei uficiali!*", Guiffré Editore, 1982, pp. 64 y ss.

premio hacia lo que propiamente puede denominarse criminalidad organizada¹⁹².

La ley de 18 de febrero de 1987, n.º 34, sin derogar la legislación anterior¹⁹³, vino a cerrar la experiencia premial en materia de terrorismo, estableciendo ya no la posibilidad de excluir la pena, sino una *causa de atenuación* a favor de quienes se hubieren dissociado de la organización terrorista, y asimismo la posibilidad de conmutarla por otra menos grave. La condición esencial para la procedencia de los beneficios lo constituye la disociación (*dissociazione*), encontrándose un concepto normativo de la misma en el art. 1 de la ley, concepto que por otra parte, suscitó una profunda polémica en la doctrina dado el carácter problemático de la fórmula empleada¹⁹⁴.

La disociación es lo que en derecho español puede denominarse “el abandono voluntario de las actividades delictivas” a que se refiere el art. 579.3 CP, existiendo, no obstante una diferencia fundamental entre ambas fórmulas legales y que se traduce en la posibilidad de que en derecho español pueda acogerse a este beneficio no solo el intraneus a la organización, sino también el extraneus a ella¹⁹⁵, posibilidad que no parece admitir la legislación italiana.

La disociación exige el abandono definitivo de la organización o del movimiento terrorista o eversivo a que hubiera pertenecido el sujeto, y copulativamente una serie de requisitos que pudieren demostrar el real abandono del vínculo con la asociación. Tales conductas son¹⁹⁶:

- a) Admisión de las actividades efectivamente desarrolladas, lo que se entiende como poner en conocimiento de la autoridad competente el rol que el sujeto ha desempeñado en la organización y de todas las actividades que hubiere realizado al interior de la misma.
- b) La realización de conductas objetiva e inequívocamente incompatibles con la permanencia del vínculo asociativo, con lo que se abría un amplio espectro de conductas posibles.
- c) El repudio de la violencia como método de acción política. Esto debe manifestarse a través de una declaración pública de contenido ético político, elemento que permite poner en duda si en esta ley existe un real respeto al pluralismo ideológico.

La ley estableció asimismo límites temporales a los que supeditaba la concesión de los beneficios (arts. 2, 3 y 4). Por último, en cuanto a su ámbito de aplicación, se suscitó asimismo una polémica doctrinal por cuanto, en el aspecto objetivo, se excluían del beneficio los delitos de estragos, y en el aspecto subjetivo, la ley hacía referencia al imputado o condenado, con lo que quedaban excluidos del beneficio quienes habiendo abandonado el terrorismo no presentaban dicha calidad procesal¹⁹⁷.

Como puede observarse, el legislador italiano, para cerrar el período de la emergencia, hizo primar el hecho de que los beneficios solo se vincularan a la disociación, sin exigir ningún tipo de colaboración, lo que ha valido a esta institución la denominación de “disociación silenciosa”, en comparación con la legislación premial inmediatamente anterior en la que se exigía la “colaboración”. En este sentido, la ley de 1987 vino a adecuarse a los profundos cambios experimentados en el escenario político (paulatina desarticulación de movimientos

¹⁹² A este respecto véase el artículo de Franco BRICOLA, “*El arrepentimiento del terrorista, el perdón del evasor y los silencios de la ley N. 646 del 1982*”, en *CPC*, N.º 51, 1993, pp. 961-965. Trad., de Manuel Quintanar.

¹⁹³ Según expone CUERDA ARNAU (1995, p.196), la ley de 1987 además de no derogar la legislación anterior, dejó vigentes las medidas de indulto (Decreto de 18-12-1986, n.º 865), lo que dio lugar a que en muchos casos se aplicaran de manera conjunta ambos tipos de beneficios, solicitándose el indulto de la pena ya atenuada.

¹⁹⁴ A este respecto, véase LAUDI, Maurizio. “*la dissociazione dalla lotta armata: l’approdo legislativo per una complessa realtà*”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 1988, pp. 276 –298, esp. 283. También CUERDA ARNAU, 1995, pp.198 y ss.

¹⁹⁵ Supra Cap. VII, punto V. *La atenuación punitiva por colaboración con la justicia*.

¹⁹⁶ LAUDI, M. 1988, p. 283, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 99 y ss.

¹⁹⁷ Mas ampliamente CUERDA ARNAU, 1995. Pp. 203 y ss.

armados), prescindiendo de todo cuanto pudiere implicar la compensación de la delación.

Por último, es necesario destacar que, si bien en materia de terrorismo la legislación premial fue cerrada con esta ley, no ha ocurrido lo mismo en relación a otras formas de crimen organizado. Desde 1991/1992 existe una legislación orgánica en materia de “pentitis”, destinada a premiar a aquellos que confiesan sus delitos y colaboran con la autoridad proporcionando las informaciones necesarias para la reconstrucción del hecho y la individualización de quienes hubieren participado en el delito¹⁹⁸. Las leyes n°82 de 1991 y n° 203 de 1992 hacen referencia explícita a la mafia distinguiendo entre “mafiosos (y afines) colaboradores y mafiosos irrecuperables” estableciendo un tratamiento diferenciado para cada uno de ellos. Para los primeros, se establecen beneficios sea de naturaleza estrictamente penal o de naturaleza penitenciaria. Para los segundos, agravación de las penas, impedimento de concesión de beneficios penitenciarios y rigurosidad en la custodia carcelaria¹⁹⁹.

Excede los límites de esta investigación el referirnos a estas leyes, simplemente podemos acotar que su promulgación, sin duda, ha encontrado su fundamento en los lineamientos político criminales que priman actualmente a nivel internacional en relación a la necesidad de afrontar de manera más eficaz la criminalidad organizada.

1.d. FRANCIA.

La respuesta legislativa francesa al terrorismo contemporáneo se ha visto marcada por tres grandes etapas. La primera de ella comprendida entre 1960 y 1980, y la segunda de ellas, los años 1981-1985, y la tercera, 1986 en adelante.

1.d.1. La primera etapa (1960-1980), que podríamos denominar de “la ideología de la seguridad” estuvo marcada por la guerra de Argelia, a raíz del cual se dictaron una serie de ordenanzas reñidas con las garantías individuales que deben primar en un Estado de Derecho²⁰⁰. De todas ellas, debe destacarse la ordenanza 60-529 de 4 de junio de 1960 que introdujo en el ordenamiento francés el Tribunal de Seguridad del Estado (Cour de Sûreté de l’Etat). Una jurisdicción de excepción creada por el general De Gaulle, cuya competencia era exclusiva y se extendía a todo el territorio nacional para conocer de los delitos contra la seguridad del Estado y para pronunciarse sobre otros actos criminales cometidos con el fin de sustituir por una “autoridad ilegal a la autoridad del Estado” (art. 498 CPP)²⁰¹. La *ideología de la seguridad*²⁰² llevó a la instauración de un régimen basado en la idea de que el proceso por delitos políticos es un asunto de Estado, régimen que estuvo en vigor durante dieciocho años hasta que en 1981 se

¹⁹⁸ Véase MUSCO, Enzo. “*Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*”, en *Rev. Penal* N°2, Julio de 1998, Edit.. Praxis en colaboración con Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla La Mancha, Barcelona, 1998, pp. 35- 47.

¹⁹⁹ MUSCO, E. 1998, pp.36-37.

²⁰⁰ Así p.ej. la ordenanza 60-121 de 13-2-1960 estableció en 96 horas la duración de la prisión preventiva y se otorgaron poderes amplios a los prefectos para la instrucción de procesos por delitos contra la Seguridad del Estado.

²⁰¹ Su regulación está contenida en la ley 63-22 de 15 de enero de 1963 y su característica principal es que en su funcionamiento ha seguido los esquemas tradicionales de una jurisdicción especial, vale decir, entre otras, las funciones del Ministerio Público están atribuidas a un Fiscal nombrado por el Consejo de Ministros (art. 4), inexistencia de límites en la duración de la prisión preventiva (art. 22) y exclusión de la apelación (art. 45).

²⁰² A este respecto, véase el *Documento de Puebla de los Obispos Latinoamericanos* que en un certero análisis trata la Doctrina de Seguridad Nacional (o Ideología de la Seguridad) que va mas allá de ser una mera ideología: “Las ideologías de seguridad nacional han contribuido a fortalecer en muchas ocasiones, el carácter totalitario o autoritario de los regímenes de fuerza de donde se ha derivado el abuso del poder y la violación de los derechos. Humanos” (n°49). “... asesinatos, desapariciones, prisiones arbitrarias, actos de terrorismo, secuestros, torturas continentalmente extendidas demuestran un total irrespeto por la dignidad de la persona humana. Algunas pretenden justificarse incluso como exigencias de la Seguridad nacional” (N°1262). Además, véase CALVERT, P. “*El terror en la teoría de la revolución*”, en *Terrorismo, ideología y revolución*, N. O’Sullivan (ed.) Alianza Ed., Madrid, 1987, p. 60; DEL BARRIO, A.- LEÓN REYES, J. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago, Chile, 1990.

suprimió el Tribunal de Seguridad.

1.d.2. La segunda etapa (1981-1985) comienza bajo el escenario previo a la elección de F. Mitterand, con la Ley de *Securité et Liberté*, de 2 de febrero de 1981, que si bien estuvo destinada a combatir la violencia, no es menos cierto que respondía a una coyuntura electoral en la que el gobierno necesitaba demostrar ante los franceses que era capaz de contrarrestar la inseguridad ciudadana²⁰³. Desde el punto de vista político criminal, su característica principal radica en haber retornado a la idea de pena como instrumento ejemplarizante. En lo sustantivo penal se crea, entre otros, los llamados *delitos de audiencia*, en virtud de los cuales el Presidente de un Tribunal tuvo la facultad discrecional de separar a un abogado de un juicio, durante dos días, por haber “alterado la serenidad en los debates”. En lo sustantivo procesal pretendió dar una mayor celeridad al procedimiento suprimiendo la intervención del juez de instrucción en ciertos delitos, generalizó los “controles de identidad”, prolongó el plazo de detención preventiva para algunos delitos más graves (art. 63-1 CPP), e hizo más estricto aún el régimen de prisión provisional, para tales delitos²⁰⁴. Esto último resulta paradójico ya que el sistema originario del CPP 1958 y la reforma de 1970 contemplaban un rigor extremo en el régimen de prisión provisional²⁰⁵.

Esta situación de restricciones a las garantías individuales fue exasperada aún más con la Ley 83-855 de 10 de junio de 1983, que vino a modificar la *Ley de Securité et Liberté*. Apoyada por el Partido Socialista, que en la oposición se había manifestado contrario a este tipo de legislaciones, la ley 83-866 estableció un tratamiento aún más agravatorio en relación a los “controles de identidad” extendiendo su potencial aplicación a cualquier ciudadano²⁰⁶. De allí que esta ley, en opinión de la doctrina mayoritaria, no contrarrestó en nada la ausencia de control jurisdiccional sobre los actos del ejecutivo, fomentando la arbitrariedad²⁰⁷.

Pero si bien, por una parte nos encontramos con un régimen punitivo al tamente disonante con las garantías individuales, cabe hacer notar el avance que significó la Ley 81-737 de 4 de agosto de 1981, en cuya virtud se suprimió el Tribunal de Seguridad, sin el establecimiento de un mecanismo de sustitución. Esto implicó el retorno al derecho común, al no establecerse ningún tratamiento específico²⁰⁸.

1.d.3. La tercera etapa (1986 a la actualidad) comienza con la Ley 86-1.020 de 9 de septiembre de 1986, relativa a la seguridad de las personas y los bienes, a propuesta de Jacques Chirac, Primer Ministro del gobierno de François Mitterand, ante la creciente ola de atentados del FLNC. Ella vino a regular la lucha contra la criminalidad y la delincuencia, la lucha contra el terrorismo y los atentados contra la seguridad del Estado, poniendo fin a la “ideología de la seguridad” de que había sido preso el pueblo francés. Por primera vez una ley se refería expresamente a los delitos de terrorismo, constituyéndose así en la base de toda la legislación

²⁰³ En esta opinión LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.76.

²⁰⁴ No debe confundirse, en derecho penal francés, la “detención preventiva” (garde à vue) con la “prisión provisional” (détention provisoire), término este último que puede inducir a equívocos.

²⁰⁵ Cabe hacer notar que las restricciones que impuso la *Ley de Securité et Liberté* habían sido impugnadas ante el Consejo Constitucional francés (dic.1980), el que resolvió, un mes antes de entrar ella en vigor, rechazando todos los recursos, a excepción del relativo a los delitos de audiencia (art. 66). Consideró el Consejo que la Ley se acomodaba a la Constitución en todo lo demás. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.77.

²⁰⁶ A partir de ella la toma de huellas digitales y de fotografías en operaciones de verificación de identidad fueron autorizadas para “toda persona” respecto de la cual exista sospecha que haga presumir que ha cometido o ha intentado cometer una infracción, o que haya sido objeto de investigación ordenada por una autoridad judicial”. LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 77.

²⁰⁷ MORANGE, texto de la Resolución 80-127 DC de 19 y 20 de enero de 1981, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, T.XCVII, n° 3, pp. 686-696. Cit. por LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 78.

²⁰⁸ BRUGUIERE, Jean Louis. “*El sistema judicial francés en materia de lucha antiterrorista*”, XIII Congreso Internacional sobre Terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Núm. 45, nov.- dic.1998, Madrid, 1998, p. 35.

antiterrorista en Francia²⁰⁹. Esta ley se incorporó al CP (arts. 257-3 y ss) y al CPP (Capítulo XV Especial del Libro IV, arts. 706-16 al 706-25), obteniéndose el “concepto jurídico” de terrorismo a través de la imbricación de las normas contenidas en ambos códigos.

En el derecho penal sustancial, no crea nuevos tipos penales, sino que recurre a la técnica ya tradicional de agravar la sanción a delitos comunes sobre la base de la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, esto es, “cuando están en relación con un plan individual o colectivo que tenga por fin turbar realmente el orden público por la intimidación o el terror”, según lo dispuesto en el art. 706-16 del Código Procesal Penal. El concepto de terrorismo se construye, por tanto, atendiendo al elemento subjetivo finalístico, siguiendo la misma técnica que el legislador español, según se verá. El art. 706-16 CPP, para proceder a la aplicación de un régimen procesal mas severo, distingue tres tipos de delitos: a) atentados que impliquen violencia contra las personas, b) atentados a los bienes que, por razón de su incidencia en la integridad de la persona, creen peligro público, y c) comportamientos incriminados en cuanto que conduzcan a la preparación o realización de los delitos²¹⁰. En todos ellos debe concurrir un elemento subjetivo consistente en la “turbación del orden público”, claro reconocimiento a la finalidad política, a través de “la intimidación o el terror”.

El art. 1º establece que serán considerados delitos de terrorismo, cuando en ellos concurra la finalidad mencionada, los siguientes ilícitos penales: homicidio, robo, secuestros, amenazas de atentados, atentados, desordenes públicos e incendios (arts. 257-3, 265 a 267, 295 a 298, 301, 303 a 305, 310 a 312, 341 a 344, 354, 355, 379, 382 incs. 3 y 7, 384, 434 incisos 2 a 5, 435 a 437. Se incorpora también, por el art. 3º de la ley, el apoderamiento de aeronave y medios de transporte colectivos, cuando en ello se utilizare la violencia o la amenaza de violencia (art. 462 CP).

El legislador francés otorga asimismo importancia a elementos objetivos: de un lado, la utilización de medios especialmente destructivos, sobre cuya base el art. 2 de la ley castiga como delito de terrorismo “la comisión de delitos comunes cometidos mediante atentado con sustancias explosivas o incendiarias”, figura que se incorporó al CP en el art. 257-3. La agravación de la pena es evidente: cinco a diez años de prisión y multa. De otro lado, el haberse cometido los hechos por una *banda organizada*²¹¹, circunstancia que actúa como agravante de responsabilidad criminal y que eleva la pena de diez a veinte años de prisión. La pena se eleva también en función del resultado producido: en caso de muerte de una persona o enfermedad permanente, puede llegar a presidio perpetuo.

Por el art. 8º de la ley, se modifica la ley de 29-6-1981 sobre libertad de prensa, a la que incorporó los siguientes delitos de terrorismo: la provocación a través de algún medio de comunicación social de los delitos contenidos en el inciso 11 del artículo 44 del CP y la apología, referida a delitos de terrorismo o delitos individuales o colectivos cuya comisión tenga por objeto perturbar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror. Por último, son delitos de terrorismo los ilícitos contenidos en los arts. 1 y 4 de la ley nº72-467 de 9-6-1972 que prohíbe la elaboración, fabricación, tenencia, aprovisionamiento, adquisición y cesión de armas biológicas o a base de toxinas, como también los delitos sancionados por la ley que fija el régimen de materiales de guerra, armas y municiones.

El art. 6º de la ley contempla la clásica atenuación punitiva sobre la base de la

²⁰⁹ Esta ley además introdujo modificaciones al Código Penal, a la ley de 10 de enero de 1936 sobre Grupos de combate y Milicias Privadas y a la ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa.

²¹⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.78.

²¹¹ A este respecto debe tenerse presente el art. 7º de la ley que modificó el artículo 1º de la ley de 10 de enero de 1936, sobre grupos de combate y milicias privadas, introduciendo un inciso que proscribía a grupos de combate o milicias privadas que se dediquen en el territorio francés o a partir de él, a la provocación de actos terroristas en Francia o en el extranjero.

colaboración con la justicia: a) A los autores o cómplices de actividades terroristas que con su advertencia a la autoridad hubieren evitado que la infracción cause la muerte de seres humanos o enfermedad permanente, e identificar, llegado el caso, a los demás culpables, pueden beneficiarse con la *exención* de la pena. b) En el caso que la información prestada por el “arrepentido” sirva para facilitar la identificación de otros culpables, o después de la apertura del sumario, haya facilitado el arresto de éstos, se establece una reducción de la pena a la mitad. En caso que la pena sea de reclusión perpetua se le rebajará a veinte años.

En lo sustantivo procesal, el art. 1 de la ley (incorporado al CPP en el art. 706-16) otorga la competencia para el conocimiento y fallo de tales delitos al Fiscal, al Juez de Instrucción, al Tribunal Correccional y al Juez del Crimen de París, con lo que se produce una descentralización aparente, ya que en definitiva es en París donde se produce una concentración de lo contencioso²¹².

La *persecución* está encargada al Servicio de Lucha Antiterrorista (SCLAT) dirigida por un magistrado de la Fiscalía de París bajo la autoridad del fiscal general del Estado. En tal cometido tiene amplias atribuciones²¹³: dirigir la acción pública, investigación preliminar, flagrancia, asignación al juez de instrucción, reglamento de procedimientos por delitos de terrorismo, mantenimiento de la acusación ante las jurisdicciones. En la investigación preliminar puede decretar medidas especiales: ordenar la detención de personas; ampliar el plazo de detención preventiva de dos a cuatro días, previo informe médico; visitas domiciliarias y la confiscación de documentos de prueba. La policía judicial, en base a “las necesidades de la investigación”, puede efectuar investigaciones o registros domiciliarios sin requerirse el asentimiento expreso del interesado, ya que éste es reemplazado por el del juez (art. 706-24 CPP). Se puede advertir en ello una infracción al principio fundamental del carácter no coactivo de la investigación preliminar. La *instrucción* está a cargo de los jueces de instrucción de París con competencia nacional (cuatro magistrados). La *sentencia*, en caso de delitos menos graves, la dicta el Tribunal correccional de París, por derogación de las reglas de competencia territorial, cualquiera sea el lugar en que se produzca el delito. En caso de delitos graves, el fallo corresponde a la Cour d'Assises, tribunal de lo criminal especial, sin jurado (7 magistrados)²¹⁴, instituto procesal similar a los Diplock Courts de la legislación británica.

A partir de la refundición del Código Penal en 1994, el arsenal represivo antiterrorista se adapta a las nuevas necesidades, reafirmando la idea de los delitos de terrorismo como *nomen iuris proprio*. Ellos se encuentran regulados en un título especial, que agrava las sanciones cuando los delitos se cometen en un contexto terrorista. Destacan en el CP 1994 la tipificación de las asociaciones ilícitas, castigándoles con la pena de diez años de prisión, y la creación de un nuevo tipo penal relativo al “terrorismo biológico”²¹⁵.

2.- LA LEGISLACIÓN COMPARADA EN AMÉRICA LATINA

La violencia política que ha convulsionado a Latinoamérica desde mediados del s.XX ha asumido formas diversas que van desde el terrorismo de Estado, tan propio de las dictaduras militares, hasta la violencia insurgente de las guerrillas opuestas a ellas y/o a los Estados democráticos, pasando por el terrorismo desatado por organizaciones paramilitares. El conflicto económico social y político que azota a este continente ha sido el caldo de cultivo de esta violencia, conflicto en el que ha tenido una participación importante Estados Unidos. Nadie puede negar que éste es en gran medida responsable e impulsor de los conflictos armados,

²¹² BRUGUIERE, J.L., 1998, p. 35. El Tribunal de mayor Cuantía que no sea de París puede exigir al Juez de instrucción que se declare incompetente en beneficio de la jurisdicción de instrucción de París. El Juez de instrucción sustancia el procedimiento y es el Juzgado del Crimen el encargado de pronunciar el fallo.

²¹³ Con mayor detalle en BRUGUIERE, J.L. 1998, p. 36.

²¹⁴ BRUGUIERE, J.L. 1998, p. 36.

²¹⁵ BRUGUIERE, J.L. 1998, p. 36.

prestando su apoyo o negándolos a los gobiernos nacionales según el tipo de conflicto de que se trate y los intereses que en ello se juega.

La respuesta legislativa que se ha dado en la mayoría de los países del cono sur frente al terrorismo se ha caracterizado por estar expresamente dirigida contra movimientos guerrilleros que, en muchas ocasiones, no son sino movimientos de liberación nacional. Salvo el caso de Colombia, en que es creciente la preocupación por los asesinatos indiscriminados a manos de organizaciones paramilitares y al menos se ha visto algún atisbo de represión de los mismos desde el punto de vista legislativo, puede afirmarse que la mayoría de estas legislaciones antiterroristas tienden a aplastar los movimientos de izquierda. Al igual que en Europa, los ordenamientos nacionales latinoamericanos han aprobado leyes de excepción para combatir el terrorismo, leyes que no se encuentran insertas – como en el caso europeo- en el ordenamiento jurídico ordinario, sino que hacen gala de su carácter excepcional incluso desde su misma aprobación en los Parlamentos y congresos.

Pero no solo las leyes antiterroristas especiales, como es el caso de Chile, han sido utilizada para combatir la violencia política. Generalmente en el marco de esta legislación de excepción pueden encontrarse otras leyes (Vr.Gr. Leyes sobre control de armas) que si bien no declaran formalmente estar dirigidas a combatir el fenómeno terrorista, en realidad han sido aplicadas a activistas de grupos rebeldes e insurrectos con ese fin. En este apartado analizaremos las legislaciones de Colombia y Perú, por ser estos los países que en mayor medida se han visto convulsionados por la violencia política y el terrorismo, razón por la que al referirnos a la respuesta legislativa se hará con especial referencia a la situación de derechos humanos en cada uno de ellos.

2.a. COLOMBIA.

Con anterioridad a 1980 el tratamiento jurídico del terrorismo se encontraba consagrado como legislación excepcional en el Estatuto de Seguridad Nacional (Decreto 070/1978), dictado bajo el gobierno de Turbay Ayala, época en la que se produjo la toma de la embajada de la República Dominicana por parte del M-19. El objetivo último de este decreto era el reprimir la actividad de los grupos revolucionarios, lo que trajo como consecuencia que las Fuerzas Armadas y principalmente los organismos de seguridad colombianos, cometieran al amparo de dicha ley innumerables violaciones a las garantías básicas de todo ser humano. Como producto de las presiones políticas y del desarrollo normativo, el Código Penal colombiano de 1936 fue modificado por el Decreto 100 de 1980, contemplando por primera vez en su articulado un tipo penal específico del terrorismo a las conductas terroristas (art. 187). Se le dio así el rango de ley ordinaria.

Con posterioridad se sucedieron una serie de hechos enmarcados dentro de la violencia política colombiana que recrudecieron el panorama nacional²¹⁶. El gobierno de Virgilio Barco respondió decretando el estado de excepción, y legisló mediante el "Estatuto de defensa de la Democracia" (Decreto 180 de 27 de enero de 1988) cuyo objetivo era fortalecer los mecanismos represivos del terrorismo. Se crearon tipos penales que adicionaron, complementaron y modificaron el Código Penal²¹⁷. Además de éste se dictaron dos decretos en relación con esta materia. El Decreto procesal n° 181, de la misma fecha, que modificó la composición de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, estableciéndose nuevas competencias y creándose las Salas Especiales de Juzgamiento. Respecto de las nuevas competencias se entregaron facultades a los *Juzgados de Orden Público* que habían sido creados por el Decreto n°1631 de 1987 para conocer de las conductas punibles previstas en el CP, cuando su acción apareciera encaminada a perseguir o a intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones

²¹⁶ Se alude a la toma del Palacio de Justicia, en noviembre de 1985 por parte del M-19, y al fracaso de los diálogos de paz con este movimiento, y a otros hechos de violencia como las muertes de connotados dirigentes políticos.

²¹⁷ KAI AMBOS, 1989, p. 30.

políticas, fueran éstas partidistas o no, esto es, delitos de terrorismo y otras conductas anexas. Por el Decreto 182 se contemplaron normas especiales para el Habeas Corpus interpuesto en favor de aquellas personas que hubieren sido detenidas por delitos de terrorismo.

2.a.1.- Marco constitucional de la legislación antiterrorista.

La Constitución Colombiana de 1886 en su art. 121 permitía la declaración del Estado de Sitio en caso de guerra externa o de conmoción interior. En la práctica, Colombia ha permanecido bajo Estado de Sitio desde el 9 de noviembre de 1949, con pequeñas interrupciones durante todos estos años²¹⁸. Bajo este estado de excepción constitucional pueden dictarse Decretos Legislativos, normas especiales que expiran una vez que adviene el "restablecimiento del orden público". A consecuencia de ello las leyes antiterroristas no necesitan aprobación del Parlamento, sino que basta con la del Ejecutivo. Asimismo, durante el estado de sitio se ven restringidos en casi su totalidad los derechos de reunión, circulación y expresión, y ha sido utilizado para ampliar la jurisdicción militar.

La Constitución Política de 1991 recoge esta institución en sus artículos 212 a 215 y en términos similares el Estado de conmoción interna, pero con algunas diferencias. Actualmente la jurisdicción militar, al menos constitucionalmente, se ve restringida al carecer de competencia para el juzgamiento de civiles, y durante estos estados no podrán suspenderse los derechos humanos y las garantías fundamentales.

2.a.2. Derecho penal sustancial.

La legislación antiterrorista se encuentra incorporada al Código Penal, a través del Decreto 180/1988, que no olvidemos fue promulgado bajo estado de excepción Constitucional. Ello queda de manifiesto al establecerse la concurrencia de dos requisitos copulativos para la comisión y ocurrencia de los delitos de terrorismo: la subsistencia de la turbación del orden público y el estado de sitio en todo el territorio nacional. Así lo dispone el capítulo I del Título I, que vino a reproducir la contenida en el Decreto 1038 de 1984. Sin embargo, el art.8º transitorio de la Constitución de 1991 estableció que los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio, hasta la promulgación de ella misma, continuarían rigiendo por un plazo máximos de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podría convertirlos en legislación permanente mediante decreto. Y amparándose en ello, toda la legislación antiterrorista fue ratificada mediante este procedimiento e incorporada a la legislación permanente. De acuerdo a esta legislación el terrorismo está regulado de tres formas en el CP colombiano: como tipo penal específico de terrorismo, como elemento subjetivo para la calificación de ciertos tipos penales y como circunstancia de agravación punitiva.

1) Los tipos penales específicos del terrorismo se encuentran contemplados dentro de los delitos contra la seguridad pública (Capítulo I del Título I) en el párrafo titulado "Del Concierto, Del Terrorismo y De la Instigación".

Art. 187. Modificado Decr.180 de 1988, art. 1º. Terrorismo. "El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror 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 10 a 20 años y multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, vídeo cassette o escrito anónimo, la pena será de dos a cinco años y la multa de 5 a 50 salarios mínimos mensuales".

Las conductas descritas en el tipo adquieren el carácter de terroristas y serán

²¹⁸ KAI AMBOS, 1989, pp.70-71.

sancionadas a este título cuando objetivamente se haya producido la zozobra o terror de la población o de un sector de ella, causado por la provocación o mantención de este estado a manos del autor de las conductas. Implica ello que el elemento subjetivo finalidad ha de producirse objetivamente no bastando la finalidad potencial que pudiera haber en la mente del autor. Esta figura sirve como base para otros tipos penales contemplados en el CP –modificado por el Decr.180/1988- que son: Art. 3. El auxilio a las actividades terroristas, bajo cuya denominación caben las conductas de suministro de dinero u otros medios (vehículos, embarcaciones, instalaciones, armas, etc.; suministro de información de importancia para la seguridad estatal, proporcionar alojamiento u ocultamiento de terroristas. Art. 4. La omisión de informar a la autoridad competente la presencia de terroristas, sus planes y actividades. Art. 5. La solicitud o exigencia de ayuda financiera. Art. 6. La instigación, de manera pública o privada al terrorismo o para el ingreso o reclutamiento a grupos terroristas.

2) Como exigencia de elemento subjetivo para la calificación de tipos penales.-

Dentro de los delitos contra el patrimonio económico encontramos en el Capítulo II del Título I, en el párrafo intitulado " De la extorsión", el artículo 355 en el que se establece el tipo penal de la extorsión considerando un aumento de pena para el caso de concurrir un elemento subjetivo relativo al propósito perseguido por el autor (inciso 3).

Art. 355. Modificado. Ley 40 de 1993, art. 32. Extorsión. "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de cuatro a veinte años. (inciso 1°).

Si el propósito fin perseguido por el agente es el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro mediante amenazas a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa, la sanción será de veinte a treinta años de prisión y multa de mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales (inciso 3°)".

3) Como circunstancia de agravación punitiva

3.a) Entre los delitos contra la libertad individual y otras garantías, los arts. 268 a 271-subrogados por la Ley 40/1993- regulan el tipo penal del secuestro en sus modalidades de "extorsivo"²¹⁹ y "simple"²²⁰. En el art. 3° numeral 8 se le asigna el rol de circunstancia de agravación punitiva la comisión del delito con fines terroristas²²¹.

3.b) Entre los delitos contra la vida y la integridad corporal, el art.323, modificado por la Ley 40/1993 consagra el tipo del "homicidio" en los siguientes términos: "El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco a cuarenta años". Por su parte, el art. 324 n°8 incluye como circunstancia de agravación punitiva. "Cuando el homicidio ha sido cometido con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas." En este caso la pena aumenta de 40 a 60 años de prisión.

3.c) Otras figuras en las que el elemento subjetivo cumple la función de agravación de los tipos penales, y dentro del Capítulo II del Título I del Decr. 180/1988 encontramos: las torturas físicas o psíquicas cometidas con fines terroristas; las amenazas personales o familiares para causar alarma o temor, agravándose aún mas la pena si se trata de miembros del Poder Judicial o a sus familiares; atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones

²¹⁹ Art. 1° Secuestro extorsivo. "El que arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad o para que haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinticinco a cuarenta años y multa de cien a quinientos salarios mínimos mensuales. En la misma pena incurrirá quien arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública".

²²⁰ Art. 2°. Secuestro simple. "El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis a veinticinco años y en multa de cien a doscientos salarios mínimos mensuales."

²²¹ Art. 3° Circunstancias de agravación punitiva. "La pena señalada e el artículo 1° se aumentará entre ocho y veinte años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: ...8. Cuando se cometa con fines terroristas."

mediante bombas, explosivos o cualquier otro medio apto de destrucción. La sanción se eleva cuando se produce el resultado de lesiones, muerte o contaminación a fuentes de supervivencia; el secuestro de naves, aeronaves o medios de transporte colectivo mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas.

4) Otros tipos penales que servirán de conductas base para la calificación de actos de terrorismo si concurren las finalidades descritas en el art. 187 del Código Penal son:

4.a) En los “Delitos contra la administración de Justicia”, se tipifica el concierto para delinquir, cuya concreción radica en el hecho de formar parte de un grupo de "sicarios" u organización terrorista²²².

4.b) Dentro de los “Delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones”, los arts. 189 a 202 del CP, modificados como aparecen en su texto por los arts. 7 a 21 del citado Decr.180 las siguientes figuras: Art. 189. Incendio. Art. 190. Daño en obras de defensa. Art. 191. Provocación de inundación o derrumbe. Art. 192. Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial. Art. 193. El siniestro o destrucción de naves, aeronaves o medio de transporte mediante un acto terrorista. Art. 194. El suscitar pánico²²³. Art. 195. Disparo de armas de fuego y el empleo de explosivos contra vehículos en el desarrollo de actos terroristas y habiendo personas al interior de dichos vehículos. Art. 196. Perturbación de los servicios de comunicaciones, energía y de combustibles. Art. 197. Tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas u objetos peligrosos para favorecer actos de terrorismo. Art. 198. El empleo o lanzamiento de sustancias y objetos peligrosos con propósitos terroristas, afectando la integridad física de personas o bienes. Art. 201, modificado por el Decr. 3664 de 1986, art. 1º. La fabricación y tráfico de armas y municiones de las fuerzas militares o de la Policía Nacional sin permiso de la autoridad. armadas Art. 202. Modificado Decr. 3664 de 1986. Art. 2º. La fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas; la corrupción de alimentos y medicinas poniendo en peligro la integridad física de personas. Se encuentran también: la instrucción y entrenamiento en técnicas terroristas; la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores; la administración de recursos relacionados con terroristas; la interceptación de correspondencia oficial remitida por organismos de seguridad del Estado; la utilización ilegal de uniformes, insignias o medios de identificación de uso privativo de la Fuerza Pública o de los organismos de seguridad del Estado; la suplantación de autoridad con fines terroristas; la incitación a la comisión de delitos al personal de las Fuerzas Militares, Policía Nacional u Organismos de Seguridad.

4.c) Del mismo modo, existe otro tipo de delitos comunes en los que el elemento subjetivo de la finalidad o móvil terrorista viene a determinar su calificación particular, no obstante el legislador exige además la especialidad del sujeto pasivo: ha de tratarse de una persona o funcionario investido de cierta autoridad, circunstancia que ha de estar en conocimiento del autor. Estos delitos son el homicidio y las lesiones causadas a este sujeto pasivo especial que puede ser: el Presidente de la República, miembros del Poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo, miembros de las Fuerzas de Seguridad, de las Municipalidades y religiosos, diplomáticos, candidatos, dirigentes políticos, gremiales o sindicales, periodistas, profesores universitarios, y el agente del Ministerio Público²²⁴.

5. - Finalmente, en el Título III del Decreto 180/1988 se prohíbe la transmisión de

²²² Así, el art. 186 del Código Penal, modificado por el Decr.180, sanciona el concierto en los siguientes términos: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada por este solo hecho, con prisión de tres a seis años. Si actuaren en desdoblado o con armas, la pena será prisión de tres a nueve años. La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.”

²²³ La eficacia normativa de este delito cuyo objetivo es castigar la sola conducta de causar pánico ha quedado obsoleta por cuanto cada vez que se causa alarma o pánico en la población colombiana, los tribunales tienden a subsumir el hecho en el art. 187, específico para los delitos de terrorismo.

²²⁴ El agente del Ministerio Público fue recogido en virtud del Decreto 261 de 6 de febrero de 1988.

informaciones tendientes a la identificación de testigos de actos de terrorismo (art. 49) y de actos terroristas durante el desarrollo de su ocurrencia. (art. 50)

En cuanto a la penalidad puede indicarse que, al igual que en la legislación comparada, la sanción por excelencia es la pena privativa de libertad que oscilará, dependiendo de la gravedad del delito cometido (por regla general) entre los dos años de privación de libertad (art. 1º) hasta treinta años de encarcelamiento si se ha producido como resultado la muerte.

La alta penalidad para este tipo de delitos pone de manifiesto que la retribución cumple su mejor papel en la legislación colombiana antiterrorista, la prevención general negativa desarrolla también un rol fundamental. Esta afirmación se sustenta sobre la base del análisis del articulado: Así por ejemplo una persona por el hecho de interceptar correspondencia ajena es penada con prisión de tres a seis años y la sola participación en una asociación ilícita terrorista (sin necesidad de probar la participación en un hecho delictivo concreto) está penada con un mínimo de diez años de prisión; la instigación al reclutamiento para una organización terrorista es merecedora de un mínimo de cinco años de prisión y multa, así como cualquier tipo de auxilio, por ínfimo que sea, a una actividad terrorista.

Ello sin contar con la posibilidad de agravar la responsabilidad penal y por ende el aumento de las penas si concurren cualquiera de las siguientes circunstancias: hacer partícipes en el acto a menores de dieciséis años; el desplegar la conducta mediante o en circunstancias de un asalto o toma de instalaciones militares, de policía, de los Cuerpos de Seguridad del Estado, sedes diplomáticas o consulares; o realizar la conducta impidiendo o alterando certámenes electorales; tener el autor o partícipe la calidad de ex miembro de las Fuerzas Públicas u Organismos de Seguridad²²⁵; si a consecuencia del hecho se afectasen bienes de países amigos o se perturbaren las relaciones internacionales.

El “arrepentimiento eficaz” como figura está asimismo contenida en la legislación colombiana para los efectos de reducir la pena e incluso extinguir sus efectos. La sanción se reduce en sus dos terceras partes en caso de “colaboración eficaz” para con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la identificación de los que hubieren intervenido en el hecho delictivo que se investiga. Si la colaboración fuere “totalmente eficaz” el juez tiene la facultad de decretar la extinción de la acción penal o incluso el perdón judicial.

Esta figura se ha extendido en la legislación colombiana no solo para aquel que ha participado en actividades terroristas, sino a toda persona. Se gratifica con una considerable suma de dinero (500 salarios mínimos, exentos de todo impuesto) a todo aquel que suministra información oportuna y eficaz que permita la detención de quien hubiere intervenido en la perpetración de hechos de terrorismo. Esta amplitud, en nuestra opinión, pone en serio peligro el establecimiento de la verdad material en el proceso con la consiguiente violación a garantías fundamentales de todo individuo. Por último, los medios de comunicación también son alcanzados por sanciones en caso de que difundan mensajes o noticias que permitan la identificación de testigos o que transmitan los acontecimientos en directo. Esta sanción consiste en que el Gobierno recobra el dominio pleno de las frecuencias radiales.

2.a.3. Derecho procesal penal.

El escenario histórico y político en que se encontraba Colombia a fines de la década de los 80 determinó que en 1987 se crearan jurisdicciones especiales para la investigación y

²²⁵ En nuestra opinión esta circunstancia de agravación de responsabilidad penal ha sido correctamente incluida en la legislación colombiana ya que con ella se pretende, creo, contrarrestar la criminalidad desplegada por las organizaciones paramilitares. Como se sabe, estas organizaciones, en su mayoría, están integradas por personas que han tenido una especial vinculación con el Estado, y adquirido conocimientos militares. En este entendido, tales personas tendrían un “deber” aún mayor que el resto de los ciudadanos, de respetar los derechos y garantías individuales.

juzgamiento de conductas relacionadas con el narcotráfico, la rebelión y el terrorismo, estableciéndose la figura de los *jueces de orden público* quienes tienen amplias facultades para la investigación y juzgamiento de este tipo de delitos. Nos encontramos frente a lo que coloquialmente se denomina “jueces sin rostro”. Del mismo modo se creó la figura de los “testigos secretos”, quienes declaran en el proceso ocultando su identidad durante la investigación. Tan solo un año después, se reforma la legislación procesal para adecuarla a la ley penal que contenía el Decr. 180/1988. El *Decreto N° 181 de 27 de enero de 1988*, en conjunto con el *Decreto 474 de 16 de marzo*, que lo modificó completamente, estableció una jurisdicción especial de orden público. Se crea el Tribunal Superior de Orden Público, compuesto por doce magistrados divididos en cuatro salas de tres magistrados cada una. Los jueces de Orden público son competentes para conocer de los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones, secuestro, cometidos contra funcionarios públicos. Los jueces son designados por el Tribunal Superior y las cuatro fiscalías especiales, por el presidente de la República en base a listas confeccionadas por el Procurador General²²⁶.

El procedimiento para juzgar los delitos de terrorismo y todos los enumerados en el Decr.180 es especial. Su característica principal es la celeridad incluso a costa del establecimiento de la verdad procesal. Se inicia por denuncia o informe recibido por el juez de orden público quien debe perfeccionar la investigación en el plazo de treinta días. Una vez perfeccionada la investigación se concede traslado al Fiscal por el término de 72 hrs. y luego al defensor para su alegato por el mismo término. Una vez devuelto el expediente por ambos se dicta fallo en un plazo no superior a diez días. Es decir, en aproximadamente 52 días se realiza el juzgamiento de conductas tan graves y de tan difícil investigación como lo son las indicadas. Tales plazos pueden duplicarse cuando los capturados fueren más de diez, lo que pone aún más en duda de si de lo que verdaderamente se trata es de llegar al conocimiento real de los hechos y la determinación de la responsabilidad criminal que corresponde.

Si la pena impuesta es de cinco años o más, la sentencia respectiva será consultada en la Sala competente del Tribunal Superior del distrito Judicial si no hubiese sido apelada. Contra la sentencia de segunda instancia proceden los recursos extraordinarios de Casación y Revisión ante la Corte Suprema de Justicia. En estos trámites posteriores es donde puede ampliarse el plazo indicado, no obstante los hechos determinados por una investigación que dura no más de treinta días, ya se encuentran establecidos. La libertad provisional solo procede si pasados doscientos diez días de privación de libertad no se ha pronunciado sentencia definitiva, y esta libertad ha de caucionarse con prenda o hipoteca.

El *Decreto 182 de 27 de enero de 1988* modificó también el *habeas corpus* para personas vinculadas con delitos de terrorismo. Antes de la reforma dicho recurso podía ser presentado ante el juez del lugar de la detención. Después de la reforma, solo puede ser interpuesto ante un Juez Superior quien solicita informe al Agente del ministerio Público, el que debe evacuarlo en el plazo de doce horas. Con ello, prácticamente se prohíbe el uso del *habeas corpus* para inculcados por delitos de terrorismo²²⁷.

Por otra parte, el Decr.180/1988 introdujo normas especiales en materia de actuaciones procesales y la policía judicial. Se crearon de este modo organismos especializados, métodos y procedimientos orientados hacia la represión del terrorismo. Dentro del cuerpo técnico de la policía judicial se formaron equipos especializados para la protección del orden público, quienes -“en caso de urgencia y cuando las necesidades así lo exijan”- pueden recibir apoyo de otras fuerzas del orden, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas (art. 139). Tal situación conduce a pensar que estamos ante una verdadera “militarización de la autoridad administrativa”, militarización que no solo se manifiesta en el hecho de que el Ejército pueda intervenir en las funciones de una policía destinada a la investigación de hechos delictivos, sino que se

²²⁶ KAI AMBOS, 1989, p.75.

²²⁷ En esta opinión, KAI AMBOS, 1989, p. 76.

manifiesta asimismo en la especialidad de las funciones anexas a las ordinarias que se les atribuye y que vienen a significar una puerta abierta a la violación de derechos fundamentales.

Dentro de los poderes especiales que se les confieren destacan: la posibilidad de efectuar detenciones sin orden judicial de personas sospechosas de terrorismo, debiendo informar dentro de 24 hrs. al Juez de Orden Público; practicar registros y allanamientos en los lugares en que se presume se realizan actos de terrorismo o personas sospechosas de cometerlos; irrumpir en residencias en las que se sospechare se oculta armamento de fuego y explosivos; practicar cacheos (registro personal) a personas en cualquier lugar público; interceptación de las comunicaciones del inculcado, por orden del jefe del cuerpo técnico de la Policía Judicial²²⁸. El plazo de duración de las diligencias de indagación incluida la realización de pruebas de las mismas es de cinco días ampliable a diez días por orden del juez.

A partir de la Constitución de 1991 advino el establecimiento de la Fiscalía General de la Nación, entidad que pasó a convertirse en una investigadora y acusadora ante los jueces, y por los Decretos N°2266 y 2271 de 1991 se crea la *Justicia Regional* apareciendo los fiscales regionales o "sin rostro" y los jueces regionales en la parte del juzgamiento, como también la figura de los testigos ocultos. Con la justicia regional se convirtieron en normativa permanente las disposiciones que desde 1988 se habían expedido para organizar, en desarrollo de las atribuciones excepcionales del estado de sitio, la denominada jurisdicción de orden público²²⁹. Ella tiene competencia para conocer de una amplia gama de delitos, entre ellos, los de terrorismo, el concierto para delinquir, el de secuestro, el de extorsión, el de tortura, amenazas, homicidio amenazas y lesiones con fines terroristas, rebelión y sedición. Permite la actuación de funcionarios judiciales y testigos bajo reserva de identidad, colocándolos prácticamente en el anonimato, suprime la audiencia pública, amplía en forma exagerada los términos de la instrucción y restringe al máximo las causales de libertad provisional, con grave detrimento del derecho al debido proceso, de la presunción de inocencia y del derecho a defensa²³⁰. A juicio del Defensor del Pueblo de Colombia, la jurisdicción regional impone severas restricciones los derechos fundamentales y no ha sido eficaz en la lucha contra la delincuencia y la impunidad.

La reserva de identidad que se aplica en el procedimiento propio por la justicia regional, se ha justificado por ser un mecanismo de seguridad a la vida e integridad de los funcionarios judiciales y de los testigos que intervienen en el proceso. Pero al mismo tiempo se transgreden derechos básicos de todo detenido o procesado, puesto que la defensa está impedida de examinar la imparcialidad del fiscal o magistrado a cargo del proceso, al no disponer de fundamentos para recusarlo. Por otra parte, la defensa está imposibilitada de controvertir la prueba por cuanto no es posible verificar los dichos de un testigo secreto. No pueden ser conainterrogados, llegándose en ocasiones a una verdadera clonación de testigos: un mismo testigo secreto actúa con diferentes códigos o claves de identidad en un mismo proceso o en varios, cuestión que ha sido reconocida por la Procuraduría General de la Nación²³¹. Un ejemplo claro de ello fue la denuncia realizada por los trabajadores de la Unión Sindical Obrera (USO), acusados de haber cometido delitos de terrorismo. Los trabajadores denunciaron que en este proceso la huella digital de un testigo secreto se correspondía con la huella digital de numerosos otros testigos supuestamente distintos que habían declarado en el mismo proceso, en base a cuyos dichos la Fiscalía General de la Nación les acusó de ser autores de delitos de terrorismo²³².

²²⁸ KAI AMBOS, 1989, pp.74-75.

²²⁹ En principio la justicia regional se estableció por un término de diez años a partir del 10 de julio de 1992. La ley N° 270 de 1996 redujo este término pues señaló que en todo caso dicha jurisdicción no se extendería más allá del 30 de junio de 1999.

²³⁰ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998. p.29.

²³¹ Informe ACNUDH. 1998. p.29.

²³² "EL Tiempo" (periódico Colombiano), 11 de Agosto y 05 septiembre de 1977

En la práctica, el funcionamiento de la justicia regional ha facilitado el camino para que miembros de la fuerza pública, interviniendo como "testigos secretos" en los procesos, inculpen sin mayor fundamento a personas que han llegado a considerar subversivas, aunque ejercen actividades legítimas, por su trabajo en favor de los derechos humanos o en el campo social o sindical. Así, muchos abogados defensores han denunciado que, en ciertos procesos y al amparo de la reserva de identidad, personas pertenecientes a los Servicios de Inteligencia del Estado, o con una reconocida condición de informantes de los cuerpos oficiales de seguridad se han convertido en testigos principales, si no únicos. Este tipo de situación fue reconocida por la misma Fiscalía General de la Nación en Agosto de 1997, al descubrir, que en el proceso seguido a integrantes de la USO, uno de los testigos con reserva de identidad era un informante del Ejército y de la Policía Nacional que había hecho de la delación su medio de sustento económico regular²³³. Esta grave situación ha sido también reconocida por la Organización de Estados Americanos²³⁴.

2.a.4. Las consecuencias de una legislación de excepción en materia de terrorismo

La aplicación de medidas especiales, la amplitud de poderes que se otorgan a la policía y la injerencia del ejército en ella, permitida por la legislación ha llevado en Colombia a la restricción de derechos fundamentales y en algunos casos ha dado lugar a la práctica de actos violatorios de derechos humanos al amparo de las mismas. La tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes han pasado a formar parte de la práctica policial en materia de detenciones, infringiendo el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y art. 4, párr. 2 a) del Protocolo II Adicional. Dan cuenta de ello las denuncias que año a año formulan organismos de derechos humanos y los informes anuales de ACNUDH y CIDH (véase epígrafe siguiente).

Los derechos de libertad de pensamiento y de expresión, de asociación y de reunión, protegidos por la Constitución colombiana y numerosos instrumentos internacionales ratificados por este país, se encuentran seriamente comprometidos al no existir garantías reales para su libre ejercicio. El asesinato de periodistas en su calidad de tal, las amenazas y secuestros son frecuentes. La libertad sindical y el derecho de asociación en general, se encuentran en serio peligro, no solo por la aplicación de la legislación de excepción sino también por la actividad desarrollada por los terroristas. Quienes en definitiva resultan ser los afectados son trabajadores, campesinos y maestros²³⁵. La Oficina del ACNUDH ha manifestado que la responsabilidad por estos hechos en su mayoría corresponde a los grupos paramilitares, siendo mínima la que cabe a los grupos insurgentes.

Algo similar ocurre tratándose del ejercicio de los derechos políticos. La actividad política colombiana se caracteriza por el alto grado de intolerancia frente a los partidos y movimientos de oposición²³⁶. El propio Ejército ha manifestado ante Naciones Unidas que el

²³³Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998. p.29.

²³⁴ En el Informe Anual de la CIDH de 1996 (p.688) se señala: "La jurisdicción regional utiliza una estructura que no protege los derechos de debido proceso de los acusados que comparecen ante éste y no garantiza el acceso a la justicia. La Comisión ha criticado los sistemas judiciales "sin rostro" en varias ocasiones, tanto en Colombia como en otros países".

²³⁵ El banco de datos de la Escuela Nacional Sindical en Colombia señala que en 1997 fueron asesinados 123 trabajadores sindicalizados, de los cuales un 25% eran dirigentes sindicales y en el mismo período siete sindicalistas fueron víctimas de desapariciones forzadas. Del mismo modo los dirigentes sindicales son amenazados y sus sedes han sufrido atentados explosivos, existe persecución a trabajadores por su actividad sindical y numerosos secuestros.

²³⁶ El ejemplo más dramático es la Unión Patriótica, cuyos militantes han sido víctimas de ejecuciones sistemáticas. Más de mil quinientos miembros de este partido han sido asesinados desde la fundación del mismo en 1985, incluyendo autoridades electas y la casi totalidad de sus representantes al Congreso. Otros han tenido que exilarse y abandonar sus cargos políticos. Por otra parte, miembros del M19 y del Movimiento Paz, Esperanza y Libertad cuyos miembros son ex guerrilleros reinsertados a la vida civil han sido objeto de amenazas y atentados por parte de la guerrilla. El Partido Liberal también ha sufrido las consecuencias de las acciones terroristas siendo asesinados

85% de las personas consideradas por ellos subversivas llevan adelante lo que los militares llaman la "guerra política". Dentro de esta denominación definen las actividades de algunas organizaciones no gubernamentales, las de los sindicatos, las de algunos partidos políticos, como la Unión Patriótica y el Partido Comunista e incluso algunos miembros de partidos tradicionales²³⁷.

La legislación de emergencia ha ocasionado en reiteradas oportunidades y de manera sistemática violaciones al derecho al *debido proceso*. Abogados defensores y muchas personas inculpadas han denunciado ante Naciones Unidas graves anomalías procesales. Estas anomalías se dan generalmente en el marco de actuaciones de la jurisdicción regional. Nos remitimos a lo señalado en su oportunidad. El derecho a la presunción de inocencia se ha visto vulnerado por la aplicación de las normas procesales que regulan las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. Este organismo tiene la facultad legal de decretar la privación de libertad cuando el proceso se encuentra aún en la etapa de investigación y sin que se haya dictado una resolución acusatoria. Esto implica hacer recaer sobre el procesado una presunción de culpabilidad. Resulta también preocupante que, en algunos casos, la idoneidad de los funcionarios de la Fiscalía se mida en base a la cantidad de resoluciones acusatorias dictadas y que tal número se tome en cuenta para determinar la permanencia en el servicio y su promoción dentro del mismo. Con ello se impone un sesgo en favor de presunciones no admitidas por las normas internacionales sobre derechos humanos.

Las restricciones en el derecho a defensa son otra grave consecuencia de esta legislación, lo que se produce cada vez que una persona es vinculada a procesos en etapa avanzada de instrucción, sin tener oportunidad para defenderse desde que es objeto de medidas de aseguramiento basadas en confesiones obtenidas mediante presión o en delaciones oportunistas; o es privada de libertad por períodos excesivamente largos. Por otra parte, los abogados de personas detenidas por delitos políticos y defensores de derechos humanos están siendo constantemente hostigados para impedir la defensa de personas acusadas. Con fundamento en denuncias provenientes de organismos de inteligencia del Estado, los profesionales han sido objeto de procesos ante la jurisdicción regional²³⁸. Por último, la eficacia del *habeas corpus* se ve recortada por disposiciones que, habiéndose primero adoptado por normativas de excepción para el Estado de conmoción interior, fueron luego acogidas como parte de la legislación permanente por voluntad del Congreso colombiano. Según las normas vigentes el *habeas corpus* solo puede resolverse por los jueces penales, y las peticiones de libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deben formularse exclusivamente dentro del respectivo proceso. Una normativa flagrantemente contradictoria con el PIDCP (art. 9 párr. 4º).

2.a.5. La situación de los derechos humanos y la respuesta gubernamental: Los estados de emergencia o excepción constitucional.

algunos de sus dirigentes como presión frente al proceso electoral.

²³⁷ El Ejército afirma que: "Como es conocido, la subversión cuenta con una parte armada y con una parte política, que reúne toda la izquierda y está apoyada por diferentes organismos que ellos controlan, especialmente en las áreas de influencia como son las oficinas de derechos humanos, las cuales tienen a su vez, respaldo de las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales". Informe enviado al director de Fiscalías de Medellín en Antioquía por un comandante del Ejército colombiano. Cfr. Informe ACNUDH 1997, p. 25

²³⁸ En enero de 1997 fueron detenidos, acusados del delito de rebelión, varios miembros de la Asociación Nacional de ayuda Solidaria (ANDAS), entre ellos, Ana Rengifo, dirigente sindical y miembro del PC, Ramón Alberto Osorio, y Eugenio Córdoba, dirigentes sindicales. El proceso al cual se vinculaba a estas personas fue declarado nulo por la Fiscalía Regional y los acusados recobraron la libertad. Según consta en el expediente, el proceso estaba basado en declaraciones de informantes del Ejército, dos de los cuales revelaron su identidad y tres se presentaron como testigos secretos, y en un informe de inteligencia proveniente de los GAULA, grupos formados por miembros del ejército y de la policía especializados en los delitos de secuestro y extorsión. Después de su liberación, Eugenio Córdoba fue asesinado en Quibdó el 23-6-1997, mientras que Ramón Osorio fue víctima de desaparición forzada desde el 15-4-1997. En Agosto del mismo año fue nuevamente detenida Ana Rengifo, acusada de cometer el delito de rebelión y liberada en Diciembre de 1997. Cfr. Informe ACNUDH. 1997, p. 26.

Los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han manifestado su más honda preocupación por los acontecimientos en Colombia²³⁹. Según fuentes no gubernamentales, y a modo de ejemplo, se señala que entre 1996 y 1997 fueron víctimas de la violencia sociopolítica un total de 3.439 personas. De estos hechos violentos se estima que el 76% de ellos son atribuibles a los grupos paramilitares, el 18,6% a la guerrilla y el 4,4% a la fuerza pública. Según estas estadísticas, el terrorismo perpetrado por los grupos paramilitares habría aumentado en relación a otros años²⁴⁰. Esto no debe resultarnos extraño si consideramos las atribuciones especiales de las fuerzas armadas para intervenir en la investigación de los delitos, y de otras fuerzas de orden²⁴¹, factor criminógeno favorable a la comisión de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas²⁴². Se ha venido produciendo, en los hechos, una violación reiterada a derechos garantizados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, situación que se agrava durante los estados de emergencia.

Los ataques paramilitares se han dirigido especialmente contra defensores de los derechos humanos²⁴³, abogados de procesados por delitos de terrorismo, representantes de partidos políticos alternativos a los tradicionales²⁴⁴, autoridades electas a nivel local y sindicalistas. Sin embargo, con mucha mayor facilidad que la guerrilla, realizan verdaderas masacres de población civil²⁴⁵. La guerrilla²⁴⁶ también ha ocasionado numerosos actos

²³⁹ A modo de ejemplo, según informaciones de la Policía Nacional los asesinatos políticos y delitos comunes cobraron la vida de 26.710 colombianos en 1996, un aumento de un 5.4% en relación al año anterior, y fuentes no gubernamentales aseguran que al menos 3.600 personas fueron asesinadas por razones políticas o ideológicas. Informe Anual de la CIDH 1996, OEA, p. 681.

²⁴⁰ Según Informe de ACNUDH (marzo 1998), en el municipio de Dabeiba, Departamento de Antioquía, controlado por paramilitares tuvo cien víctimas fatales entre enero y noviembre de 1997. Entre Octubre de 1995 y septiembre de 1996, se perpetraron 78 masacres con un saldo de 437 víctimas. Entre enero y noviembre de 1997, se produjeron 31 masacres, con un saldo de 265 víctimas. En muchos casos este tipo de violaciones del derecho la vida es precedido de torturas y sevicias públicas con el objeto de aterrorizar a la población.

²⁴¹ El Defensor del Pueblo en Colombia informó a la CIDH (Comisión) que la actividad paramilitar aumentó en un 62% desde 1992, estas estadísticas han de analizarse en el contexto de graves indicios que vinculan a los asesinatos cometidos por los paramilitares con la complicidad de soldados individuales y/o de unidades militares y que tienden a demostrar que el gobierno no ha procurado adecuadamente controlar a los paramilitares. Informe Anual de la CIDH 1996, OEA, pp. 681, 688.

²⁴² A modo de ejemplo: El Procurador General para los Derechos Humanos estimó que, hasta octubre de 1996, miembros de las Fuerzas Armadas, la policía y el DAS habían cometido al menos 409 desapariciones forzadas, y alrededor de 462 casos de tortura durante las detenciones. La Defensoría del Pueblo ha dado cuenta que en 1996 se produjeron al menos 65 casos de tortura denunciados. El banco de datos del Centro CINEP - Justicia y Paz registra 155 casos entre oct. 1996 y sept. 1997. Hasta noviembre de 1997 la Oficina del ACNUDH da cuenta de 28 casos. A ello cabe añadir que no siempre las estadísticas oficiales reflejan la realidad, porque muchas de las personas torturadas solo figuran en las listas de víctimas de desapariciones forzadas o de ejecución extrajudicial, y cuando se da en el marco de las privaciones de libertad a manos de gentes del Estado. Quienes han sido torturados en este contexto son obligados a declarar por escrito que recibieron buen trato, y muchos otros no denuncian haber sido torturados por temor a ser ejecutados posteriormente. Cfr. Informe de la Oficina del ACNUDH, 1997, p. 12. Por otra parte, no puede soslayarse que estas prácticas de tortura no tan solo se dan en el marco de las detenciones, legales o ilegales, sino que también a manos de los grupos de paramilitares. La Comisión Colombiana de Juristas señala con seguridad que el paramilitarismo es responsable del 77% de los casos de tortura y ha convertido en *modus operandi* la práctica de torturar en público a quienes luego serán fusilados o degollados.

²⁴³ Así por ejemplo, Josué Giraldo C., defensor de derechos humanos y miembro de la Unión Patriótica (30-8-1996), José Eduardo Umaña M., Fiscal de derechos humanos (19-4-1998), y Julio Mahecha Avila, abogado especializado en esta materia.

²⁴⁴ Por regla general en contra de miembros de la Unión Patriótica, partido político de izquierda. Cada dos días, según dirigentes de esa organización, pierden un militante a causa del accionar de los grupos paramilitares en lo que lleva corrido 1995 a la fecha.

²⁴⁵ En reiteradas ocasiones, testigos afirman que se trató de acciones perpetradas por militares que se hacían pasar por paramilitares, o de acciones paramilitares que contaron con el apoyo, la complicidad o la aquiescencia de las Fuerzas Armadas. Informe ACNUDH, 1997.

²⁴⁶ Desde mediados de los noventa las FARC y ELN han tenido al mando un número aproximado de 10.000 a 11.000 guerrillas protagonizadas en varios frentes. Estas actividades de la guerrilla, a las cuales fuentes no gubernamentales atribuyen al menos el 35% de los asesinatos políticos, han contribuido a la creación de una situación

violentos, muchos de los cuales han contravenido disposiciones fundamentales del derecho humanitario aplicables al conflicto interno en Colombia. Entre ellos destacan: ejecuciones fuera del conflicto armado, secuestros por rescate, uso indiscriminado de minas terrestres y explosiones de oleoductos. Las guerrillas también han realizado ejecuciones extrajudiciales y otros abusos contra civiles, sobre la base de que sus víctimas eran informantes de los militares o colaboradores de los paramilitares. Asimismo ha perpetrado masacres²⁴⁷. Pero en relación con el paramilitarismo, puede decirse que la guerrilla ejerce un terror más selectivo²⁴⁸, denominando, en muchos casos "objetivos militares" a personas protegidas por el derecho internacional humanitario, dando así a entender que los considera "blancos legítimos".

La práctica más frecuente - y preliminar a los atentados contra la vida - es ejercer la "amenaza", elemento común al paramilitarismo y a la guerrilla. Los paramilitares amenazan teniendo por objetivo conseguir éxodos masivos de la población para controlar las zonas. La guerrilla ejerce una amenaza de tipo extorsivo, esto es, piden colaboración en dinero o en especie. De no cumplirse los objetivos tanto de unos como de otros las víctimas o son asesinadas o expulsadas de la zona controlada. Otra práctica frecuente es el "secuestro" con fines extorsivos, realizado sistemáticamente tanto por la guerrilla como por los paramilitares. Además, la población civil es utilizada por los combatientes para protegerse del fuego del adversario. Han habido muchos casos en que diversos actores del conflicto armado hacen uso de casas y vehículos civiles o se mezclan a la población civil durante operaciones militares poniéndola en peligro extremo. Los paramilitares se caracterizan además por ejecutar la desaparición forzada de personas²⁴⁹, cuyo efecto secundario es la creación de un estado de alarma en la población, y fenómenos de ansiedad psicológica y polarización social que afectan gravemente a toda la sociedad colombiana.

Las condiciones de vida de la población civil en este conflicto se hacen extremadamente difíciles. Por ejemplo, durante 1996, la Conserjería Presidencial para los Derechos Humanos informó que al menos 750.000 personas se encontraban desplazadas de sus comunidades de origen a causa principalmente de la actividad de los paramilitares, y en mayor medida por la actividad de la guerrilla y los narcotraficantes. Quienes mayormente sufren estas graves violaciones a sus derechos fundamentales son campesinos²⁵⁰.

Ante tal escenario, la respuesta gubernamental ha sido la utilización frecuente de la

de conflicto armado en que la violación a derechos y garantías fundamentales es aún más probable. A modo de ejemplo, citemos el asalto perpetrado por las FARC a un puesto militar en Las Delicias, en el Departamento de Putamayo (30-8-1996). Las guerrillas asesinaron a 29 soldados y se llevan a 60 de rehenes. Informe de la CIDH. 1996, OEA, p.693.

²⁴⁷ Según fuentes no gubernamentales, desde enero a noviembre de 1997 las guerrillas cometieron 14 masacres de civiles con un total de 95 víctimas

²⁴⁸ Las fuerzas militares denunciaron a la oficina del ACNUDH en Colombia que durante 1997 se produjeron 47 atentados contra la vida de miembros del ejército Nacional después de haber sido aprehendidos. De acuerdo con estas mismas denuncias 166 civiles murieron a manos de los guerrilleros. La Comisión Colombiana de Juristas indicó que grupos alzados en armas fueron autores de la muerte de 217 personas en el período comprendido entre Octubre de 1995 y Septiembre de 1996. ACNUDH recibió denuncias de particulares sobre la muerte de 888 civiles a manos de distintas organizaciones insurgentes.

²⁴⁹ La Defensoría del Pueblo en Colombia indicó que entre 1994 y 1996 fueron denunciados 1.012 casos de desaparición forzada ante esta entidad. Entre enero y noviembre de 1997 se produjeron 87 casos de este tipo, de los cuales 81 se atribuyeron a grupos paramilitares y 6 al Ejército. Véase, Informes entregados por la Defensoría del Pueblo, Centro CINEP Justicia y Paz, y ASFADES, Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, a la oficina del ACNUDH. Inf. citado 1997, p. 11.

²⁵⁰ El 13 de Febrero de 1996 un grupo paramilitar ordenó a las 450 familias que vivían en las tierras de la hacienda Bellacruz que las abandonaran en el plazo de cinco días. Durante los días siguientes, el mismo grupo asaltó a los campesinos golpeándolos, saqueando y quemando sus hogares. Como resultado, 280 familias abandonaron las tierras. En abril de ese mismo año, los campesinos desplazados volvieron a Pelaya, pueblo cercano a Bellacruz, y en este mes y durante mayo varios residentes del área fueron asesinados incluido un líder campesino de Bellacruz. La situación de los campesinos desplazados aún no se ha resuelto y las órdenes de detención emitidas por la Fiscalía General de la Nación contra los responsables del desplazamiento aún no han sido ejecutadas.

declaración de estados de excepción constitucional, que ha tenido como resultado la imposición de 36 de ellos en 44 años. Bajo los estados de excepción se establecen medidas excepcionales, incluida la denominación de ciertas áreas del país como "zonas de orden público", áreas en las que la invocación de medidas especiales permite a las autoridades policiales restringir los derechos de los ciudadanos a la libertad de circulación y de residencia. Además en esas zonas, las Fuerzas Armadas tienen autoridad para llevar a cabo allanamientos y detenciones sin orden judicial. El efecto perjudicial sobre los derechos y garantías fundamentales causados tales medidas queda demostrado en la confrontación entre Fuerzas Armadas y organizaciones guerrilleras, Fuerzas Armadas y población civil, que generalmente terminan con detenciones arbitrarias, violencia física (golpes y malos tratos) y psicológica (intimidación, pánico), muerte de personas y subordinación obligada de autoridades administrativas a militares que controlan las áreas²⁵¹.

Por otra parte, los problemas de impunidad y denegación de justicia han adquirido un carácter casi permanente²⁵², agravándose cuando el Consejo Superior de la Judicatura decidió transferir la jurisdicción de importantes casos de derechos humanos de la justicia ordinaria a la justicia militar, puesto que, como ha señalado la CIDH (Comisión)²⁵³: "En Colombia los tribunales militares han dejado consistentemente sin castigo a los miembros de las Fuerzas Armadas acusados de cometer violaciones a los derechos humanos". Esta situación de impunidad y falta de imparcialidad en el fuero militar se exasperó con la reforma al art. 221 de la Constitución al permitirse que oficiales en servicio activo pueden formar parte de tales tribunales²⁵⁴. Para contrarrestar esta situación, el Poder Ejecutivo propuso reformas al fuero militar en 1996, lo que se traduce en la creación de una Fiscalía Militar para investigar y acusar a los miembros de las Fuerzas Armadas. Cabe hacer notar que, como ha señalado la Comisión Interamericana de Justicia, esto no resuelve el problema principal, cual es la falta de imparcialidad en aquellos casos de graves violaciones a derechos humanos en los que se ven involucrados militares, ya que ellos son juzgados por tribunales militares.

2.a.6. La respuesta internacional a la situación de derechos humanos y la realidad colombiana.

Con el objeto de hacer frente a esta grave situación, la comunidad internacional ha respondido con la creación de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia, mediante acuerdo suscrito en Ginebra el 29-11-1996, entre la Ministra de Relaciones Exteriores colombiana y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Esta oficina inició sus actividades en abril de 1997. La acogida de este órgano fue favorable por parte del gobierno y la sociedad colombianas, y ha contado con la colaboración de las instituciones estatales y gubernamentales pudiendo desarrollar medianamente su actividad.

Pero lo cierto es que Colombia continúa sufriendo una de las tasas de homicidios más altas del mundo²⁵⁵. Dentro de este contexto de violencia debe hacerse referencia necesaria a la criminalidad generada por las organizaciones de narcotraficantes que han llegado a realizar ofensivas terroristas mediante la colocación de explosivos en sitios públicos, asesinando a víctimas inocentes. Existen indicios sobre el apoyo que estas organizaciones prestan a los

²⁵¹ Así por ejemplo: entre Julio y Septiembre de 1995 la confrontación entre fuerzas de seguridad y trabajadores rurales que protestaban por la fumigación de campos de coca en los Departamentos de Guaviare, Caquetá, Putumayo y Santander del Norte, dejó un saldo de 400 detenciones ilegales, violencia física contra periodistas, muerte de varias personas y la subordinación de alcaldes locales y otros funcionarios públicos al control de los comandantes militares en el área. Informe de la CIDH. OEA, 1996. p. 690.

²⁵² En junio de 1996, el Consejo Superior de la Judicatura informó que el 98% de los delitos quedan impunes, y los observadores de derechos humanos afirman que virtualmente el 100% de todos los delitos relacionados con la violación de derechos humanos quedan impunes.

²⁵³ Informe de la CIDH. O.E.A. 1996, p. 686.

²⁵⁴ Según la CIDH esta reforma constitucional tuvo por objeto anular el efecto de una decisión en 1995 de la Corte Constitucional, la cual determinó que solo podían integrar los tribunales militares los oficiales militares y no oficiales en servicio activo. Informe CIDH, OEA.1996, p.686.

²⁵⁵ Informe ACNUDH en Colombia, 1997, p.5, marzo de 1998

grupos paramilitares, que en ocasiones actúan como ejércitos privados de los grandes jefes de los carteles de la droga. En zonas controladas por los grupos insurgentes, estos permiten y controlan los cultivos y el comercio ilícito de la coca, obteniendo provecho económico de las contribuciones que impone a quienes en él participan.

La agravación de la violencia y el acrecentamiento del conflicto armado han golpeado gravemente la economía del país, generando desinversión, desempleo, disminución en la actividad productora de alimentos básicos, marginación y pobreza. De allí el amplio debate que se ha venido dando en el seno de la sociedad colombiana para encontrar una eventual salida pacífica ante la violencia armada.

El gobierno de Samper en 1997 adoptó una serie de medidas tendientes a impulsar las condiciones para el inicio de un diálogo, encontrando acogida en candidatos, políticos y organizaciones sociales, también por parte de los grupos guerrilleros quienes si bien mostraron reticencia y pusieron condiciones a estas ofertas de diálogo, han optado, principalmente las FARC por llevar a cabo estas negociaciones de paz, del mismo modo el ELN²⁵⁶. No obstante, pese a que el gobierno y la guerrilla parecieran lograr acuerdos en torno a determinados puntos para alcanzar la paz, los grupos paramilitares, quienes en apariencia han aceptado negociar exigiendo reconocimiento²⁵⁷, se han mostrado en la práctica disconformes con estas negociaciones y han continuado con su actividad terrorista asesinando a civiles y a defensores de derechos humanos²⁵⁸.

2.b- PERU.

2.b.1. Marco Jurídico del tratamiento del terrorismo

La primera ley antiterrorista tuvo lugar bajo la dictadura militar del General Velasco Alvarado (Ley 19.049 de 30-11-1971), castigando con pena el uso de bombas y artefactos explosivos para fines delictivos. Esta ley fue complementada con la ley 20.828 de 3-12-1974, sobre atentados contra la vida de las personas con fines políticos. A comienzos de la década de los 80, y coincidiendo con el inicio de la lucha armada del PCP (SL), se promulga el Decreto Legislativo 046 de 10-3-1981 que vino a regular la descripción típica de los delitos de terrorismo y su tratamiento procesal²⁵⁹.

Posteriormente se dictaron diversas normas sustantivas y procesales, en el marco de una política legislativa contestataria por parte del gobierno al accionar armado de grupos guerrilleros: Durante el gobierno de Alan García, la legislación de 1981 fue derogada por una nueva ley antiterrorista, la Ley 24.651 de 20-3-1987. El rasgo fundamental de esta ley fue la mantención de elementos subjetivos dentro del tipo penal para calificar en forma específica algunos aspectos del delito de terrorismo²⁶⁰. La definición potencialmente abarcaba cualquier

²⁵⁶ Raúl Reyes, uno de los comandantes de las FARC ha señalado que: “la FARC es una guerrilla ideológica y por eso permanentemente hace propuestas conducentes a buscar la paz, buscar soluciones distintas a la guerra. Pero no hay por parte de la clase política colombiana, una predisposición a cualquier entendimiento, a cualquier fórmula distinta de la guerra”. En igual sentido se manifestó el comandante de ELN, Manuel Pérez: “ El que se pueda llegar a un arreglo dependerá únicamente de la toma de conciencia y de la puesta en marcha de procesos de transformación en el régimen político, económico y social”. Entrevistas publicadas por el periódico Resumen Latinoamericano, Julio-Agosto de 1997.

²⁵⁷ Pronunciamiento del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia de 26-6-1997: "Reconocemos la identidad y la convergencia en muchos aspectos que guerrilla y autodefensas reclamamos del Estado, como condición para allanar los caminos de la paz". Informe de ACNUDH en Colombia, 1997, p.7, marzo de 1998.

²⁵⁸ A mediados de 1997, tras la masacre de Mapiripán, Departamento del Meta, Carlos Castaño, máximo jefe del grupo Autodefensas Unidas de Colombia, declaró a la prensa que “habría muchos más Mapiripanes”, lo que se ha cumplido en los hechos.

²⁵⁹ GAMARRA, Ronald. *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 1995, p.12.

²⁶⁰ El artículo 288 A, que definió el delito de terrorismo señalaba: “El que con el propósito de provocar o mantener el estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella; cometiere actos que pudieren carear

clase de conductas, incluyendo términos inciertos susceptibles de ser utilizados para cometer abusos, tales como “grave perturbación de la tranquilidad pública”, “seguridad del Estado”, “afectar las relaciones internacionales”. Además, abundaba en la tipificación de delitos de peligro abstracto, castigando conductas que aparecían muy lejanas al daño de bienes jurídicos protegidos. Se tipificó como agravante de la realización de actos de terrorismo (enumerados en art. 288 A CP), el hecho de ser cometidos perteneciendo a una organización o banda. Por el art. 2 se insertó en el CP la posibilidad de reducir la pena cuando se hubiese abandonado voluntariamente las actividades delictivas y mediare confesión.

Por otra parte, la ley 24.700 de 24-6-1987, vino a regular los procedimientos para la investigación policial, la instrucción y el juzgamiento de los delitos cometidos con propósito terrorista. No obstante, ella parecía insuficiente para combatir el accionar de grupos armados: Osmán Morote, el segundo líder del PCP-Sendero Luminoso fue absuelto de los cargos de homicidio y terrorismo que se le imputaban por falta de pruebas e inexistencia de un tipo penal de asociación ilícita terrorista. El gobierno de Alan García reaccionó rápidamente enviando tres proyectos de nuevas leyes antiterroristas al Congreso en 1988, solicitando aprobación de urgencia (15 días)²⁶¹. Estas nuevas leyes fueron objeto de críticas por parte de numerosos parlamentarios dada sus falencias técnico jurídicas y calificadas – con justa razón- como “hechas con precipitación para las galerías y no para el Parlamento”²⁶².

Al iniciarse el período presidencial de Alberto Fujimori la sociedad peruana había generalizado su rechazo al terrorismo, durante 1992 se habían producido alrededor de 1.606 víctimas a consecuencia de la violencia política en más de 1.749 atentados. El gobierno reaccionó con “habilidad política” y se crearon oficinas de Derechos Humanos en todas las prefecturas, gobernaciones y tenencias destinadas a recibir las denuncias de los ciudadanos²⁶³. Del mismo modo crea un Comité Nacional de Derechos Humanos dependiente del Ministerio del Interior para canalizar la acción política y las relaciones con los organismos internacionales vinculados a esta materia.

La CDHNU y la CIDH mostraron su respaldo a la política adoptada por Fujimori condenado particularmente al PCP(SL)²⁶⁴. Fujimori, profitando de la coyuntura política favorable había suspendido el Parlamento y ejercía ya un gobierno de facto denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” y dicta *el Decreto Ley 25.475 de 6 de Mayo de 1992* estableciendo “la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, una verdadera legislación de excepción que ya no se contenía en una norma general, el Código Penal. La promulgación de este Decreto obedeció asimismo a los serios problemas de aplicación que había generado la profusa y contradictoria legislación que hasta ese entonces había sido dictada y que había generado una hiperinflación legislativa. Este Decreto Ley 25.475 y sus normas complementarias vinieron a poner fin a esta situación, diseñando, como lo expone UGAZ SÁNCHEZ “un modelo claramente emergencista, en el que- en la aparente tensión entre eficacia y garantismo- el

peligro para la vida, la salud o el patrimonio de las personas o encaminadas a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación, transporte o de conducción de fluidos o fuerzas motrices u otras análogas, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o la seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de quince años o internamiento.”

²⁶¹ KAI AMBOS, 1989, p.68.

²⁶² Enfático a este respecto fue el Senador Valle Riestra. Véase, Diario *La República* de 5 de agosto de 1988. Cit. por GAMARRA, R. 1995.

²⁶³ El Consejo de Ministros publicó un documento explicativo de la política gubernamental relativo a este tema (9 de septiembre de 1991) recogiendo los conceptos vertidos en el proyecto de gobierno que Fujimori había presentado y propuso modificaciones a nivel institucional. “*El Peruano*”, 13-9-1991.

²⁶⁴ En Agosto de 1991 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró: “La comunidad internacional se ha formado un criterio claro contra Sendero Luminoso, considerado actualmente como el más cruel, violento y sanguinario de todos los grupos terroristas”. Véase, “*El Peruano*” de 20-8-1991.

legislador opta por restringir garantías fundamentales del debido proceso legal con la intención declarada de aportar una mayor eficacia a la lucha contra el terrorismo”²⁶⁵.

El carácter de facto y la legislación de emergencia fueron nuevamente cuestionadas por la comunidad internacional, pero Fujimori persistió en sus intentos por convencerla del peligro que representaban los grupos armados contrarios a la institucionalizada, hasta lograr su objetivo²⁶⁶. Ya con el apoyo internacional el gobierno se siente legitimado para continuar la lucha contra el terrorismo en la orientación descrita y dicta el *Decreto Ley 25.659 de 13 de agosto de 1992*, regulador del delito de “*Traición a la Patria*”, y que complementó la legislación antiterrorista al señalar que determinadas conductas contenidas en el DL 25.475 son constitutivas del tipo penal de traición a la patria, castigándolas con penas excesivamente elevadas, en su mayoría 25 años de privación de libertad a cadena perpetua.

El *Decreto Ley 25.708 de 10 de septiembre de 1992*, a tan solo dos días de haber sido capturado el líder del PCP(SL), Abimael Guzmán, se encargó de establecer normas aplicables a los procedimientos en los juicios sobre traición a la Patria. Las características generales de esta legislación de emergencia distan mucho de responder a un modelo penal que garantice el respeto al derecho a un juicio justo e imparcial. Se establecen los tribunales sin rostro, se permite la condena en ausencia, se reduce la edad de la imputabilidad hasta los 15 años, se habilita al Fuero Militar para el juzgamiento del delito de traición a la patria, se establece el proceso militar sumarísimo para teatro de operaciones, se prohíbe el ejercicio de las acciones de garantía para los detenidos por delitos de terrorismo y traición a la patria, se restringe el derecho a defensa, se prohíben los beneficios penitenciarios, etc²⁶⁷.

Con la promulgación de una nueva Constitución en 1993, y ya privados de libertad los dos líderes máximos de los grupos armados, se pensó que habría un restablecimiento de la democracia y el Estado de derecho en el Perú, sin embargo, no se concretó en lo que la ciudadanía esperaba: la separación de funciones de las tres ramas del poder público, y persistieron las interferencias indebidas del Ejecutivo y de los militares en el Poder Judicial. Tras el informe de la Comisión Goldman, creada por EE.UU. para evaluar el tratamiento legal existente en el Perú para los delitos de terrorismo y Traición a la Patria, se derogaron algunas de las restricciones, prohibiéndose nuevamente las condenas en ausencia, permitiendo que los abogados defiendan más de un caso de terrorismo, elevando la edad de la imputabilidad y restituyendo el derecho a presentar acciones de garantía.

En 1995, Fujimori fue reelecto para un nuevo período presidencial, con mayoría parlamentaria en el Congreso. Esto permitió que la aprobación de la *Ley 26.479* la cual otorga amnistía general a militares, policías o civiles que hubieren sido objeto de denuncia, investigación, acusación, juicio o condena, o que cumplía condenas de prisión por violaciones de los derechos humanos cometidas entre mayo de 1980 y el 15 de junio de 1995. El 28-6-1995 aprobó una segunda *Ley de amnistía 26.492* en el mismo sentido. Paradójicamente, la represión legislativa al terrorismo insurgente se acentuó, contando con la ya “tradicional” ingerencia de los Estados Unidos. En abril de 1996, Clinton tras promulgar en EE.UU. la “Ley contra el terrorismo y para Agilizar la pena de muerte” organizó en Lima una conferencia de la OEA en la que participaron 22 naciones. De allí surgió la “Declaración del Plan de Lima y el Plan de Acción” que propone una red hemisférica de colaboración en materia de contrainsurgencia y coordinación política. En esta colaboración destaca el enconado ataque contra el asilo

²⁶⁵ UGAZ SANCHEZ-MORENO, José. Prólogo a la obra de R. GAMARRA, 1995, pp. 13.

²⁶⁶ El 24 de Julio de 1992, el Consejo permanente de la OEA apoyó abiertamente al gobierno aprobando una resolución en la que condenó la violencia terrorista en el Perú y calificó al PCP-Sendero Luminoso y al MRTA como grupos “genocidas” y relacionados con el narcotráfico.

²⁶⁷ El caso de Abimael Guzmán ha sido un macabro ejemplo de la anulación de garantías individuales: A tan solo un mes de su detención (7-10-1992) fue condenado a prisión perpetua por el delito de traición a la Patria, sin tener siquiera derecho a un juicio justo que permitiera establecer su responsabilidad criminal.

político²⁶⁸ y la ampliación de las “listas” en las que se señalan las organizaciones terroristas²⁶⁹.

Como sabemos, en el 2000 Fujimori quiso ser reelecto nuevamente, en un oscuro proceso electoral que produjo una efervescencia social que desde hacía años no se veía en el Perú. A ello se sumaba la indignación popular ante las nebulosas maniobras de V. Montecinos, cuando Fujimori estaba en el Poder. Tras el gobierno interino de Paniagua, se celebraron nuevas elecciones, resultando ganador Alejandro Toledo²⁷⁰. Su principal preocupación ha sido el esclarecimiento de los delitos de corrupción que se habrían producido bajo el gobierno de Fujimori y la adecuación de la legislación interna a las normas constitucionales y la normativa internacional de derechos humanos.

a) *Decreto Ley 25.475 de 6 de mayo de 1992.*

El marco jurídico de la legislación antiterrorista en el Perú, se encuentra como se ha indicado en el DL 25.475, norma que se corresponde en toda su extensión con la “pacificación del país dentro de un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas (inc.4, art. 2, DL 25418). Así, el legislador peruano optó por una legislación especial que establece, en 23 artículos y siete disposiciones transitorias, la penalidad para los delitos de terrorismo, su instrucción, investigación y juicio. También establece medidas de protección a los jueces y auxiliares de la administración de justicia.

Por su art. 22 se estableció una derogatoria de toda la normativa antiterrorista existente en el Perú. En el *derecho penal Sustancial*, derogó los delitos de terrorismo contenidos en el CP de 1991 (Decreto Legislativo 635)²⁷¹, cuyo mayor avance garantista en esta materia había sido la supresión de la equiparación de los autores y cómplices a efectos de la determinación de la pena que establecía la legislación anterior²⁷². En *derecho procesal*, la derogatoria afectó a la Ley 24.700 (Junio de 1987) previamente modificada por la Ley 25031 (junio de 1989) relativa al procedimiento para la investigación policial, la instrucción y el juzgamiento de los delitos cometidos con propósito terrorista²⁷³. También, y por disposición expresa, se entienden derogadas todas las disposiciones que se opongan al contenido material del DL 25.475. Tales derogaciones, según entendemos, significan una desobediencia al principio de supremacía de las

²⁶⁸En Lima Fujimori declaró: "De hoy en adelante, las naciones americanas no protegen a los terroristas que buscan asilo o refugio presentándose como perseguidos políticos". Uno de los casos es el de Julián Calero, ciudadano peruano que solicitó asilo político en EE.UU y que le fue negado. El INS (Servicio de Inmigración y Naturalización), admitió que no recibió prueba alguna del gobierno peruano de que Calero hubiese cometido el crimen que se le imputaba por la DINCOTE y por el cual sería juzgado por un juez sin rostro. Pero, a pesar de eso dijo: "El consejo de Apelaciones de Condición Migratoria ha dictaminado que si la policía tiene razón para investigar la magnitud de la injerencia de un individuo con militantes que buscan el derrocamiento violento del gobierno, y que *si la policía maltrata a ese individuo a fin de extraer información sobre militantes en vez de hacerlo por su opinión política, entonces el solicitante no ha demostrado que sufrió persecución por razones amparadas por la ley*". *Documentos del CARP*, 01-09-1997: http://www.csrp.otg/espanol/e_calero.htm. En otras palabras, EEUU justifica inequívocamente la utilización de mecanismos de tortura para la obtención de información en relación a los grupos terroristas.

²⁶⁹ El 8 de Octubre de 1997 la Secretaría de Relaciones Exteriores de EE.UU. (Departament of State) publicó una lista de 30 organizaciones en diversas partes del mundo a las cuales considera "terroristas", lista que se compiló bajo el decreto de la llamada "Ley antiterrorista y de pena de muerte efectiva" adoptada por el congreso y ratificada por el Presidente Clinton en Abril de 1996. En la lista aparece el *Partido Comunista del Perú* (llamado *Sendero Luminoso - Shining Path* por la Secretaría de Relaciones y la prensa).

²⁷⁰ Supra Cap, II, II, 4. *Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina, ...4. Perú*, epígrafe 4.8.d.

²⁷¹ El CP 1991 regulaba los tipos penales de terrorismo en el Libro II, arts. 319 al 324, Título XIV, Delitos contra la Tranquilidad Pública, Cap. II, Terrorismo.

²⁷²No obstante hay que reconocer que también recogía algunos presupuestos contrarios al garantismo de la antigua legislación (DL 046 y Ley 24651, modificada por la ley 24953), tales como tipos penales abiertos actos preparatorios, etc. y además un sinnúmero de preceptos confusos y redundantes. GAMARRA, R.1995, p.35

²⁷³ Esta derogada ley establecía que la investigación policial de los delitos de terrorismo estaba a cargo de la Policía de Investigaciones y su instrucción a cargo de un juez especial designado por las cortes superiores respectivas, siendo el procedimiento a seguir el penal ordinario con algunas modificaciones y que el juicio oral se sujetara a la legislación procesal ordinaria.

normas, violación que ocurre cada vez que nos encontramos ante una legislación dictada bajo un gobierno de facto, como lo era el de Fujimori, y que poco o nada tiene que ver con el respeto a los principios constitucionales y normas internacionales²⁷⁴.

El DL 25.475 da un tratamiento unitario al fenómeno del terrorismo, a diferencia de las anteriores que otorgaban un tratamiento diferenciado, pues concentra en ella aspectos sustantivos, procesales y de ejecución que podemos sintetizar en²⁷⁵: **En lo sustantivo penal**: a) descripción de los diversos tipos penales y el señalamiento de la pena aplicable: Terrorismo simple (art. 2); terrorismo agravado (art. 3); y tipos autónomos: colaboración con el terrorismo (art. 4); asociación terrorista (art. 5); incitación terrorista (art. 6) y apología del terrorismo (art. 7). Además se prevé el delito de obstrucción a la justicia (art. 8), b) previsión de la reincidencia (art. 9), c) pena accesoria de multa (art. 11).

En lo procesal: a) Tratamiento de la investigación policial (art. 12), b) regulación de la instrucción y el juicio, art. 13), c)Habilitación de ambientes especiales en los establecimientos penitenciarios para la instrucción y el juicio (arts. 14 y 16), c) Medidas de protección a los funcionarios que intervienen en los procesos y la penalidad aplicable a los infractores: identidad secreta (art. 15), delito contra la función jurisdiccional (párrafos 2 y 3 del art. 15), juicio en ambientes en los que no se les pueda identificar visual o auditivamente (art. 16), d) Competencia a nivel nacional de los magistrados (art. 17); e) limitación en el derecho a defensa en cuanto los abogados no pueden patrocinar simultáneamente a más de un encausado (art. 18, derogado). Además, en las disposiciones finales y transitorias contempla: señalamiento de autoridades encargadas de la elaboración de claves y códigos(1ª), remisión de causas entre los distritos judiciales (2ª), provisión de abogados de oficio (3ª), coordinaciones entre autoridades (4ª), adecuación de procesos en trámite (5ª), administración y cuidado de los bienes incautados por la Dincote (7ª). **En materia de ejecución de penas**: a) improcedencia de beneficios establecidos en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal (art. 19), b) normas especiales sobre ejecución penal (art. 20), c) introducción de la pena privativa de libertad de “cadena perpetua” mediante modificación al art. 29 del Código Penal (art. 21)

En cuanto a su vigencia, este DL determinó que ella sería inmediata y para lo futuro desde el día siguiente a su publicación, contraviniendo el art. 195 de la Constitución de 1979, que establecía que las leyes entraban en vigor obligatoriamente a partir del decimosexto día de su publicación. El DL, en atención al principio de irretroactividad de la ley penal se aplica a hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, procediendo la retroactividad solo en beneficio del reo. Ello constituye una mera declaración de principios, toda vez que la severidad del tratamiento a los delitos de terrorismo imposibilita esta aplicación en beneficio del reo. En cuanto a las normas procesales, éstas se aplican de forma inmediata, cumpliendo con la regla general, sin carácter retroactivo.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el DL 25475 cumple con el principio de territorialidad, aplicándose a los hechos cometidos dentro del territorio peruano y excepcionalmente establece la extraterritorialidad tratándose de ciudadanos peruanos que hubiesen cometido el delito de apología del terrorismo en territorio de otro Estado (art. 7). Ello constituiría, en nuestra opinión, una violación al derecho fundamental a la libertad de expresión, dado que atendida la redacción de los tipos penales, no puede señalarse exactamente qué conductas serían constitutivas de la apología del terrorismo. En todo caso, el DL establece una limitación común en toda legislación que determina la aplicación extraterritorial de la penal, cual es que, el delito cometido ha de ser susceptible de extradición y cumplir con el principio de

²⁷⁴ Ello se ve reafirmado toda vez que en la Disposición transitoria 4ª se amplía el campo de actuación extralegal del Poder Ejecutivo al conceder, entre otros, al Ministerio de Justicia, del Interior y Economía y Finanzas la facultad de dictar las disposiciones pertinentes para la mejor aplicación y cumplimiento de la ley y las coordinaciones necesarias.

²⁷⁵ Nos guiamos por la obra de GAMARRA, R. 1995, pp. 34 y ss.

doble incriminación, todo ello según lo dispone el art. 37 de la Constitución Peruana de 1993.

b) Legislación complementaria.

Con la finalidad de complementar este tratamiento jurídico al terrorismo que da el DL 25.475, se dictó el *DL 25.659 de 13 de Agosto de 1992* regulador del “Delito de Traición a la Patria” y el *DL 25.708 de 2 de septiembre de 1992* sobre normas de procedimiento en los juicios por delitos de traición a la Patria. Estas disposiciones resultan fundamentales en el marco jurídico del DL 25.475 pues vinieron a calificar como traición a la patria y agravar la penalidad de ciertos delitos de terrorismo, principalmente para los líderes o cabecillas de estas organizaciones, y a sujetarlos al Fuero Militar, para que los infractores a la legislación antiterrorista sean arrastrados al “fuero privativo militar”. En otras palabras, que los encausados aun en su calidad de civiles, sean juzgados por tribunales militares, con la subsecuente supresión de garantías mínimas.

Las características principales de estos DL pueden sintetizarse en: Tipificación del delito de traición a la patria y habilitación del fuero militar para el juzgamiento de éste, la improcedencia de las acciones de garantía de los detenidos o procesados por delitos de terrorismo y traición a la Patria (DL 25659, modificado por la Ley 26248), aplicación del procedimiento sumario del Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones, a los delitos de traición a la patria y la procedencia del recurso de nulidad en los casos de imposición de cadena perpetua o pena privativa de libertad de treinta o más años (DL 25708), observancia en los procesos de traición a la patria de disposiciones del DL 25.475 con algunas modificaciones: posibilidad de detención preventiva de quienes presuntamente se encontraren implicados hasta por un término de treinta días, no ofrecimiento como testigos a quienes hayan intervenido en la elaboración del atestado policial ni a los miembros de las Fuerzas Armadas participantes en la detención, limitación de abogados para defender a más de un encausado simultáneamente (derogado por Ley 26.248), improcedencia de los beneficios establecidos en el Código Penal y de Procedimiento Penal para los procesados o condenados, cumplimiento de la pena privativa de libertad en un centro de reclusión de máxima seguridad (DL 25744), derecho de los presuntos implicados a ser asesorados por un abogado desde el inicio de la investigación policial, improcedencia de limitar la participación de éste en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado (Ley 26.447 modificada por Ley 26537)

Con posterioridad al DL 25.475, se han dictado un sinnúmero de normas complementarias, cuyos aspectos principales son:

- 1) Medidas premiales: otorgamiento de beneficios a terroristas arrepentidos: reducción y exención de la pena (DL 25.499), derogado por la Ley 26.345, ampliación de las normas sobre arrepentimiento, a fin de comprender a los autores de los delitos de terrorismo y traición a la patria, exceptuando a los dirigentes (Ley 26220), reglamentación de las mismas (Decreto Supremo N° 015-93-JUS), fijación del plazo de vigencia para los beneficios establecidos en la legislación sobre arrepentimiento (Ley 26.345), la tipificación de los actos de terrorismo cometidos por personas que se hubieren acogido a la legislación de arrepentimiento, como delito de traición a la patria y la habilitación del fuero militar para su juzgamiento (Ley 26.508 de 20-7-1996)
- 2) Responsabilidad penal de menores entre los 15 y 18 años (DL 564 derogado por la ley 26447 que estableció la exención de responsabilidad penal para los menores de dieciocho años), aplicación de las normas de imputabilidad restringida a los autores de delitos de terrorismo, imposición de medida socioeducativa de internación de adolescentes menores de 18 años que cometan infracciones tipificadas por la ley como delitos de terrorismo (Ley 26447 modificada por Ley 26537)
- 3) Facultad de los órganos jurisdiccionales para condenar en ausencia a los procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria (DL 25728, derogado por la ley 26248)

- 4) No caducidad de la vigencia de las requisitorias cursadas a la autoridad policial para los casos de terrorismo hasta la detención y juzgamiento de los procesados (DL 25660)
- 5) Reglamentación del régimen de visitas a los internos por delitos de terrorismo (Resolución Suprema N°114-92-JUS)
- 6) Libertad inmediata para el procesado por delito de terrorismo una vez cumplido el plazo de detención, de 30 meses (DL 25824, derogado por Ley 25916), mantenimiento de la prohibición de los beneficios penitenciarios y procesales, incluido el relativo a la inmediata libertad del inculcado por cumplimiento del plazo límite de detención, para los agentes de los delitos de terrorismo y traición a la Patria (DL 25916)
- 7) Tipificación del delito de apología del terrorismo cometida por un docente o profesor como delito de traición a la patria, la habilitación del fuero militar para su juzgamiento (DL 25880), sujeción al fuero militar de los casos de tenencia ilegal de nitrato de amonio y su utilización en atentados explosivos (Decreto ley 25.643)
- 8) La fecha a partir de la cual los juzgamientos de los delitos de terrorismo se realizarán por los magistrados que correspondan conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes (Ley 26537).
- 9) Procedencia del recurso de revisión en delitos de traición a la patria sin necesidad de acompañar nueva prueba, vigencia de la acción de habeas Corpus a favor de los detenidos o procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria, la concesión de libertad incondicional durante la etapa de instrucción, la restitución del principio de no ser condenado en ausencia (Ley 26248)

2.b.2. Derecho Penal Sustancial: Los delitos de terrorismo en el DL 25.475.

a) Terrorismo Simple.

El art.2 del DL 25.475 otorga una definición de delito de terrorismo y establece su campo de aplicación: “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, 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”.

La doctrina ha criticado la mención a la provocación, creación o mantención de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ya que “de un lado, que será considerado terrorista el delincuente común que realiza un acto contra la vida que produce zozobra, alarma o temor en las población o en un sector de ella (lo que es un absurdo); y de otro lado, que será una conducta atípica la realización de actos que no verifiquen objetivamente un estado de terror”²⁷⁶. Se pierde con ello la naturaleza del terrorismo, ya que no reconoce en parte alguna la finalidad política, y en cierto sentido, los resultados de esta carencia han permitido en 1998, mediante la dictación de nuevas normas complementarias, la consideración de delitos comunes como terroristas, atendida la situación de inseguridad jurídica e inestabilidad que se vive en el Perú. Cualquiera puede ser procesado por delitos de terrorismo.

Por otra parte, el tipo de terrorismo simple no exige la lesión del bien jurídico protegido, la tranquilidad pública²⁷⁷, al requerir solo la creación de una situación en la cual es probable el daño al bien jurídico tutelado, y por ende nos encontramos ante un delito de peligro, situación ésta que viene arrastrándose desde la legislación de 1987 durante el gobierno de Alan García. En cuanto al Sujeto Activo, éste no requiere calificación especial alguna, y por ende se

²⁷⁶ GAMARRA, R. 1995, pp. 68 -70 .

²⁷⁷ En este sentido se manifiesta en la doctrina peruana GAMARRA, R.1995, pp. 55 y ss..

trataría de un delito común. Sin embargo la ley nuevamente introduce conceptos indeterminados que quedan a criterio del juez ya que , si el sujeto activo del delito pertenece al “grupo de dirigentes” de una organización terrorista o si integra “grupos armados de aniquilamiento” o similares o de eliminación física de personas o “grupos de personas indefensas”, la penalidad aumenta a cadena perpetua. En otras palabras, la ley no hace distinción en cuanto a que si los delitos de terrorismo pueden ser cometidos individualmente o necesariamente han de realizarse por una organización para ser considerados como tal, opero establece una penalidad mayor en caso de darse el elemento organizativo. La ley no define lo que debe entenderse por asociación terrorista, carencia que se arrastra asimismo desde la primera legislación antiterrorista en Perú, lo que resulta un tanto extraño por cuanto la defensa directa del gobierno y el ataque directo que éste hace se relaciona precisamente con “grupos” organizados. El Sujeto Pasivo es el Estado en cuanto titular del bien jurídico protegido que sufre la afectación o lesión.

La conducta prohibida, descrita de forma compleja en el tipo, plantea una serie de supuestos de afectación a bienes jurídicos que, en su mayoría son regulados como tipos autónomos en el Código Penal: delito de homicidio, secuestro, robo, extorsión, etc²⁷⁸. En el tipo de terrorismo la doctrina les ha considerado como objeto material en el que recae la acción típica²⁷⁹. En cuanto a la penalidad, la ley establece una pena privativa de libertad no menor de veinte años.

Particularmente importante resulta la problemática que se da en torno a la regulación del delito de traición a la Patria respecto al tipo de terrorismo simple, ya que según el inciso a del art. 1 del DL 25659 que tipifica el delito de traición a la Patria, éste se configura por cometer los actos previstos en el art. 2 del DL 25.475 utilizando determinada modalidad: 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. En atención al modo de ser o manifestarse. (modalidad), el delito de traición a la patria se diferencia del tipo de terrorismo simple, tanto en la utilización de los medios cuanto en los resultados producidos.

b) Terrorismo Agravado.

Los tipos de terrorismo agravado se contienen en el art. 3 del DL 25.475 en los que la penalidad de los delitos de eleva hasta cadena perpetua y privativa de libertad no menor de treinta años en determinadas circunstancias²⁸⁰.

1.- Tipo agravado: Delito de Traición a la Patria.

²⁷⁸ El tipo de terrorismo simple comprende fórmulas o acciones que pueden ser agrupadas en: **1)** Actos contra la vida, el cuerpo y la salud, la libertad y la seguridad personales o contra el patrimonio: homicidio simple (art. 106 del CP), parricidio (art. 107 CP), homicidio calificado (art. 108 CP), homicidio culposo (art. 11 CP), aborto sin consentimiento (art. 116 CP), lesiones graves (art. 121 CP), lesiones leves (art. 122 CP), genocidio (art. 129 CP), coacción (art. 151 CP), secuestro (art. 152 CP), tráfico (art. 153 CP), desaparición forzada de personas (art. 1 del DL 25592), robo (art. 188 CP), robo agravado (art. 189 del CP), extorsión (art. 200 CP), daños (art. 205 CP), **2)** Actos 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, los que pueden ser asimilados a los delitos contra la seguridad pública contemplados en los Capítulos I y II del Título XII del Libro II del Código Penal: peligro común (art. 273 CP), peligro común agravado (art. 275 CP), peligro para medio de transporte y comunicación (art. 280 CP), peligro para la seguridad común (art. 281 inc. 1 y 2 del CP).

²⁷⁹ GAMARRA, R. 1995, 58 - 71

²⁸⁰ Originariamente los supuestos de agravación fueron tres y estaban en función de la calidad de los sujetos activos, los medios empleados y la afectación a los objetos de protección. la formulación actual sufrió variaciones como consecuencia de la promulgación del DL 25659 que tipifica el delito de traición a la Patria. Los incisos a y b del art. 1 de este DL regula los mismos supuestos que el inc. a. del art. 3 del DL 25.475, y su única diferencia radica en que en el primero, los supuestos constituyen por sí mismos tipos autónomos, desligados de un tipo base como ocurre en el segundo caso. Por ende podría decirse que en este aspecto el DL 25569 ha derogado tácitamente al DL 25475.

El DL 25659 tipifica el delito de traición a la Patria en cuanto forma agravada del delito de terrorismo, lo cual es una evidente desnaturalización, ya que traicionar a la patria implica la romper con la lealtad debida a la Nación por sus ciudadanos²⁸¹. El art. 2 del DL 25659 indica: "Incorre en delito de traición la patria: a.- El que pertenece al grupo dirigenal 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". El art. 3 por su parte, y remitiéndose expresamente al art. 3 inciso. a del DL 25.475, establece que la pena aplicable es la de *cadena perpetua*, sea que se trate de dirigentes o cabecillas, sea que se trate de meros integrantes de grupos armados o pelotones de aniquilamiento.

2.- Tipo agravado por la calidad de miembro de una organización terrorista.

El tipo regula la conducta del agente que forma parte de la organización terrorista en calidad de miembro, como contraposición a la calidad de dirigente, cabecilla o líder, la sanción aplicable es la pena privativa de libertad no menor de treinta años. Cabe hacer notar que esta pertenencia a que alude el legislador ha de manifestarse en conductas activas, a diferencia del tipo de asociación al grupo terrorista (art. 5 del DL 25475). Se califica la conducta de quien, en su calidad de miembro o integrante de una organización terrorista, realiza los actos descritos en el delito de terrorismo regulado en el art. 2 del DL 25475, luego, la conducta se agrava en atención a la calidad del sujeto activo.

3.- Tipo agravado por la intervención o participación en la muerte de personas.

Esta figura califica la conducta del miembro de una organización terrorista que intervenga directamente o provoque la muerte de una persona o tenga participación en tales acciones. La pena aplicable será la pena privativa de libertad no menor de treinta años. Este supuesto de agravación rompe con el contenido y alcance de las categorías dogmáticas previstas en el Derecho penal para evaluar el grado de participación de una persona en la comisión de un delito, ya que reemplaza los vocablos autor, cómplice, encubridor, instigador, etc. por vocablos sin precisión jurídica lo que induce a error e inseguridad jurídica²⁸². Además, a los efectos de aplicación de la pena se equipara la autoría con la participación, sin atender a los distintos aportes de los cómplices.

4.- Tipo agravado por el daño en bienes que brindan servicios esenciales.

El supuesto establece una agravación de la pena cuando el daño producido en los bienes públicos y privados impide total o parcialmente la prestación de servicios esenciales, siendo la pena aplicable la privación de libertad no menor de treinta años. Se ha criticado esta norma por cuanto se trata de un delito calificado por el resultado, manifestación de una responsabilidad objetiva incompatible con un derecho penal de garantías.

5.- Tipo agravado por la comisión de otros delitos.

El supuesto agrava la pena a la privación de libertad o menor de veinticinco años cuando el miembro de una organización terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares. Puede observarse que el legislador peruano mezcla indebidamente en una agravación la enumeración de tipos delictivos con la descripción de una conducta, el asalto, carente de correlato en el Código Penal. Se incurre en la utilización de términos equívocos y ajenos a la dogmática jurídica.

²⁸¹GAMARRA, R. 1995, pp. 79 y ss.

²⁸²GAMARRA, R. 1995, p. 93.

6.- *Tipo agravado por la participación de menores de edad.*

La pena se eleva a la privación de libertad no menor de 25 años cuando el sujeto terrorista hace participar a menores de edad (menor de dieciocho años) en la comisión de delitos de terrorismo. Se acude a la responsabilidad objetiva ya que no considera si el terrorista tuvo o no conocimiento de la situación de minoría de edad, y aplica la agravante por el mero hecho de hacer participar al menor de edad, el que en todo caso está exento de responsabilidad penal. No obstante, se le aplica el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley 26102) para evaluar el grado de participación en los hechos cometidos²⁸³.

7.- Finalmente se establece una agravación, cuya pena es la privativa de libertad no menor de veinticinco años si como efecto de la realización del tipo de terrorismo simple se producen lesiones graves en terceras personas.

7) *Otras conductas de terrorismo establecidas en el DL 25475*²⁸⁴.

1.- *Colaboración con el Terrorismo:* El art. 4 del DL 25475 castiga a todo aquel 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 ese mismo DL, o la realización de los fines de un grupo terrorista²⁸⁵. Con ello se eleva a la categoría de delito autónomo a actos preparatorios impunes, castigándoles con una pena privativa de libertad no menor de 20 años.

2.- *La asociación terrorista:* El artículo 5 del DL 25475 indica: " Los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de veinte años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia". Como suele ocurrir en esta figura, el tipo penal se orienta a no dejar sin sanción a los miembros de la organización terrorista que no participan en la comisión de los delitos concretos y a quienes formando parte de ella no se les puede demostrar su participación en la comisión de los delitos.

²⁸³A este respecto, es importante destacar que en el marco de la legislación penal antiterrorista, se promulgó en junio de 1992 el DL 255634 que, modificando el CP, declaró exento de responsabilidad penal al menor de 18 años, exceptuando a quienes fueren autores o hubieren participado en hechos tipificados como delitos de terrorismo, en cuyo caso deberá ser menor de 15 años. Una disposición análoga a la que pretendía aplicar el legislador español en su intento de establecer la responsabilidad penal de menores por delitos de terrorismo en el límite de los 14 años. A pesar de las críticas levantadas en Perú por este Decreto, se aplicó. Incluso más, tras la tipificación del delito de traición a la patria, la justicia militar, pasando por alto el hecho de que la autorización para el juzgamiento de los menores solo se admitía para los casos de terrorismo, empezó a procesar a los inculcados mayores de 15 años, llegando incluso a condenar a pena privativa e libertad de cadena perpetua a algunos de ellos. En junio de 1993, con la entrada en vigor del Código de Niños y Adolescentes, el Decreto Ley 25564 quedó derogado tácitamente. GAMARRA, R. 1995, p. 101.

²⁸⁴Un análisis profundizado de las distintas conductas realiza Ronald Gamarra en la obra ya citada, pp. 107 - 146.

²⁸⁵ A estos efectos entiende que son actos de colaboración: a) Suministrar documentos e informaciones sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas, b) La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o son sus víctimas, c) El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades delictuosas, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos, d) La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas, que funcionen bajo cualquier cobertura, e) La fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento o suministro de armas, municiones, sustancias u objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la posesión, tenencia y ocultamiento de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, y finalmente, f) Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos evidentes.

3.- *La incitación terrorista*: El artículo 6 sanciona con la pena privativa de libertad no menor de doce años ni menor de veinte al que por cualquier medio incitase a que se cometa cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo, los que entendemos serían los del terrorismo simple.

4.- *La Apología del Terrorismo*: El art. 7 sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, al que públicamente a través de cualquier medio hiciese la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiese cometido.

Se prevé además *una circunstancia agravante*: se sanciona además de la pena privativa de libertad, con la pérdida de la nacionalidad peruana al ciudadano que cometiere el delito en el extranjero. La sanción prevista incurre en una inconstitucionalidad al contravenir expresamente el art. 2 inc. 21 de la Constitución peruana que establece como garantía el derecho a la nacionalidad y a imposibilidad de despojar a nadie de ella, salvo renuncia voluntaria. Además no se encuentra prevista como pena en el Código Penal.

Cabe destacar que, de conformidad con el Decreto Ley 25880 incurre en delito de traición a la patria el que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo. Este ilícito es reprimido con la pena máxima de cadena perpetua quedando la pena mínima a discreción del juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva y su conocimiento de competencia privativa del fuero militar.

5.- *La obstrucción de la acción de la justicia*: El art. 8 sanciona al que por cualquier medio obstruya, dificulte o impida la acción de a justicia o las investigaciones en curso sobre delito de terrorismo. La pena aplicable es la privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.

Finalmente es necesario señalar que el legislador peruano en el marco jurídico expuesto hace referencia a tres instituciones penales, otorgándoles un tratamiento adecuado a la orientación que impregna el DL 25475. Por una parte, el establecimiento de una pena privativa de libertad no menor de treinta años, sea cual fuere la conducta en la que se ha incurrido, para los reincidentes (art. 9); la no vigencia de las normas sobre imputabilidad restringida (art. 10) y la pena de multa como accesoria (art. 11).

2. b.3.- *Derecho Procesal Penal.*

El DL 25475 estableció restricciones en materia de garantías fundamentales del debido proceso legal. Por ser ajeno al objeto de esta investigación, omitiremos referirnos en detalle al desarrollo del procedimiento en materia de terrorismo, deteniéndonos solo en aquellos aspectos que dicen relación con el Estado de derecho y las garantías básicas de todo individuo juzgado.

1.- Sin duda, la situación mas preocupante es el establecimiento de los tribunales sin rostro. Fueron instituidos por el art. 15 del DL 25475 y mediante la ley 26447 de 21 de abril de 1995 se fijó su vigencia hasta el 14 de octubre de 1995²⁸⁶. El anonimato de los jueces y fiscales sin rostro impide que pueda garantizarse la independencia e imparcialidad de los tribunales²⁸⁷. Al desconocer la identidad de sus juzgadores, el encausado se encuentra ante la imposibilidad de verificar si se cumple o no con estas garantías reconocidas constitucional y legislativamente (art.

²⁸⁶ Esta reforma desactivaba el sistema de falta de identidad de jueces y magistrados y de los representantes del Ministerio Público que debían intervenir en el juzgamiento de los delitos de terrorismo. Sin embargo, el 12 de octubre de 1995 se promulgo la ley 26537 que modificó la fecha a partir de la cual los juzgamientos de los delitos de terrorismo se realizarían por los magistrados que correspondieren conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes. El sistema continuaría en vigencia hasta el 14 de octubre de 1996. Pero, sin debate y sin mayor conocimiento público, sorpresivamente el Congreso Peruano aprobó en la madrugada del 10 de octubre de 1996 una ley mediante la cual se proroga un año más la vigencia de los tribunales sin rostro para los procesos de terrorismo.

²⁸⁷ Así lo manifestó en su informe la Comisión Goldman (Gamarra R. 1995, p. 288); y también la CIDH, Informe anual, 1996. p.771.

139 n° 2 Constitución Política, art. 6 de la L.O. del Poder Judicial,) y en Convenciones Internacionales (art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14.1 del PIDCP, art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Por otra parte está impedido de ejercer mecanismos procesales adecuados para subsanar estas irregularidades. No procede la recusación de magistrados²⁸⁸. Dado que la recusación tiene como objetivo garantizar la imparcialidad de la persona que dicte las resoluciones judiciales, al impedirse su ejercicio, se está negando la garantía de un juicio ante un tribunal imparcial.

Los tribunales sin rostro incumplen, asimismo, una garantía imprescindible en todo estado de derecho y en todo estado democrático: la necesaria responsabilidad de los funcionarios públicos cuando actúen contra la ley. Al no poder identificar a sus juzgadores²⁸⁹, los encausados se ven ante la imposibilidad de exigir la responsabilidad civil de estos funcionarios. Se vulnera además el principio del Juez natural ya que los magistrados que integran las Salas Especializadas son designados con posterioridad a la comisión del delito. Se infringe así el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso 3 art. 139 de la Constitución. Asimismo se vulnera el principio de inmediación ya que no se permite verificar la identidad física del juzgador. Consecuencia inevitable de la institución de los jueces sin rostro es la condena de gran cantidad de personas inocentes, pues se priva al encausado de las garantías básicas de justicia ya que éste desconoce quien lo está juzgando, y se le priva también de un tribunal competente, independiente e imparcial. Se contraviene con este sistema el art. 14 párr. 1 del PIDCP.

2.- En cuanto a la investigación por delitos de terrorismo, ella corresponde a la Policía Nacional del Perú (art. 12 DL 25475). Se amplían por este decreto los poderes del órgano encargado de efectuar la investigación preliminar, eliminándose los controles jurisdiccionales a su labor. Se le conceden a la policía facultades que originariamente pertenecen a la judicatura, tales como la incomunicación y traslado de los detenidos sin orden judicial, lo que viene a producir una inversión de funciones ya que la policía es un órgano auxiliar de la administración de justicia, correspondiendo la restricción de derechos fundamentales a los magistrados. Se restringe la participación del Ministerio Público, no se regula la intervención del juez en lo penal y se limita a la defensa. De esta forma, se intenta subsanar las dificultades que pudieran tener los investigadores en la recolección del material probatorio en casos de terrorismo, lo que en los hechos transforma la investigación policial en la base de la acusación.

Según la Ley de Bases de las Fuerzas Policiales, reguladoras de la Policía Nacional del Perú, la Dirección Nacional contra el Terrorismo (Dincote) es el órgano sistémico encargado de prevenir, investigar, denunciar y combatir las conductas de subversión, de terrorismo y traición a la Patria. Los demás órganos de la Policía Nacional deben coordinar y apoyar a la Dincote. Ahora bien, en los lugares en que no exista Policía Nacional, como excepción, asumirá su labor las Fuerzas Armadas en cuanto a la captura y detención de los presuntos responsables de delitos de terrorismo. Los detenidos deben ser puestos de inmediato a disposición de la dependencia policial más cercana y la detención tiene una duración de no más de 15 días naturales (art., 2, párrafo f, inc. 24 de la Constitución Política y art. 12 inc. c del DL 25475). De esta detención debe darse cuenta en el plazo de 24 hrs. por escrito al Ministerio público y al juez penal correspondiente. Además la Policía Nacional está facultada para realizar registros personales, domiciliarios, vehiculares, incautaciones de enseres, documentos, vehículos y comprobaciones.

En todo caso, la persona detenida por delitos de terrorismo conserva los derechos que constitucional e internacionalmente le son reconocidos, a saber: a ser informado inmediatamente

²⁸⁸ Resolución de la Fiscalía General de la Nación de 22 de marzo de 1995. La indicada resolución fue adoptada a propósito del Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo que eliminaba el sistema de los jueces sin rostro, que se convirtió en la ley 26447.

²⁸⁹ La norma los autoriza a no firmar ni refrendar las resoluciones judiciales que emiten a objeto de mantener su identidad en secreto. Se utilizan códigos y claves para identificar a los magistrados.

por escrito de la causa o razones de su detención; a tener un intérprete si no conociere el idioma castellano; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser obligado a declarar contra sí mismo; a un examen médico; a comunicarse con sus familiares y, en general con el mundo exterior; a la presunción de inocencia; derecho a la defensa; a un nivel mínimo de condiciones físicas de la detención (tratamiento al recluso).

Dos de estos derechos parece importante destacar. Por una parte, el derecho a defensa está concebido en el DL 25475 como una “defensa técnica” ya que el abogado defensor puede participar en las investigaciones policiales, lo que en la práctica no se cumple ya que no puede participar en confrontaciones, testimoniales, reconocimientos²⁹⁰. El derecho a la defensa se ve afectado desde el momento en que la ley indica que solo puede intervenir luego de que el detenido presta su declaración, cuando se impide materialmente la entrevista con el detenido, entre otros, etc.

Por otra parte, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, en la práctica queda desmantelado a consecuencia de la ampliación del plazo de detención en manos de la policía (15 días). Como se sabe es este un factor criminógeno favorable a la realización de torturas y malos tratos. La CIDH en su informe de 1996 reconoció que el Estado peruano, en la lucha contra el terrorismo, había demostrado tolerancia por parte de las autoridades hacia el uso de la tortura durante las investigaciones policiales, contrario a lo que señalan los arts.7 y 10 del PIDCP. Esto quedaría demostrado desde que los tribunales regularmente admiten dentro del proceso, declaraciones obtenidas mediante procedimientos coactivos, y que algunas sentencias se basan única y exclusivamente en confesiones extraídas durante interrogatorios policiales mediante el uso de tortura, infringiendo el art. 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de la cual Perú es Estado parte. En determinadas oportunidades, el trato degradante viene desde el mismo Ejecutivo²⁹¹.

Otro de los temas que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina peruana es el de la medida de incomunicación. En su virtud los líderes de los movimientos guerrilleros han sido aislados completamente de sus abogados, médicos y familiares²⁹². El DL 25475 faculta a la Policía Nacional para disponer la incomunicación de los detenidos hasta por el máximo de la ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva, cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exijan, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación. Se permite la entrevista, siempre y en todo caso, entre abogado defensor y detenido²⁹³. No obstante, subsiste esta ampliación de las facultades policiales en detrimento de las atribuciones de los magistrados, ya que la incomunicación como instituto procesal, es una decisión exclusivamente jurisdiccional.

²⁹⁰GAMARRA, R. 1995, p.214.

²⁹¹ La costumbre del gobierno peruano de presentar con uniformes a rayas y dentro de *jaulas*, cual animales, a los líderes de los movimientos guerrilleros, a la prensa nacional e internacional (tanto Abimael Guzmán en Septiembre de 1992, y Víctor Polay en Julio de 1992) constituye un trato degradante conforme al art. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

²⁹² El Comité de DD.HH de NU en el caso de Víctor Polay (MRTA) ha dictaminado que los hechos denunciados, condiciones de detención y malos tratos recibidos al interior del recinto penitenciario, traslado del penal de Yanamayo a El Callao y violación a garantía de racional y justo procedimiento constituyen una violación al PIDCP y que de conformidad con el art. 2 de este Pacto, el Estado parte está obligado dar un recurso efectivo, considerando que Polay debe ser puesto en libertad. Véase Informe Anual del Comité de Derechos Humanos de 1996 A/51/40 y los Doc. CCPR/C/61/D/577/1994 (9 de enero de 1998) y CCPR/C79/Add.72 (18 noviembre de 1996), párr. 11. Esta resolución no ha sido cumplida por parte del gobierno peruano. Por otra parte, Los abogados que defienden a los prisioneros por delitos de terrorismo y traición a la patria también han sufrido hostigamientos, amedrendamientos e incluso la cárcel. El abogado defensor Alfredo Crespo, fue condenado a prisión perpetua en Yanamayo en circunstancias que se encontraba defendiendo a Abimael Guzmán. Esta situación se ha repetido con varios profesionales de la llamada Asociación de Abogados Democráticos.

²⁹³ La formulación original del DL 25475 era la de “incomunicación absoluta”. Fue modificado por la ley 26447.

El art. 6 del Decreto Ley 25659 determinó la procedencia de las acciones de garantía constitucional de los detenidos implicados o procesados por delitos de terrorismo, tanto en la investigación policial como en las etapas del proceso penal. Puede decirse que la legislación peruana en algo ha avanzado en esta materia ya que para adecuar la normativa a la Convención Americana hubo de modificar esta disposición (art. 2 de Ley 26.248). Se restableció así la procedencia del Habeas Corpus en materia de los delitos de terrorismo y traición a la Patria. Sin embargo estableció importantes restricciones, la principal es que el Juez Penal especializado de terrorismo es competente para conocer del Habeas corpus y en su defecto el juez penal ordinario.

3.- En cuanto a la instrucción y el juicio, el DL 25475 crea un modelo que se aparta de las reglas generales del CPP y de las garantías del debido proceso legal²⁹⁴. Atiende principalmente a los principios de excepcionalidad y secreto de sumario (arts. 13, 14, 16 y 17 del DL 25.475). Las características principales de este “proceso penal de emergencia”²⁹⁵ son:

- La instauración de proceso sumario: su instrucción es no mayor a 50 días, el juicio hasta un máximo de 15 días. Se aplican las reglas del juicio privado.
- La prohibición de libertad durante la instrucción, salvo la libertad condicional²⁹⁶.
- El establecimiento de limitaciones al principio de aportación de prueba, y sobrevaloración de la investigación policial en detrimento de la discusión probatoria en sede judicial.
- La restricción al derecho a defensa²⁹⁷.
- Improcedencia de la recusación de magistrados.
- La alteración de normas de competencia territorial.
- La identidad secreta de los magistrados y falta de responsabilidad por los actos jurisdiccionales y sentencias que emiten²⁹⁸.
- La afección al principio de inmediación al impedir que el juzgador pueda tener acceso personal a los efectivos policiales.

2. b.4.- La respuesta legislativa frente al terrorismo de derecha: Las leyes de Amnistía.

Como se adelantara en el Capítulo II, la denuncia realizada a través del testimonio del general Robles en abril de 1992 acerca de la real existencia del escuadrón de la muerte autodenominado “Grupo Colina”, y los nombres de los responsables de las matanzas de “La Cantuta” y “Barrios Altos”, provocó la intervención judicial de las autoridades condenando a importantes miembros de las Fuerzas Armadas. Intempestivamente, en la madrugada del 16 de Junio de 1995, el Congreso peruano, integrado en su mayoría por miembros pertenecientes al partido de Gobierno y a poco tiempo de celebradas las elecciones, promulgó la Ley de Amnistía n° 26.479 que “concede amnistía a los militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados y encausados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980”, soslayando los procedimientos ordinarios de formación y sanción de las leyes al evitar su debate público. El proyecto no había sido anunciado o debatido

²⁹⁴ La CIDH ha señalado que el DL 25475 dista mucho de alcanzar los requisitos mínimos en materia de protección y garantía de los derechos humanos, ya que la práctica ha demostrado que ha sido fuente de excesos.

²⁹⁵ GAMARRA, R.1995, p. 243.

²⁹⁶ Se produce una verdadera simbiosis entre la detención automática y la prohibición de libertad a lo largo del sumario. En su formulación originaria el DL 25475 prohibía sin excepción alguna todo tipo de libertad, siendo modificado por la ley 26248, para hacer procedente la condicional.

²⁹⁷ El derecho a defensa es afectado directamente por la imposibilidad de ofrecer como testigos en la instrucción y el juicio oral a quienes elaboraron el atestado policial (art. 13 del DL 25475). Ello en razón de que el encausado se ve privado de la posibilidad de obtener la comparecencia, interrogar en condición de testigos y someter a contradicción a los miembros de la Policía Nacional encargados de la elaboración del atestado de terrorismo, cuyo testimonio, muchas veces es vital par el procesado.

²⁹⁸ Cabe destacar a este respecto el establecimiento de ambientes habilitados para la instrucción y el juicio (arts. 14 y 16 del DL 25475) ubicados en los respectivos establecimientos penitenciarios cuyo objetivo es impedir que el procesado y el abogado defensor conozcan la identidad de los magistrados, miembros del Ministerio Público y auxiliares de Justicia.

públicamente y fue aprobado poco después de presentado y firmado al día siguiente de su presentación por el presidente Fujimori.

Aplicando esta ley fueron puestos en libertad los pocos funcionarios del Estado que habían sido condenados por torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Sin embargo, en el caso de la matanza de Barrios Altos, la jueza Antonia Sacquicuray decidió continuar el proceso judicial, por considerar inaplicable la ley de amnistía, por ser contraria a la Constitución²⁹⁹. Esta decisión judicial provocó la promulgación de una nueva ley, la *Ley n° 26.492 de 28 de junio de 1995* con el objeto de impedir cualquier revisión judicial de la Ley de Amnistía, que prohíbe al Poder Judicial pronunciarse sobre la legitimidad o aplicabilidad de la primera ley de amnistía. En otras palabras, se prohíbe absolutamente cualquier “interpretación judicial” limitando al máximo las facultades de los administradores de justicia. Esto implicó una intromisión flagrante del Poder Legislativo en el Poder Judicial, con lo que se violenta la independencia de los jueces y les obliga a acatar leyes inconstitucionales.

El ámbito de aplicación de la Ley de Amnistía ha beneficiado a todo miembro de las Fuerzas Armadas y policiales que pueda ser investigado, acusado o condenado por violaciones de derechos humanos. Su artículo 1° es amplio y ambiguo y otorga amnistía a toda persona que se encuentre procesada o condenada³⁰⁰. El artículo 3 de la ley dispuso la inmediata libertad de todo aquel que estuviera privado de su libertad, ya sea que estuviera sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de libertad.

2.b.5.- Las consecuencias de una legislación de excepción en materia de terrorismo.

Consecuencia directa de la aplicación de las leyes antiterroristas en el Perú, ha sido el vaciamiento del Código Penal garantista de 1991³⁰¹, al dejar prácticamente sin aplicación sus postulados: tipos penales abiertos, punición de actos preparatorios, jueces sin rostro, juicios sumarios, restricciones en el derecho a defensa, normativa excepcional que potencialmente es aplicable a cualquier ciudadano, ya que la policía tiene amplia discrecionalidad al momento de efectuar las detenciones.

Por ello es que, resulta preocupante que ciertas disposiciones contenidas en la legislación antiterrorista hayan sido incorporadas como normas constitucionales. Así el art. 140 de la Constitución de 1993 que permite extender la pena de muerte a los delitos de traición a la Patria y terrorismo, a los cuales no se les aplicaba previamente. En este sentido, el texto constitucional es contradictorio ya que al mismo tiempo indica que el respeto a la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1°). También el artículo 173 del mismo instrumento, que transfiere la jurisdicción de los tribunales penales ordinarios sobre casos de traición a la patria, a los tribunales militares y los artículos 2.24 f) y g) que permiten la detención policial por 15 días bajo condiciones de incomunicación. Estas reformas son incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana, suscrita y ratificada pro el Estado peruano.

A los civiles juzgados en tribunales militares se les priva del derecho a ser oídos por un juez independiente e imparcial, y a la vez implica una extralimitación en las funciones de las

²⁹⁹ GAMARRA, R. 1995, p. 275.

³⁰⁰ De acuerdo a este precepto, el beneficio de amnistía comprende a “todo funcionario militar, policial o civil, ya sea que esté denunciado, investigado, procesado, encausado o condenado, en el fuero común o fuero privativo, por delitos comunes o militares por cualquier hecho derivado u originado con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, y que pudiesen haber sido cometidos en forma individual o en grupo, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995”.

³⁰¹ Según doctrina mayoritaria, éste cumplía con los mas importantes principios garantistas limitadores del ius puniendi: principio de lesividad, de culpabilidad, proporcionalidad, necesidad humanidad) y sobre todo un desfavorecimiento hacia las penas privativas de libertad. Por todos, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. “¿Tiene futuro la dogmática penal en Perú?”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año III, Enero- Junio de 1995, N°5, p.336.

Fuerzas Armadas ya que civiles, aun pertenecientes a grupos subversivos han de ser juzgados por la justicia ordinaria. Por último, resulta paradójico que, en relación a las facultades que se confiere a la Policía Nacional del Perú en la investigación policial, de una parte el DL 25475 incluya una expresa previsión sobre el respeto a los derechos humanos y a los convenios internacionales por parte de la policía, y por otra parte diseñe un tratamiento penal, procesal penal y de ejecución incompatible con las obligaciones legales nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que restringe garantías y afecta derechos universalmente reconocidos.

IV.- CONCLUSIONES.

Se ha intentado ofrecer una visión general de la cooperación internacional entre los Estados en la lucha contra el terrorismo, y una visión particularizada de la erosión que las legislaciones de emergencia producen en los principios garantistas, sea a través de leyes especiales en sentido técnico, sea a través de la incorporación de medidas especiales en la legislación común.

El terrorismo, en cuanto fenómeno inserto en la dinámica social en un determinado contexto histórico se caracteriza, en todos y cada uno de los Estados examinados, por el ataque a bienes jurídicos de la mayor importancia, y que no se ciñen únicamente a bienes jurídicos individuales (vida, libertad, integridad), sino que trascienden a los que pertenecen a la sociedad toda. Ello, unido a la creciente movilidad que adquieren los movimientos terroristas, su facilidad para establecer bases de operaciones en un país para atacar a otro, pone a los Estados ante una *primera obligación - genérica -* de luchar tanto a nivel individual como colectivo, pero *guardando un respeto escrupuloso a las Normas del Derecho Internacional Humanitario y a otras normas de derechos humanos vigentes.*

Ahora bien, esta obligación ha de enlazarse con la obligación, también genérica de *prevención de los actos terroristas*, obligación de comportamiento que reviste una *forma omisiva*: el no favorecimiento o instigación de actos de terrorismo en otros Estados, y una *forma activa*: tomar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de actividades terroristas, lo que a nuestro juicio no debería traducirse en un mayor control policial o administrativo, sino mas bien en *medidas políticas tendientes a la erradicación del terrorismo a través de una lucha ideológica.*

IV.1. Legislación comparada en Europa.

El escenario político y social que se ha desarrollado en *Irlanda del Norte*, constituye acaso el ejemplo mas claro de que la solución al problema del terrorismo es primordialmente la negociación política y por tanto las soluciones que proponga la ley penal deberán siempre ser reflejo del momento histórico en que se encuentre la sociedad. Considérese que tras la tregua de 1998, la violencia disminuyó considerablemente, y que el IRA ha permitido someter sus armas a inspecciones de observadores de derechos humanos. Sin embargo, continúa siendo preocupante hechos como la bomba de Omagh (15-8-1998), después del Acuerdo de Stormont, que no es precisamente una manifestación de paz. Si EE.UU. intervino en el proceso de negociación con una innegable disputa por parte de Europa, no sería equivocado pensar que la violencia que realmente se este ejerciendo o anidando en el seno de la sociedad irlandesa sea una violencia estructural que ha sido continuada ahora a través de la intervención de EE.UU. en la economía irlandesa.

Estas consideraciones permiten explicar lo que ha venido sucediendo en Irlanda del Norte con la represión penal del terrorismo. La respuesta legislativa de Gran Bretaña se ha caracterizado por un *aumento de los poderes del Estado, especialmente a nivel del poder Ejecutivo*, en detrimento de los derechos y fundamentales y garantías de la persona. Se amplían los tipos penales a un sinnúmero de conductas que poco o nada tienen que ver con el terrorismo,

lo que se deduce de la extensiva definición de terrorismo contenida en las Actas, situación que ha empeorado con la Terrorism Act 2000. En cuanto a los procedimientos de arresto y detención, la normativa aplicable contradice los principios generales de un estado de derecho y por ley se permite o se abre la puerta a la violación de garantías fundamentales, ya que no existe un control jurisdiccional sobre los órganos administrativos. En cuanto a la penalidad, si bien las sanciones no son demasiado elevadas llama la atención que algunas penas accesorias sean bastante severas como lo es la pérdida de derechos y confiscaciones de bienes en el caso de las órdenes de exclusión.

A ello se suma la institución del Testigo de la Corona, en virtud de la cual el tratamiento agravatorio que con énfasis se establece en la ley, se conjuga con una práctica de atenuación o premio por el hecho de “prestar testimonio” declarando no solo la propia responsabilidad, sino asimismo contribuyendo a la inculpación de terceras personas. Esta práctica resulta cuestionable ética y jurídicamente. El “Testigo de la Corona” viene a mostrar lo que es una constante en las legislaciones antiterroristas: la combinación de un tratamiento agravatorio con una estrategia de atenuación punitiva.

En Alemania (RFA), se ha respondido a la violencia de los actos terroristas mediante la dictación de sucesivas y numerosas leyes de excepción estrechamente conectadas con la coyuntura político social en que se vieron enmarcadas. Los años 1974, 1976 y 1978 han sido los de mayor producción legislativa, dados los niveles de violencia y efervescencia política. Sin duda la característica más relevante es *el desmoronamiento del derecho a defensa* el que no solo afecta al detenido o recluso³⁰², sino también al propio profesional el que puede ser excluido de una defensa e incluso ser sometido a proceso por asumir la protección de los derechos de un detenido por delitos de terrorismo³⁰³. Con ello se merma también la garantía constitucional del derecho al trabajo y al libre ejercicio de la profesión.

La legislación alemana tanto en lo sustantivo como en lo formal se orienta hacia una minimalización del control jurisdiccional lo que acarrea consecuencias nefastas y deja una puerta abierta a violaciones de las garantías fundamentales. Así por ejemplo, las facultades amplias que se otorgan a la policía, el fortalecimiento del Ministerio Fiscal en desmedro de la función fiscalizadora y garantizadora que realiza el juez, lo que ha producido una suerte de administrativización del proceso penal.

Lo preocupante es que el peso de esta legislación y su ámbito represivo afecta potencialmente a toda la población. El ciudadano común puede ser sometido a identificaciones y a cacheos o registros policiales en cualquier lugar del territorio, puede verse enfrentado a los puestos de control en las carreteras, e incluso tener que soportar el allanamiento de su domicilio (el allanamiento a todas y cada una de las viviendas de un edificio). Esto significa que el Estado ha optado por la primacía de una ideología de la seguridad por sobre los derechos fundamentales del resto de los habitantes de una población.

El *sistema penal italiano* se ha caracterizado, con posterioridad a 1974, por una involución en materia de garantismo, cuando de terrorismo se trata, encontrándose su punto más álgido en la consolidación del *derecho penal premial*. La legislación italiana ha sido un instrumento eficaz de política criminal en el que pueden distinguirse tres etapas. La primera de ellas, fue una “etapa de emergencia”, en que con la Ley Reale de 1975 surgen las bases del

³⁰² Se alude a la imposibilidad de proponer a su abogado defensor, limitaciones en cuanto al número de abogados que pueden asumir su defensa, intervención en las comunicaciones y prohibición absoluta de éstas.

³⁰³ Se habla de “sospecha” de pertenecer, ayudar a una organización terrorista, participar en el hecho inculcado que se imputa a su defendido, poner en peligro la seguridad de la prisión por el mero hecho de mantener la comunicación- legítima- con su cliente, sin especificar claramente cuales son los parámetros a los que debe circunscribirse la autoridad judicial para excluir a un abogado defensor de su labor.

"Derecho Penal y Procesal policial". Estas bases se caracterizan por la ampliación de las facultades policiales y de los poderes de instrucción de competencia de la Magistratura.

La segunda etapa se caracterizó por una nueva orientación en la praxis judicial, con un carácter marcadamente político, a raíz de la crisis política que estalló con el secuestro y asesinato de Aldo Moro en 1978. Su máxima expresión se encuentra en la "Ley de medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública", que se dirigía expresamente al terrorismo, de manera rigurosa en lo sustantivo y en lo procesal.

A partir de 1980 se da inicio a una tercera etapa en la legislación, etapa en la que los instrumentos represivos se complementan con la consolidación de un sistema heredado de años anteriores y que adquiere forma con el DL de 15 de diciembre de 1979, n°625, sobre de "Medidas urgentes para cautelar el orden democrática y la seguridad pública" mas tarde Ley de 6 de febrero de 1980, n°15 (*Ley Cossiga*), y con la Ley N° 304 del 29 de Mayo de 1982, "Para la Defensa del Ordenamiento Constitucional". Son los años de auge del *pentitismo*, institución ampliamente cuestionada, pero al fin y al cabo una herramienta en manos del Estado italiano, de cuya eficacia nadie puede dudar. No en vano las organizaciones armadas fueron desmanteladas.

La pregunta es hasta qué punto debe primar la "eficacia" por sobre la razón jurídica y por sobre los valores morales. Hasta qué punto estas instituciones no originan una verdadera infestación del juez respecto de la investigación judicial. El magistrado olvida su labor de sentenciador y pasa a ejercer una tarea policíaca aplicando la máxima de "el fin justifica los medios", utilizando métodos que pueden llegar a violar garantías fundamentales con el objeto de obtener el éxito en la investigación. A ello se suma el conjunto de facultades especiales que se le otorgan a la policía con la misma finalidad.

Debe tenerse en consideración además que la desarticulación del movimiento político armado no se debió exclusivamente a la poco ética labor de los "pentitis" sino a lo único que puede lograr el cese de su actividad violenta: las duras crisis políticas que sufrieron en su interior, en suma, su debilitamiento ideológico. Quizás por ello es que no fue necesario mantener, posteriormente, el requisito de "colaborar" con la justicia, que se contemplaba en las dos leyes anteriormente mencionadas, y se optó simplemente por la disociación silenciosa, instituto que cobró vigencia con la Ley de 18 de febrero de 1987, n°304, que vino a cerrar la experiencia premial en Italia, en materia de terrorismo. Ahora lo que preocupa es la criminalidad organizada, en concreto, aquella vinculada a la mafia y al tráfico de drogas, y para ella se elaboró la legislación orgánica de 1991/1992.

El ordenamiento *francés*, desde 1986 por primera vez contempla una normativa destinada a reprimir directamente el terrorismo, su característica ha sido la de responder a una verdadera *ideología de la seguridad*. Utilizando una técnica similar a la del legislador español, establece en la tipificación de los delitos de terrorismo, un elemento subjetivo que reconoce abiertamente la finalidad política e incorpora como "medio en la conducta"³⁰⁴ la utilización de la intimidación o el terror, para alcanzar dicha finalidad. En lo sustantivo procesal destaca el fortalecimiento del papel del Ministerio Público en delitos relacionados con el terrorismo³⁰⁵, en una orientación similar a la que hemos podido apreciar en las legislaciones británica y alemana. Se contienen también las ya tradicionales restricciones a garantías fundamentales especialmente en materia de libertad personal. A ello debe añadirse que, existe un reconocimiento a la extraterritorialidad en materia penal, ya que la jurisdicción francesa es competente para conocer de los actos de terrorismo grave cometidos en el extranjero, cuando la víctima es francesa³⁰⁶. Por último, nos encontramos con una figura también tradicional en este tipo de legislaciones,

³⁰⁴ Infra Cap. VI, Apdo. 3°

³⁰⁵ LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p. 79.

³⁰⁶ BRUGUIERE, J.L. 1998, p.36.

que permite la exención o la reducción de la pena sobre la base de la colaboración del sujeto para con la justicia. Todo ello ha sido la base para la incriminación de los delitos de terrorismo en el CP de 1994.

IV.2.- A modo de conclusión respecto de la legislación comparada en América Latina.-

El conflicto armado interno en *Colombia* ha provocado innumerables actos de terrorismo y violaciones a los derechos humanos, encontrándose la respuesta legislativa, condicionada por la situación de inestabilidad política y social. Como se sabe, Colombia ha estado gobernada generalmente bajo estados de emergencia cuya concreción en medidas especiales, además de afectar las garantías procesales de los detenidos y acusados, afecta a la población en general. La población civil es constantemente registrada en los controles policiales, numerosas detenciones por sospecha y violaciones graves a la presunción de inocencia. El terror en la población civil es generalizado ante las masacres y ejecuciones selectivas, y hay una pérdida de confianza en los mecanismos legales para combatir el terrorismo.

La legislación antiterrorista ha nacido al alero de estos estados de excepción constitucional, primero como leyes especiales, y luego incorporándose al Código penal, mediante un Decreto (Decr.180), dictado también bajo estado de excepción. En el Derecho penal sustantivo, no presenta mayores variaciones en orden al ya tradicional tratamiento agravatorio para los delitos de terrorismo, al que se moligera con instituciones de derecho penal premial. Presenta así una alta penalidad para las conductas, la punición de asociaciones ilícitas y actos de colaboración, punición de delitos comunes tales como incendio, daños, etc. Esta gravedad se ve disminuida con el tratamiento al terrorista arrepentido. Lo que resulta distintivo es el intento del legislador por abarcar todos los campos posibles en la incriminación. Por ello es que no solo sólo existen delitos autónomos de terrorismo, sino que ellos entran a formar parte de los delitos comunes, ya como elemento subjetivo del tipo de secuestro (para facilitar actos terroristas), ya como circunstancia de agravación punitiva (cometer el delito con finalidad terrorista) en delitos contra la libertad, vida e integridad personal. Debe destacarse también el no reconocimiento a la finalidad política en los mismos, al exigirse para satisfacer los tipos penales, que se produzca una zozobra o terror en la población, o un sector de ella.

Es sin duda en el campo procesal donde la legislación antiterrorista presenta las mayores contradicciones con el derecho garantístico. El establecimiento de la Fiscalía General de la Nación, y la creación de la Justicia Regional consolidaron la jurisdicción de orden público. Su característica es la admisión de la actuación de funcionarios judiciales y de testigos bajo reserva de identidad, con lo que se priva al acusado del derecho a defensa: desconoce a su juzgador, por ende no puede recusarlo, imposibilidad de controvertir la prueba de testigos secretos. Además se convierte en un factor criminógeno favorable a la comisión de delitos que acarrearán el irrespeto a las garantías del debido proceso. Más de alguna vez se ha descubierto en un proceso que un mismo testigo actúa bajo distintos nombres, o que en varios procesos, actúa un mismo testigo. Todo ello a objeto de obtener una sentencia condenatoria, que puede afectar a una persona inocente.

Las dimensiones que ha adquirido el conflicto armado, impiden la cesación de las violaciones a los derechos humanos, tanto por parte de la guerrilla como por parte del paramilitarismo. Sin embargo, ha sido este último el que ha protagonizado las mas graves y masivas violaciones a los derechos humanos, situación que ha sido ascendente. Además, muchos hechos de violencia perpetrados por los paramilitares se cometen con la tolerancia y aún la complicidad de servidores públicos, especialmente de las fuerzas militares y de la policía nacional, como ha reconocido el ACNUDH en Colombia.

Si a lo anterior agregamos la “autorización estatal” con que cuentan ciertos grupos de civiles armados para actuar como fuerzas armadas, cabe concluir que la lucha contra el

paramilitarismo no ha sido una prioridad. Altos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación han manifestado no tener pruebas sobre la existencia de una política institucional de apoyo al paramilitarismo por parte del Gobierno o del Comando General de las Fuerzas Armadas. Esto ha sido desmentido por el Defensor del Pueblo en Colombia, quien ha manifestado en Naciones Unidas que: “los grupos paramilitares se han convertido en el brazo ilegal de la fuerza pública, para la cual ejecutan el trabajo sucio que ella no puede hacer por su carácter de autoridad sometida al imperio de la ley”³⁰⁷.

Pese a que Naciones Unidas, a través de su Comisión de Derechos Humanos ha realizado numerosas recomendaciones al Estado colombiano para combatir eficazmente el fenómeno del paramilitarismo, no se aprecian resultados concretos. Todo apunta a la inexistencia de una voluntad política por parte del gobierno para combatirlo, aunque el gobierno de Samper, en su época, anunció una serie de medidas recomendando a las Fuerzas Armadas dar prioridad a la lucha contra los grupos paramilitares³⁰⁸. El Presidente Pastrana tampoco ha logrado solucionar el problema, y continuó con las interminables conversaciones entre guerrilla y gobierno, y declarando la necesidad de combatir a los paramilitares, aunque en su período se fue más allá: Estados Unidos estuvo a punto de intervenir militarmente el país, en el año 2000, hecho que afortunadamente no se ha producido. Sería lamentable que Colombia tuviera que soportar en su territorio la presencia ya legitimada por el propio poder político, de las tropas norteamericanas, invasión que EE.UU. justifica levantando sus falsas banderas de paz, y que no son otras que las que le impone su política imperialista: las banderas de la economía liberal de mercado.

La difícil situación por la que atraviesa Colombia en materia de terrorismo y derechos humanos tiene como elemento poderoso la impunidad para quienes cometen actos vejatorios contra la dignidad de las personas, elemento que sirve de alimento a la violencia y lleva a algunos a tomar justicia por su propia mano, con lo que se va configurando un círculo vicioso casi irrompible. Según exponen los Relatores especiales de Naciones Unidas para la tortura y sobre ejecuciones extrajudiciales, en el ámbito de la administración de justicia en Colombia la más grave constatación tiene que ver con la debilidad del sistema, que se plasma en altos índices de impunidad. La impunidad es a la vez causa y consecuencia de la violencia y, en particular de las violaciones a los derechos humanos³⁰⁹.

En ello ha tenido una incidencia directa el hecho de que una gran mayoría de los procesos por violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra en los cuales aparecen como imputados miembros de la fuerza pública en servicio activo han ido, hasta ahora, al conocimiento de la justicia penal militar, la que incluso ha cobijado y continúa cobijando a los acusados de hechos punibles sin nexo alguno con el servicio, en cambio, los perpetrados por la guerrilla son severamente juzgados a través del sistema de justicia regional, por delitos de terrorismo, violándose de manera masiva las garantías del debido proceso en contradicción con el art.4 del PIDCP.

Mas al sur de América, la violencia desatada por los dos principales grupos armados que operan en *Perú*, PCP (SL) y el MRTA ha decrecido sustancialmente tras alcanzar su vértice entre 1988 y 1992, año este último en que fueron detenidos sus máximos líderes. Pese a la

³⁰⁷Informe de la ACNUDH. 1997, p. 20.

³⁰⁸ Dentro de estas medidas pueden mencionarse, la creación de "un bloque de búsqueda" compuesto por distintas agencias del Estado que tiene como objetivo perseguir a los integrantes de estos grupos, y el ofrecimiento de recompensas en dinero para quienes colaboraran en la captura de los mismos. En enero de 1998, el Comando General de las fuerzas militares dio a conocer el documento "Estrategia general de las Fuerzas Militares" en el que se recogen compromisos para enfrentar al paramilitarismo. No obstante, la Oficina del ACNUDH en Colombia tiene conocimiento que cerca de 400 órdenes de captura contra miembros de grupos paramilitares han sido emitidas por la Fiscalía General de la Nación sin que la fuerza pública haya hecho efectiva la aprehensión de los requeridos. Informe citado, de 1997, marzo 1998. p. 34.

³⁰⁹E/CN.4/1995/111, párr.77.

disminución, en general, de la violencia, el estado de emergencia y la legislación antiterrorista han subsistido y se han institucionalizado, vaciando de contenido el CP garantista de 1991.

Con anterioridad al DL 25475, el tratamiento jurídico al terrorismo parecía estar revestido de mayores garantías, pero la represión se daba en términos materiales. La proliferación de la institución del "Estado de emergencia" ha sido una práctica frecuente en el Perú, con todo lo que significa en la limitación de derechos fundamentales. La lógica indica que al dictarse una legislación más severa para reprimir al terrorismo, decrecieran las estadísticas, pero no ha sido así³¹⁰. El informe de 1995 de Human Rights Watch/Américas dice que "ni una sola persona acusada de terrorismo o traición en Perú desde que se implementaron las nuevas leyes en 1992 ha recibido un juicio justo. Desde esa época hasta al menos agosto de 1996 hubo quinientos mil arrestos arbitrarios³¹¹. En abril de 1998 *Amnistía Internacional* criticó a la legislación antiterrorista peruana estableciendo que "es inaceptable que cientos de prisioneros políticos como Lori Berenson (ciudadana norteamericana condenada a cadena perpetua en Perú, por el delito de traición a la patria) no pueden ejercer un derecho humano tan básico como es el derecho a un juicio justo y público frente a un tribunal imparcial e independiente... Perú continúa burlándose de las garantías de los derechos humanos con juicios que son una parodia de la justicia"³¹².

Por otra parte, la diferencia en la respuesta legislativa. El terrorismo de las guerrillas es castigado con penas draconianas, en juicios que carecen de la más mínima garantía de debido proceso legal, en cambio el terrorismo paramilitar y militar pudo acceder a una ley de amnistía por la que se pone en libertad a autores de auténticas masacres, tanto o más brutales que las que se realizaron por las guerrillas. Esto salta a la vista si pensamos que el DL 25.475 faculta al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial para dictar todas las disposiciones necesarias para "la mejor aplicación y cumplimiento de la ley"; y en cambio, la segunda ley de amnistía para los militares estableció la prohibición de cualquier interpretación judicial de la primera ley de amnistía. Es decir, para el terrorismo de izquierda, el legislativo (que cuenta con una mayoría de miembros del partido de gobierno) y el judicial tienen amplias facultades de aplicación e interpretación, en cambio para el terrorismo de derecha, el legislativo invade el campo del judicial y le prohíbe pronunciarse respecto de su aplicación. Este tipo de discriminaciones resultan arbitrarias en cualquier estado de derecho³¹³.

Lo anterior evita que el Derecho Penal asuma su condición de medio de control social formalizado, que cumpla con los principios de igualdad formal y seguridad jurídica. Si se observa la realidad del control penal, tanto en su formulación formal legislativa como en su formulación paralela o clandestina, es decir, la praxis, se constata que los sujetos pasivos de los delitos por regla general pertenecen a las clases sociales más bajas o a la disidencia política, y respecto de los excesos de los poderes públicos (detenciones ilegales, torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales). De esta forma, los excesos y abusos de los poderes públicos se derivan del incumplimiento de las reglas del Derecho Penal con sus garantías sustantivas y procesales³¹⁴.

³¹⁰La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en sus informes sobre la situación de Derechos Humanos en el Perú, de 1995 y 1996 señaló que, durante 1995 el 22.2% del territorio nacional se hallaba en estado de emergencia y el 48% de la población vivía en zonas sometidas a este régimen, en comparación con el 25.3% del territorio y el 44.2% de la población en 1994 (Informe de la CNDH 1995). En 1996, aproximadamente el 42.1% de la población peruana seguía viviendo bajo un régimen de emergencia y el 18.5% del territorio nacional estaba bajo estado de emergencia. (Informe de la CNDH, 1996). Véase, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Coordinadora, nota 1 p.. 63.

³¹¹New York Times, 05 Agosto de 1996.

³¹²El comunicado que dio a conocer a la prensa AI se encuentra disponible en www.geocities.com/capitolhill/9968.

³¹³La CIDH, en su Informe de 1996 recomienda al Estado de Perú que "deje sin efecto la ley de amnistía (Nº26479) y de interpretación judicial (Nº26492) porque son incompatibles con la Convención Americana.

³¹⁴ZUÑIGA, L. 1995, p. 339.

Atendido lo expuesto, se hace urgente que el legislador peruano oriente sus esfuerzos al cumplimiento de los principios garantistas introducidos por el CP y CPP de 1991 y a los convenios y Tratados Internacionales que él mismo suscribe, adecuando su legislación, comenzando en primer lugar por modificar el art. 140 de la Constitución de 1993, eliminando la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y de terrorismo por ser contrarias a la Convención Americana, documento suscrito y ratificado por Perú y reducir las penas privativas de libertad para los mismos ya que en las actuales condiciones se encuentra en el mas puro retribucionismo, en perjuicio de los fines preventivo generales de la pena.

Desde el punto de vista penal, se hace necesario hacer cesar la imprecisión y ambigüedad en la conceptualización del terrorismo, detallando con precisión cuales son las conductas que deban ser consideradas como tales. Es la mejor manera de no extender por analogía las incriminaciones legales y de dar al acusado un derecho a defensa. La aplicación por analogía de conductas que se basan en mera sospecha o asociación contraviene el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba. Desde el punto de vista procesal, es necesaria la eliminación de la figura de los jueces sin rostro, para que los encausados puedan ser juzgados por tribunales penales ordinarios, con cumplimiento a las garantías del debido proceso legal, despojando de atribuciones que le son naturalmente ajenas a la Policía Nacional y al las Fuerzas Armadas.

Finalmente, visto que la excepcionalidad en materia de terrorismo en lugar de constituir un instrumento eficaz para su erradicación, mas bien parece ser un instrumento que posibilita los mas graves atentados a los derechos humanos, sobre todo en Latinoamérica, se hace urgente observar un respeto pleno a las garantías que debe ofrecer la ciencia jurídica garantista manifestada en aquel medio de control social denominado Derecho penal. La solución a este problema, como tantas veces se ha insistido, ha de llevarse a cabo en primer lugar desde el plano político, y la utilización del Derecho penal como instrumento en una lucha eficaz contra el terrorismo es perfectamente compatible con el respeto a los principios garantistas limitadores del ius puniendi estatal y los derechos humanos.

ANEXO

COOPERACION INTERNACIONAL: NORMATIVA 1996-1986

RESOLUCIONES ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS

A/RES/50/186	06.03.96	Derechos Humanos y Terrorismo
A/RES/50/53	29.01.96	Medidas para eliminar el terrorismo internacional
A/RES/49/185	06.03.95	Derechos Humanos y Terrorismo
A/RES/49/60	17.02.95	Medidas: Derechos y terrorismo
A/RES/48/44	10.12.93	La campaña contra el terrorismo en todas sus formas en concordancia con la Resolución de la Asamblea General A/RES/49/61 de 09.12.85
A/RES/48/75	16.12.93	General and complet disarmament
A/RES/48/83	16.12.93	Review of the implementation of the declaration on the Strengthening of the international security.
A/RES/48/112	20.12.93	Acción internacional para combatir el abuso, producción ilícita y tráfico de drogas.
A/RES/48/122	20.12.93	Derechos Humanos y Terrorismo
A/RES/48/161	20.12.93	The situation in Central America, procedures for the establishment of a firm and lasting peace and progress in fashioning region of peace, freedom, democracy and development.
A/RES/47/60	09.12.92	Review of the implementation of the declaration on strengthening of international security
A/RES/47/73	14.12.92	Asuntos referentes a infracción

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO.

A/RES/47/102	16.12.92	Acción para combatir el tráfico ilícito de drogas
A/RES/46/36	06.12.91	General and complet disarmament
A/RES/46/51	09.12.91	Medidas para eliminar el terrorismo
A/RES/46/73	11.12.91	Asuntos referentes a la información
A/RES/46/79	13.12.91	Policías del apartheid del gobierno de Sudáfrica
A/RES/46/103	16.12.91	Acción internacional para combatir el abuso, producción ilícita y tráfico de drogas.
A/RES/45/76	11.12.90	Asuntos referentes a la información
A/RES/45/90	14.12.90	Estado de la convención internacional sobre represión y castigo al crimen del apartheid.
A/RES/45/107	14.12.90	Cooperación internacional para la prevención del crimen y justicia criminal en el contexto del desarrollo.
A/RES/45/123	14.12.90	Cooperación internacional para combatir el crimen organizado
A/RES/45/149	18.12.90	Acción internacional para combatir el abuso y tráfico ilícito de drogas.
A/RES/45/174	18.12.90	Situación de derechos humanos en Afganistán
A/RES/45/199	21.12.90	International developement strategy for the fourth united nations developement decade.
A/RES/44/50	08.12.89	Asuntos referentes a la información
A/RES/44/69	08.12.89	Status of the international convention and the supression and punishment of the crime of apartheid.
A/RES/44/71	08.12.89	International cooperation in combating organized crime.
A/RES/44/142	15.12.89	Acción internacional para combatir el abuso y el tráfico ilícito de drogas.
A/RES/44/161	15.12.89	Situación de Derechos humanos en Afganistán
A/RES/43/60	06.12.88	Asuntos referentes a la información
A/RES/43/97	08.12.88	Estado de la convención internacional sobre represión y castigo al crimen del apartheid.
A/RES/43/172	09.12.88	Report of the comittee on relations with the host country
A/RES/42/22	18.11.87	Declaration on the enhancement of the effectweness of the principle of refraining from the threat or use of force in the international relations.
A/RES/42/23	20.11.87	Policías del apartheid del gobierno de Sudáfrica
A/RES/42/56	30.11.87	Estado de la convención internacional sobre represión y castigo al crimen del apartheid.
A/RES/42/147	07.12.87	Situación de derechos humanos y libertades fundamentales en Chile
A/RES/42/210	17.12.87	The report of the comittee on relations with the host country
A/RES/41/35	10.11.86	Policías del apartheid del gobierno de Sudáfrica
A/RES/41/68	03.12.86	Asuntos referentes a la información
A/RES/41/82	03.12.86	Report of the comitee on relations with the host country
A/RES/41/161	04.12. 86	Situación de derechos humanos y libertades fundamentales en Chile

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

S/RES/1076	22.10.96	
S/RES/1070	16.08.96	
S/RES/1054	26.04.96	
S/RES/1044	31.01.96	
E/1995-27	24.07.95	Implementation of the resolution and recommendation of the ninth united Nation Congress II. Action against national and transnational economic and organized crime and the role of criminal law in the protection of the

	environment national experiences and the international cooperation.
S/RES/955	08.11.94
S/RES883	11.11.93
S/RES/731	21.06.92
S/RES/731	21.06.92
S/RES/748	31.03.92
S/RES/635	14.06.89
S/RES/638	31.07.89
E/1987/52	29.05.87
S/RES/581	13.02.86

ACTIVIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA.

- Conclusiones del Consejo Europeo de Dublín , de 13-14.12.1996 sobre la lucha contra el terrorismo.
- Convenio Europeo de Extradición de 27.09. 1996, en DO C313 de 23.10.1996
- Medidas contra el terrorismo recomendadas por la Conferencia de los siete países industrializados (G7 y Rusia) de 30.07.1996.
- Audiencia pública sobre la lucha contra el terrorismo celebrada `por la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores de 21.02.1996
- Declaración sobre terrorismo de los Ministros de Interior y de Justicia en el Consejo informal de 14.10.1995.
- Convenio Europeo sobre procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado por el Consejo de Europa el 10.03.1995, en DO C78 de 30.3.1995
- Resolución de 10.03.1994, sobre el terrorismo y sus repercusiones sobre la seguridad en Europa, en DO C91 de 28.3.94
- Resolución de 13.06.1991, sobre los asesinatos cometidos por los terroristas en la comunidad, en DO - C183 de 15.7.1991.
- Resolución de 10.03.1989, sobre los tentados terroristas contra la aviación civil, en DO C94 de 11.4.1988.
- Resolución de 26.05.1988, sobre los problemas relativos a la lucha contra el terrorismo, en DO C158 de 26.6.1989.
- Resolución de 11.09.1986, sobre el terrorismo, en DO C255 de 13.10.1986.

CUMBRES DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO IBEROAMERICANOS: 1997-1991.

VII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Declaración de Margarita. (Isla de Margarita, Venezuela. 8 y 9 de Noviembre de 1997)

TERRORISMO

4. Reafirmamos nuestra condena al terrorismo en todas sus formas reiteramos nuestro compromiso de combatirlo, conjunta y firmemente y a través de todos los medios legales, porque erosiona la convivencia pacífica y civilizada y afecta al estado de derecho y al ejercicio democrático.

5. Reconocemos los decididos esfuerzos y avances de algunos países de nuestra Comunidad en su lucha contra el terrorismo, y reafirmamos la vigencia de los diversos compromisos asumidos por nuestros Estados para reforzar la cooperación internacional contra este flagelo.

VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Declaración de Viña del Mar (Santiago y Viña del Mar, Chile. 7 al 11 de Noviembre de 1996)

Democracia y Derechos Humanos.

1. Considerando la impostergable necesidad de fortalecer los procesos de paz y garantizar la estabilidad, la seguridad y la justicia social como bases de consolidación del orden político, apoyamos los esfuerzos del Gobierno de Guatemala y de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), para poner término al enfrentamiento armado interno que ha afectado a ese país, y nos congratulamos con el pueblo de Guatemala por la suscripción de distintos acuerdos que representan avances trascendentales e irreversibles hacia una paz firme y duradera. Asimismo, reconocemos de manera especial los esfuerzos desplegados y la contribución al proceso de paz, por parte de la Organización de las Naciones Unidas y del Grupo de Amigos de Guatemala.

2. Tomamos nota de la "Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz", adoptada con ocasión de la reunión del Foro Iberoamericano de Ombudsmen, celebrado en aquella ciudad, los días 28 y 29 de junio pasado.

Terrorismo

7. Destacamos los resultados emanados de la reciente Conferencia Interamericana Especializada sobre Terrorismo, reafirmamos nuestra condena al terrorismo en todas sus formas y reiteramos nuestro compromiso de combatir conjunta y firmemente a través de todos los medios legales, este flagelo, que erosiona la convivencia pacífica y civilizada y afecta el estado de derecho y el ejercicio democrático.

Rechazamos enérgicamente los actos terroristas recientemente cometidos contra el pueblo y Gobierno de Honduras y dejamos constancia de nuestro apoyo al régimen democrático hondureño.

V Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno (San Carlos de Bariloche, Argentina, 16 y 17 de octubre de 1995)

6) Reafirmamos nuestra condena al terrorismo en todas sus formas y reiteramos nuestro compromiso de combatir conjunta y firmemente, a través de todos los medios legales, este flagelo que viola los derechos humanos.

IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno (Cartagena de Indias, Colombia, 14 y 15 de junio de 1994)

III Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno (Salvador de Bahía, Brasil, 15 y 16 de julio de 1993)

57. Reiteramos nuestra firme condena al terrorismo por su desprecio a la vida, las libertades y la dignidad de la condición humana y a su vinculación, en algunos casos, con el narcotráfico. Reafirmamos nuestro decidido compromiso de cooperación para lograr una efectiva erradicación del problema y nos solidarizamos con las víctimas de este flagelo en el mundo.

II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno (Madrid, España, 23 y 24 de julio de 1992).

11. Expresamos nuestra convicción de que la violencia terrorista no puede justificarse en ninguna circunstancia. Condenamos inequívocamente todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, por cuanto ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida, comprometen las libertades fundamentales y atentan gravemente contra la dignidad del ser humano. Nos comprometemos a intensificar nuestra cooperación para conseguir erradicarlo.

12. Consideramos prioritario e imprescindible el fortalecimiento de los sistemas judiciales de los Estados, con pleno respeto a su independencia.

Reiteramos el compromiso de luchar contra el delito en todas sus manifestaciones y destacamos la necesidad de impulsar la cooperación judicial internacional en el marco del respeto a la soberanía de los Estados.

I Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Guadalajara, México, 18 y 19 de julio de 1991).

CAPÍTULO V

LA LEGISLACIÓN NACIONAL EN ESPAÑA Y CHILE

SUMARIO: **I.-** Preliminares, **II.-** LA LEGISLACIÓN NACIONAL. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL. **II.1.-** LA LEGISLACIÓN CHILENA FRENTE A LOS DELITOS DE TERRORISMO. ASPECTOS PENALES Y PROCESALES. **1.-** La normativa antiterrorista hasta el último régimen militar. **1.a.-** La criminalización de la disidencia política bajo el régimen militar, **1.b.-** El terrorismo bajo el régimen constitucional autoritario, **2.-** Marco legal. La ley 18.314, sobre conductas terroristas. **2.1.-** Aspectos sustantivo penales. **2.1.a.** ¿Y el concepto de terrorismo? **2.2.-** Aspectos procesales. **3.-** Los delitos de terrorismo en el régimen democrático: las reformas a la ley 18.314. **3.1.-** ley nº 18.937, **3.2.-** La reforma de las denominadas "leyes cumplido", **3.2.a.-** Aspectos constitucionales en los delitos de terrorismo: La adecuación de la ley a la Constitución y la reforma constitucional., **3.2.b.-** Aspectos del derecho internacional, **3.2.c.-** Aspectos sustantivo penales: Comentarios sobre la Ley 19.027 y sus posteriores modificaciones., **3.2.d.-** Aspectos procesales: Comentarios a las leyes 19.027 y 19.047. **4.-** otras normas sustantivo penales relacionadas con la ley 18.314. **II.2.-** LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LOS DELITOS DE TERRORISMO. ASPECTOS PENALES Y PROCESALES. **1.-** La normativa antiterrorista hasta la dictadura franquista, **2.-** la normativa antiterrorista en el gobierno democrático, **2.a.-** La incorporación de los delitos de terrorismo a la legislación penal común y creación de la Audiencia Nacional, **2.b.-** Los delitos de terrorismo en el régimen constitucional: la suspensión de derechos fundamentales y la adecuación de la ley penal a la carta Fundamental, **2.b.1.** La suspensión "individualizada" de derechos fundamentales en el texto constitucional: el art. 55.2 de la CE, **2.b.2.-** La adecuación de la ley penal a la Carta Fundamental, **2.c.-** Retorno a los delitos de terrorismo como delitos específicos: Las leyes penales especiales, **2.d.-** Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal. **2.d.1.** La reforma sustantivo penal de la LO 3/1988, **2.d.2.** La reforma procesal penal: La LO 4/1988. Regulación procesal vigente, **3.-** Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995. **III.- Conclusiones. 1.-** En cuanto a la legislación chilena, **2.-** En cuanto a la legislación española.

I.- PRELIMINARES

Adentrarnos en la tarea de analizar el tratamiento jurídico del terrorismo en las leyes nacionales de Chile y España ha hecho necesario situarnos en la historia y confrontar las diversas formas en que la violencia política y el terrorismo se han manifestado en ambos países. Esta diversificación dice relación con el grado de desarrollo del Estado democrático, el mayor o menor grado de desarrollo en las fases del capitalismo y las bases de legitimidad sobre la que se asienta la legalidad del Estado. Mientras en Chile la violencia política de izquierda ha sido la que ha marcado el punto álgido, en España ha sido la violencia nacionalista o independentista¹.

Del análisis del problema legalidad-legitimidad del Estado y la violencia política hemos trasladado nuestra atención a los lineamientos político criminales y criminológicos que impregnan la legislación antiterrorista y a las diversas leyes penales de algunos países europeos y latinoamericanos. Todos ellos redundan en una característica común: son Estados democráticos precedidos - en su mayoría- de regímenes autoritarios fascistas, nacional socialistas, en general, con un fuerte componente corporativista. De esta característica Chile y España no han estado ausentes. Al advenimiento de las respectivas democracias - España catorce años más adelante que Chile- siguió una transformación estructural en la sociedad, que supuso el restablecimiento del Estado de derecho mediante la promulgación de Constituciones políticas garantizadoras de las libertades públicas, y de la vías de participación democráticas.

¹Sin olvidar las similitudes ideológicas entre organizaciones de izquierda: GRAPO, FPMR y MJL, que adscriben al marxismo, con diferencias en su interpretación.

Por tanto, quienes haciendo uso de la violencia antes, cometieron "delitos políticos", ahora cometerían "delitos de terrorismo".

Tan categórica afirmación es posible de aceptar en el plano jurídico considerando que la legislación antiterrorista se ha construido sobre la base del reconocimiento a la organización político constitucional del Estado y su protección frente a quienes pretendan subvertirla. Pero a la vez se observan ciertos rasgos de autoritarismo- elementos políticos y político criminales- impregnando las legislaciones antiterroristas de los diversos países y que hacen que la afirmación respecto de la legitimidad de los sistemas políticos deje de ser tan categórica.

La excepcionalidad en el tratamiento jurídico del terrorismo ha significado que el Estado de derecho asuma los caracteres de *Estado autoritario de derecho*, como consecuencia del proceso de "fascistización genérica del Estado". Se trata de reducir la política penal a una política penal del orden público cuya característica principal es una primacía de la excepcionalidad en la protección del aparato institucional, y que extiende sus redes más allá del terrorismo alcanzando a otros sectores del ordenamiento jurídico².

Comprender esta transformación autoritaria que a la larga pone trabas al normal desenvolvimiento del proceso democrático requiere precisar ciertas características comunes que se han dado en las legislaciones de los países analizados y que involucran también la de Chile y España. La excepción en el tratamiento jurídico del terrorismo ha ido progresivamente creando mayores espacios para la discrecionalidad en la actuación policial, subrayando la suspensión y limitación de los derechos y garantías fundamentales y el establecimiento de una tipología penal difusa, no siempre bien delimitada, que ha servido para el control y sanción de la delincuencia política y de la común mas que de la terrorista. Así pues, la normativa antiterrorista es posible de ser aplicada- y lo ha sido- a un gran número de ciudadanos, de los cuales muy pocos pasan a disposición judicial³.

La normativa antiterrorista se enmarca pues, dentro de esta política penal de orden público propia de la cultura de la emergencia que afecta a las legislaciones de los países democráticos. Una estrategia legislativa que trasciende al mero control del terrorismo, como afirma SERRANO PIEDECASAS, una estrategia "encaminada a disuadir e intimidar a un numeroso y creciente grupo social marginado por la readecuación del Estado y de la economía a las nuevas necesidades capitalistas"⁴. La legislación antiterrorista, tanto en Chile como en España tras el advenimiento de los regímenes democráticos experimentó un proceso de incorporación a la ley común sustantiva y procesal. En España alcanzó su punto máximo con la incorporación de los delitos de terrorismo, como delitos de nomen iuris propio al CP de 1995, y en Chile con la modificación radical (1991) que sufrió la ley 18.314 de 1984, que estableció nuevos tipos penales, y trasladó la competencia para su conocimiento y juzgamiento de la justicia militar a la justicia ordinaria.

En este capítulo analizaremos el camino que en ambos países ha recorrido a legislación antiterrorista anunciando los principios generales que les han guiado centrando nuestra atención en el tratamiento jurídico que recibe el terrorismo tras el advenimiento de los regímenes democráticos y las dictaduras militares inmediatamente anteriores⁵.

²GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "*Crítica de la política criminal del orden público*", en *CPC*, 1982, N°16; pp. 49-53.

³ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona, PPU, 1993, p.17.

⁴SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988, p. 126.

⁵ Para una visión mas detallada desde la historia legislativa, en el caso español, véase entre otros: LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985; MESTRE, E. *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*; Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; GARCÍA RIVAS, N. *La rebelión militar en Derecho Penal*, Eds. de la Universidad de Castilla La Mancha, 1990. Para el caso chileno véase KUNSEMÜLLER, C. *Estudio sobre los delitos contra la seguridad del Estado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago,

II.- LA LEGISLACIÓN NACIONAL. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL.

II.1.- LA LEGISLACIÓN CHILENA FRENTE A LOS DELITOS DE TERRORISMO. ASPECTOS PENALES Y PROCESALES.

1.- LA NORMATIVA ANTITERRORISTA HASTA EL ÚLTIMO RÉGIMEN MILITAR.

Desde la promulgación de la Constitución de 1925 hasta el golpe militar de 1973, y aún con posterioridad al mismo no encontraremos en la legislación chilena una represión específica de las conductas de terrorismo. No es sino hasta el año 1984 y al amparo de los establecido en la Constitución de 1980 que se promulga la primera legislación referida al terrorismo como delitos de nomen iuris propio. Luego, hasta este año las conductas terroristas fueron sancionadas conforme a la ley penal tanto común como especial⁶.

La Constitución de 1925 marcó un hito en la historia de Chile estableciendo un sistema de gobierno democrático representativo. El éxito en el tránsito a la democracia representativa era el objetivo principal del Poder político, y el velar por la salvaguarda del nuevo orden aparecía como necesidad imperiosa, sobre todo cuando se tenía en la memoria reciente el golpe militar de septiembre de 1924. Fue así como los primeros textos legales destinados a sancionar la disidencia violenta tuvieron como interés jurídico protegido la seguridad interior del Estado⁷. Se produce en Chile- recordando la expresión de LAMARCA- una "vis atractiva" de los delitos contra la seguridad interior del Estado que atraían al resto de las conductas⁸. Si bien es cierto que los delitos de terrorismo no habían nacido a la vida jurídica y que conductas análogas exigían para su sanción un objetivo o fin político, llama la atención que desde esta época ya puede advertirse una cierta tendencia a privar de su naturaleza política a determinadas conductas de violencia, tendencia que centra su atención mas bien en la naturaleza de los medios empleados y la producción de determinados resultados dañosos, que en una finalidad concreta⁹.

En 1931 nos encontramos con la primera norma de este período que sanciona conductas que luego serían consideradas terroristas: el DFL N°221 de 1931 por el que se promulga la Ley de Navegación Aérea (LNA) tipificó en el art. 58 el apoderamiento y secuestro de aeronaves (piratería aérea) tipo penal que contemplará la ley 18.314 de 1984 sobre conductas terroristas (en adelante LCT). El DL 50 de 24-6-1932 fue uno de los primeros que menciona el término "terrorismo" al tipificar como delitos contra la seguridad del Estado "la incitación a la revuelta o al terrorismo", la apología de la violencia, y la propagación de doctrinas subversivas. Antes el DL 143 de 1931 había tipificado como delito atentatorio contra este mismo interés jurídico, la propagación de noticias o informaciones tendenciosas o falsas, precepto que como veremos

Chile 1967, DEL BARRIO, A. y LEÓN R, J. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago, 1990, y las obras de GONZÁLEZ, F., MERA, J., VARGAS, J. *Protección democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*, Programa de Derechos Humanos, Universidad AHC, Santiago, Chile, abril de 1991; *Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: el caso de la Ley de Defensa de la Democracia*, Cuad. de trabajo N°5 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, 1987 a), *Los Regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973*, Cuad. de trabajo N°4 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, Julio de 1987 b).

⁶Generalmente enmarcables en delitos contra la seguridad del Estado contenidos en el CP (1874). Con posterioridad vinieron leyes especiales, p.ej. La Ley 3226, "Ley de Residencia" de 1918, promulgada bajo el gobierno de Sanfuentes, que prohibía el ingreso al país de los extranjeros que predicaran o enseñaran la alteración del orden social o político por medio de la violencia o que propaguen doctrinas incompatibles con la unidad de la Nación.

⁷GONZÁLEZ – MERA - VARGAS. 1991, p. 110.

⁸LAMARCA, C. 1985, pp. 126-127 y ss. La autora se refiere a los delitos de terrorismo en la legislación española en la que se producía, en principio, una "vis atractiva" del delito de rebelión militar.

⁹ Por el Decreto Ley N°806 de 24 de diciembre de 1925 se promulga el Código de Justicia Militar, que si bien no estaba destinado específicamente a reprimir la violencia política, mas tarde será un elemento clave para la punición de ciertos delitos terroristas y su juzgamiento. Su texto definitivo se fijó posteriormente en 1944.

sería el antecedente primario de una norma de similar naturaleza que contempló la ley 18.314 (LCT) de 1984¹⁰.

Es en este período de asentamiento del orden democrático, que los delitos contra la seguridad interior del Estado se separan de los delitos contra el Orden Público con la ley 6.026 de 1937. Esta ley tuvo por objeto reprimir conductas de disidencia política violenta, en concreto a los renacientes grupos nacionalsocialistas¹¹. Un objetivo idéntico, pero con distintos actores políticos lo tuvo la Ley 8.987 de 1948, llamada "*Ley de Defensa Permanente de la Democracia*", que nace en una época marcada por el fin de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría entre EE. UU. y la URSS. Una época en Chile en que los conflictos sociales se agudizan a consecuencia del desfase y desigualdad económicas, y la mayor conciencia de clase de los obreros que organizados en sindicatos adscribían en su mayoría a la ideología marxista y al Partido Comunista. Es el período en el que las reivindicaciones obreras provienen ante todo y especialmente de las salitreras.

Promulgada bajo el Gobierno de González Videla, quien tras asumir el mando de la nación en 1946 olvidó rápidamente que su victoria se debía a los votos comunistas, la *Ley de Defensa Permanente de la Democracia* vino a establecer la proscripción definitiva de organizaciones adscritas a ideologías contrarias al gobierno¹². La vaguedad e imprecisión de la tipificación de conductas se encontraba presente en la ley, fruto de los deseos del legislador de querer abarcar todas sus manifestaciones posibles.

Llama la atención que en cuanto a la penalidad existía una casi equiparación entre, de un lado, la establecida para las conductas atentatorias contra la seguridad interior del Estado-conductas cuyo contenido material y teleológico es idéntico a los delitos políticos-, y de otro lado con las conductas atentatorias contra el orden público- concepto no definido en la ley- y que parecía adecuarse, según las conductas descritas en los tipos, al concepto de "orden en la calles". A nuestro entender también al "orden en el sistema económico", toda vez que sancionaba como delitos contra el orden público numerosas conductas relacionadas con los conflictos laborales: huelgas, paralización de actividades, sabotaje doloso de actividad industrial, entre otras¹³. La idoneidad de las conductas capaces de atentar contra el Orden

¹⁰El artículo 1º núm. 16 de la originaria ley 18.314 tipificaba como delito de terrorismo la conducta de "los que provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos".

¹¹En ella se enumeran taxativamente una serie de conductas, de las cuales doce eran consideradas atentatorias contra la seguridad interior y cuatro contra el orden público, estableciendo una penalidad similar a la de la LSE de 1958, siendo en todo caso menor la sanción para los delitos contra el orden público. Conviene destacar la prohibición específica de la existencia de organizaciones armadas con determinados fines políticos: "Por ser contrarias a las bases fundamentales del orden constituido y jurídico de la República, se prohíbe la existencia u organización en Chile de todo movimiento, facción o partido militarizado o uniformado que persiga la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia" (art. 3). Mas ampliamente, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 111. Para un análisis de los tipos penales, KÜNSEMULLER, 1970.

¹² Art.1º: "se prohíbe la existencia, organización, acción y propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, del Partido Comunista y, en general, de toda asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que persiga la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia o que atente contra la soberanía del país". La ley in comento fue extensamente debatida en el Parlamento, existiendo un sector que sostenía la inconstitucionalidad de la misma al dejar fuera de la ley a un Partido político. Para la doctrina, esta normativa representa "una solución de continuidad en las regulaciones sobre seguridad interior y orden público en el período 1925-1973, a tal punto que puede fundadamente sostenerse que solo con la implantación del Régimen Militar de 1973 se recurrirá a disposiciones legales mas gravosas para los derechos de las personas". GONZÁLEZ, F; MERA, J.; VARGAS, J. E.; "*Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: el caso de la Ley de Defensa de la Democracia*", Cuad. de trabajo N°5 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, 1987 a).

¹³ Coincidiendo con GONZÁLEZ, MERA y VARGAS, no era extraño que existiera esta forma de control y sanción de la disidencia política ya que el Partido Comunista poseía una amplia base social en los sindicatos, de donde era conveniente para las políticas institucionales contemplar tipos penales abiertos que permitieran sancionar la ideología en la base social misma GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1991, p. 16.

Público aparecía cuestionada ante la ausencia de la definición legal del mismo, definición que comenzó a forjarse jurisprudencialmente¹⁴.

La Ley de Defensa Permanente de la Democracia fue ampliamente criticada por los distintos sectores del quehacer político, perdiendo legitimación. El poder político se ve enfrentado a la necesidad de sustituirla en 1958 por la Ley 12.927 que reguló los delitos contra la Seguridad del Estado y el Orden Público (en adelante LSE). Esta ley continúa en vigor, con importantes modificaciones durante el régimen militar y luego al iniciarse la transición democrática.

La Ley 12.927 (LSE) recogió en gran parte las figuras contenidas en la antigua ley 6.026 y dejó expresamente sin efecto la norma de su antecesora (Ley 8.827) que restringía el pluralismo ideológico sancionado a quienes profesaran determinadas doctrinas. El objeto inicial de la ley, la protección del sistema democrático, sería desvirtuado posteriormente durante el gobierno militar. Pero la tendencia jurisprudencial fue a no considerarle como elemento central, mencionándosele de manera formal en algunos fallos, de manera tal que pierde su fuerza como elemento de interpretación en los casos concretos¹⁵. Uno de los fallos de la Corte de Apelaciones dictado en 1970 en contra de algunos integrantes del MIR señala: "no se ha instruido esta causa en contra de las personas nombradas precedentemente y de ningún otro, por el solo hecho de profesar doctrinas contrarias a un régimen democrático representativo de gobierno, sino por estar comprometidas sus actuaciones en algunos de los diversos casos que se indican en la letra d) del art. 4º de la mencionada Ley 12.927"¹⁶. El mencionado artículo tipificaba las conductas de incitación, inducción, financiamiento o ayuda a la organización de milicias privadas grupos de combate u otras que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra el gobierno constituido. Este precepto será el antecedente mas directo de otras figuras que tipificaron leyes especiales posteriores, la Ley 17.798 sobre Control de Armas (en adelante LCA) y la Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

Si bien esta ley significó un paso adelante en el restablecimiento del Estado de derecho al eliminar la contradicción que existía en relación a la libertad de pensamiento, en su carácter de ley especial presentó algunos problemas desde el punto de vista penal. Quizás el mas importante de ellos es que contiene un tipo penal abierto, contrario al principio de legalidad¹⁷. De un lado, tipificaba como delito contra la seguridad del Estado un catálogo de conductas establecidas en su art.4º, pero de otro lado y a modo de cláusula residual sancionaba a "los que en cualquier forma o por cualquier modo se alzaren contra el gobierno constituido o provocaren la guerra". Y lo mismo ocurría tratándose de los *delitos contra el Orden Público*. Este problema se materializó en la práctica en una tendencia jurisprudencial positivista que eludía analizar si las conductas tipificadas afectaban realmente a la seguridad interior o al orden público, pues la norma a aplicar era prácticamente la misma.

Pero la seguridad interior como objeto de protección penal tenía un contenido específico: los valores de la institucionalidad democrática representados por la normalidad constitucional. Su protección se materializaba en el castigo penal a las conductas que atentaran contra él. Al ser la seguridad interior un valor social cuya delimitación se establecía por la ley, al menos se cumplía con el principio de legalidad y se respetaba la seguridad jurídica. "Fuera de este marco legítimo de protección de la seguridad interior del Estado", dice la doctrina¹⁸, "las

¹⁴GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1991, p.116. Sobre el concepto de orden público en la jurisprudencia chilena, véase Cap. VI.

¹⁵GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1991, pp. 121- 122

¹⁶*RDJCh*, T. LXVII, 2ª Parte, Secc. 4ª, pp. 352 y ss. Los subrayados son nuestros. Mas ampliamente GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1989, pp. 20 y ss.

¹⁷En este sentido GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1991, pp.122-123

¹⁸GONZÁLEZ- MERA- VARGAS. 1991, p.144

personas conservaban y podían expresar su esfera de libertad política, sin exponerse a sanciones justificadas en "razones de seguridad nacional"¹⁹. Esta concepción cambiará durante el régimen militar transformándose en la protección de la institucionalidad autoritaria.

1.A.- LA CRIMINALIZACIÓN DE LA DISIDENCIA POLÍTICA BAJO EL RÉGIMEN MILITAR.

El golpe militar de 1973 significó un profundo cambio político y social. El régimen democrático fue sustituido por uno de carácter autoritario que arremetió formalmente contra la concepción de Estado de Derecho y contra la Constitución de 1925. La enfática declaración de la Junta Militar contenida en el Bando N° 1 se plasmó especialmente en el instrumento represor por excelencia del Estado: el derecho penal: "...La Junta, en el ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y *respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida que la situación del país lo permita*, para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone". La concepción de Estado de derecho se vio seriamente afectada al disolverse el Congreso, negando así a participación política no solo al "enemigo interno" sino a todo el pueblo con carácter generalizado. El DL 128 de 1973 determinó que los poderes Constituyente y el Legislativo serían ejercidos a partir de ese momento por la Junta Militar.

A lo anterior se suma la nueva concepción sobre la "fuerza pública", a quienes se les considerará garantes de la nueva institucionalidad. El Acta de Constitución de la Junta de Gobierno en su considerando 1° señala que esta institución "representa la organización que el Estado se ha dado para el resguardo y defensa de su integridad física y moral y de su identidad histórico-cultural". Esta función, como acierta la doctrina, "excede la propia y natural que la sociedad chilena le asigna a la fuerza pública"²⁰, que en ningún caso considera que la misión de las FF.AA sea la de salvaguardar los mencionados valores, pues se estaría transformando en un verdadero Poder de Seguridad, Poder que se plasmará en la Constitución de 1980.

La declaración de principios del gobierno militar de 1974 se contradecía. De un lado, aseguraba el respeto a los derechos fundamentales, especialmente "el respeto por la libertad de conciencia y el derecho a discrepar"²¹, pero de otro lado se rechazaba el sistema de las democracias occidentales considerándoles "seriamente debilitadas", como consecuencia de "la exitosa penetración del marxismo": "...Mientras otros recién avanzan con ingenuidad por el camino del diálogo y del entendimiento con el comunismo, Chile viene de vuelta"²². Ese "Chile viene de vuelta" significó la erradicación del marxismo a cualquier precio. ¿Dónde estaba entonces el derecho a discrepar?, ¿Dónde quedaba el respeto a los derechos fundamentales de los "marxistas" y de toda persona?²³. El disidente, violento o no violento, no era, en los hechos,

¹⁹En el mismo sentido, MERA: "Los derechos constitucionales y las libertades públicas eran...compatibles con la necesidad cautelar de la seguridad el Estado, puesto que existía un límite establecido por la constitución y la ley, entre lo que se prohibía a la persona y lo que se permitía en relación con la seguridad del Estado" MERA, Jorge; *Policía Judicial organismos de seguridad en relación con la libertad y el derecho a la justicia*", en *Estudios: Los derechos humanos a la luz del Ordenamiento Institucional*. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la solidaridad. Noviembre de 1978

²⁰GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 174

²¹Ambos aspectos "deberán ser preservados por el Estado de derecho que el Movimiento 11 de Septiembre se propone recrear... el derecho a discrepar deberá ser mantenido". *Declaración de Principios del Gobierno Chileno*, Capítulo III, n° 5.

²²*Declaración de Principios del Gobierno Chileno*, Capítulo III.

²³"El sistema político institucional del régimen militar - afirma la doctrina- constituyó un sistema autoritario, autárquico o totalitario (según la categorías de la ciencia política que se invoquen) que sirvió precisamente de marco para violar los derechos humanos, sin contar con que, en sí mismo, era contradictorio con dichos derechos, al no consagrarlos adecuadamente y al permitir limitaciones arbitrarias de los mismos" (GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 170).

considerado persona. El disidente no era humano, sino "humanoide"²⁴ contra el que se ejercía todo el rigor de la ley penal.

No obstante, las modificaciones legislativas realizadas por la Junta Militar no obedecieron a un plan político de carácter global y coherente de la ley penal, sino que mas bien fue respondiendo a la coyuntura política que se presentaba mediante la promulgación gradual de las leyes que juzgara conveniente. Así, no dictó una nueva ley de seguridad interior del Estado, sino que procedió a su modificación²⁵, pero también utilizó con largueza el modelo de la ley penal especial. Todo esto obedecía a la adopción de una nueva concepción de seguridad del Estado: la *Doctrina de Seguridad Nacional*, en que la "seguridad del Estado" pasa a ser el nuevo bien jurídico protegido, y se va a plasmar no solo en las modificaciones a la ley penal sino también en toda la normativa referente a los Estados de Excepción constitucional²⁶.

Con las "Actas Constitucionales"²⁷, el régimen militar comienza el proceso de institucionalización del autoritarismo. El Consejo de Estado, que posteriormente elaborará el Proyecto de Constitución Política se integra por 16 miembros, cuya designación, conforme al art. 2 del Acta corresponde al Presidente, en esta época, el general Pinochet²⁸. Desde el mismo golpe militar la Junta de Gobierno decretó los estados de sitio, de emergencia y de guerra, cuyas consecuencias incidieron directamente en el campo de las garantías procesales, especialmente la libertad²⁹. Estas atribuciones que se autoproporcionó, han sido hasta ahora la cobertura "legal" que ha esgrimido el gobierno militar frente a las acusaciones sobre violaciones a los derechos humanos. Sus partidarios argumentan que atendido el "estado de guerra" en el que se encontraba el país, era preciso restringir hasta este punto los derechos fundamentales. Este argumento resulta absurdo si consideramos que el verdadero poder militar estaba absolutamente concentrado en las FF.AA y "el enemigo" carecía de cualquier infraestructura capaz de hacer resistencia a un ejército profesional. De lo que se trataba era de cubrir legalmente la desaparición forzada de personas que practicaron los "organismos especializados" del gobierno militar. Quienes hoy figuran entre las listas de ejecutados políticos y desaparecidos fueron las "víctimas" de esta normativa procesal especial por la que se podía detener a las personas "en lugares que no fueren cárceles ni otras que estuvieren destinadas a la detención o prisión de reos comunes". A este tipo de lugares corresponden los campos de concentración de Tejas Verdes, Chacabuco, Pisagua, Colonia Dignidad, etc.

²⁴Esta fue la célebre expresión del Almirante Merino, miembro de la Junta Militar, para referirse a los sectores marxistas, en sus declaraciones de prensa.

²⁵Existen, razones de carácter táctico que permiten explicar el que la "represión penal política continuara asociada fundamentalmente a la ley 12.927 de 1958 sobre Seguridad del Estado, de raigambre democrática" Ello permitiría a la dictadura "sostener- falazmente... que se limitaba a utilizar mecanismos jurídicos tradicionales, preexistentes al golpe del 73". El objetivo último era legitimar la represión penal hacia los opositores basado en la inspiración democrática de la ley 12.927 de 1958. GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp.142-143

²⁶Sobre la DSN véase supra Capítulo I; párrafos II. 1 y II.4. Por los límites de esta investigación no es posible referirnos in extenso a la declaración de los estados de excepción constitucional. Para un análisis de los mismos entre el período 1925-1973, véase GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1987 b), y en el período 1973-1990, véase GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp.147-149.

²⁷ Cuatro fueron las "Actas Constitucionales" que decretó el gobierno militar. Por el Acta Constitucional nº1 de 31 de diciembre de 1975, se crea el Consejo de Estado, organismo colegiado, integrado por civiles cuya misión es asesorar al Poder Ejecutivo; por el Acta Constitucional Nº2 se establecen las bases de la institucionalidad; por el Acta Constitucional nº3 se establecen los derechos y deberes constitucionales; y por el Acta Constitucional Nº 4 se regulan los regímenes de excepción. Las tres últimas son de 11 de septiembre de 1976.

²⁸Los ex presidentes serían miembros por derecho propio. El ex presidente de la República, del PDC, Eduardo Frei se negó a integrar este Consejo aunque fue nominado para ello.

²⁹ En el Estado de Sitio, el Presidente de la República estaba facultado para trasladar a personas de un departamento a otro o arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles y otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. En el Estado de Guerra se atribuye la competencia para el juzgamiento de determinados delitos a los tribunales militares en tiempo de guerra, estableciendo un procedimiento penal sumarisimo.

Los gobiernos dictatoriales - como afirma CODEPU- defienden intereses que no pueden sustentarse de existir un sistema democrático y de imperar un Estado de Derecho, y ejercitan acciones de violencia sin límites "fría y racionalmente planificada" o "legalmente" planificada para alcanzar los objetivos buscados por los grupos o individuos que detentan el poder³⁰.

La *represión penal* a la disidencia política comenzó apenas a un mes del golpe de Estado. Por los DL 77 y DL 81 de octubre de 1973 los partidos políticos que integraban la Unidad Popular fueron declarados asociaciones ilícitas³¹. De donde se desprende: *Primero*, el solo hecho de organizarse en estas asociaciones importaba un delito. Se castigan las conductas de organización, promoción o inducción, pero no la militancia o el hecho de pertenecer a estos grupos. Esto se debe en opinión de la doctrina a que el legislador discurre sobre la base del aniquilamiento de estas entidades producido por la acción represiva, en donde la reorganización de las mismas debe ser evitada a toda costa adquiriendo relevancia la represión penal³². *Segundo*, se criminaliza la ideología, la doctrina marxista, pero el tipo legal se amplía hacia otras que no necesariamente lo son al considerar asociaciones ilícitas a aquellas que "por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean substancialmente coincidentes con los principios y objetivos de aquella doctrina, lo que se explicaría - aplicando la DSN- en el grado de infiltración que presumiblemente tenían las organizaciones marxistas en la base social.

El DL 77 criminaliza también la libertad de expresión sancionando todo acto de propaganda realizada de palabra o por escrito o por cualquier otro medio de la "doctrina marxista" o de otra substancialmente concordante con sus principios y objetivos³³. La ley penal chilena equiparó en el art. 6 letra f) de la LSE la conducta de propaganda con la de apología, requiriendo el tipo la realización de una alabanza o exaltación de la doctrina marxista, en términos tales que fuere capaz de incitar a su adhesión. El golpe de Estado se encontraba justificado en el DL 77 (art. 6º) que aludía a la "insuficiencia del sistema institucional" para hacer frente al marxismo. Doctrinariamente se ha indicado que el interés político institucional de esta normativa fue el "crear una nueva institucionalidad... de inspiración y contenidos inequívocamente antidemocráticos", fluyendo de sus disposiciones la base ideológica del régimen militar³⁴. Esta base ideológica sería posteriormente consagrada en la Constitución de 1980.

El articulado del DL 77 concretaba así la protección del *bien jurídico seguridad del Estado*, entendido según la nueva concepción que presentaba, conforme a la DSN. Se creaba un derecho penal de la dictadura que rompía con la tradición democrática chilena. Esta es la crítica fundamental que realiza la doctrina: "Lo que nos parece extremadamente grave- manifiesta la doctrina- es que se elevara a la categoría de bien jurídico protegido en los delitos establecidos en

³⁰“El hombre fue acorralado, estigmatizado, recibió en su cuerpo, en su familia, amigos y compañeros, todas las agresiones jamás imaginadas por la sociedad chilena hasta antes del Golpe Militar. Bruscamente sus ideas, su proyecto de vida, sus valores, resultan “malignos”. Su modo de concebir el mundo se transformó súbitamente en algo que debía desaparecer, debía morir. Solo vale la verdad oficial”, CODEPU, “*Violencia y contra violencia en Chile*”, en *Persona, Estado, Poder. Estudios sobre salud mental en Chile 1973 - 1989*. Stgo. Chile. Noviembre 1989, p. 42 y 47.

³¹El art. 1 del DL 77 considera asociación ilícita a los "Partidos Comunista o Comunista de Chile, Socialista, Unión Socialista Popular, Mapu, Radical, Izquierda Cristiana, Partido de la Unidad Popular y todas aquellas entidades, agrupaciones, facciones o movimientos que sustenten la doctrina marxista o que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean substancialmente coincidentes con los principios y objetivos del marxismo" y que tiendan a destruir o desvirtuar los propósitos y postulados fundamentales consignados en el Acta de Constitución de la Junta Militar. El DL 78 de 11-10-1973 declaró en receso a todos los partidos políticos y entidades, agrupaciones, facciones o movimientos de carácter político no comprendidos en el DL 77, toda vez que, como señala en sus fundamentos este DL "se hacía indispensable suspender el régimen normal de la actividad política partidista n el país". El DL 1684 de 28-1-1977 vino a complementar estos DL declarando la disolución de los demás partidos políticos.

³²GONZALEZ-MERA-VARGAS.; 1991, p. 171

³³BUSTOS, Juan; "*Estado de derecho y Justicia criminal en Chile (1973-1979)*", en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, p.586; también en *NFP* N°6, 1980, Medellín. Colombia.

³⁴GONZÁLEZ; MERA;VARGAS. 1991, p.168

el DL 77", y que se introdujera "un bien jurídico novedoso, ajeno a nuestra tradición política, y que no expresa el sentir colectivo nacional, sino que solo el interés del régimen militar en consolidar un modelo de sociedad resistido por la mayoría de la población. Para ello se requería de un sistema político - institucional ad-hoc, y al cual sus partidarios llaman democracia autoritaria y protegida... La pretensión de convertir a un régimen político autoritario o totalitario, como el que nos rigiera, en el bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad interior de Estado repugna a la conciencia democrática chilena, y solo representó un abuso del poder legislativo carente de toda legitimidad ética y jurídica"³⁵.

El DL 81 de 11 de octubre de 1973 introdujo dos nuevas figuras delictivas contra la seguridad del Estado: El desobedecimiento al llamamiento realizado por la autoridad y el ingreso clandestino al país, castigando a ambas con elevadas penas privativas de libertad. La doctrina coincide que en ambos casos se estaba atentando contra el principio de legalidad, y utilizando el derecho penal como *prima ratio* para salvaguardar la seguridad interior³⁶. Una figura similar contempló el DL 604 de 10-8-1974³⁷. El DL 559 de 12-7-1974 establece como delito la piratería aérea, modificando el DL 221 de 1931; pero además, junto con el DL 1009 de 5 de mayo de 1975 introdujeron modificaciones a la LSE, en relación a hechos *que cometidos con propósito de alterar el orden instituido o la seguridad pública o intimidar a la población*, constituyan atentados contra la integridad física de las personas, contra la vida, la libertad, destruyan o inciten a la destrucción de servicios de utilidad pública o instalaciones de interés nacional, etc.

Aquí los antecedentes que más tarde impregnarán la legislación antiterrorista. La Seguridad del Estado era resaltada como bien jurídico digno de la mayor protección penal. Así, por el DL 1009 se sientan las bases del "arrepentimiento eficaz" como causal de exención de pena, y el hecho de denunciar a la autoridad del plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación. Se pretendía una vez mas imponer por la fuerza una escala de valores acorde con la DSN ajena a la sociedad chilena con la "importación" de instituciones jurídicas foráneas extrañas a la conciencia del pueblo chileno que desprecia al delator. La razón de Estado era el amparo de esta normativa³⁸. Por otra parte, estableció la punición de la preparación e incitación a la perpetración de delitos contra la seguridad del Estado, y elevó el encubrimiento a la categoría de delito autónomo.

EL DL 1009 introdujo también importantes modificaciones procesales que decían relación con la limitación o suspensión del derecho a la libertad personal durante la declaración de Estados de excepción y de guerra. Ya no tan solo se facultaba a la autoridad administrativa a quien por excelencia correspondía efectuar la detención (Policía de Investigaciones, vinculada al Poder Judicial) en lugares que no estuviesen destinados a la privación de libertad de los delincuentes, sino que ahora, durante los estados de sitio, serían "organismos especializados" los que efectuarían las detenciones. Estos organismos especializados fueron la DINA y posteriormente la CNI, a quienes se atribuía la función "de velar por el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y por la mantención de la institucionalidad

³⁵GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp. 170-171

³⁶BUSTOS, 1987, p. 586, nota 6; GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp. 178-179

³⁷ Sancionó a los que se les hubiere prohibido el ingreso al país por Decreto Supremo en razón de : propagar o fomentar de palabra o por escrito o por cualquier otro medio doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de Gobierno; de estar sindicados o "de tener reputación de ser agitadores o activistas" de tales doctrinas y, en general, por ejecutar hechos que "las leyes chilenas" califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país; y, de realizar actos contrarios a los intereses de Chile o que a juicio del Gobierno constituyan un peligro para el Estado.

³⁸Como señalaba el mencionado DL en sus fundamentos: "Que todo cuanto atañe a la Seguridad Nacional es de vital importancia para el país, ya que de ella depende la estabilidad del Estado y de sus instituciones y es además, condición indispensable para la protección de los valores y bienes jurídicos del hombre y la sociedad, como asimismo para el desarrollo económico y social de la nación". En palabras de Juan BUSTOS, "traición y seguridad del Estado son términos correlativos en este tipo de sistemas". BUSTOS, 1987, p.590

constituida". Sabemos que ambos organismos, estaban vinculados directamente con el Poder Militar, sin que existiera control judicial sobre ellos.

Aquí encontramos el origen de la excepcionalidad jurídica que posteriormente se plasmará en la Ley 18.314 sobre conductas terroristas: la detención practicada ya por la Policía de Investigaciones, ya por los "organismos especializados" durante el Estado de sitio o de emergencia podía durar hasta diez días cuando se tratase de conductas atentatorias contra la seguridad del Estado. Además el Presidente de la Junta Militar, por razones de seguridad del Estado, y sin necesidad de que se tratase de una conducta concreta o un hecho, podía ordenar la detención de personas hasta por cinco días. Esto es, conforme a la ley, los "organismos especializados" estaban facultados para detener a una persona y mantenerle diez días en lugares que no fuesen cárceles u otros destinados a la privación de libertad, con lo que se dejaba al detenido en una indefensión absoluta. Como ha sido un procedimiento habitual en los regímenes militares dichos organismos utilizaron con ahínco esta puerta para proceder a la detención de los disidentes políticos y recluirlas en verdaderos centros de tortura.

La legislación, como puede observarse, poco a poco fue plasmando el objetivo del gobierno militar de reprimir la actividad política disidente, y prevenir cualquier tipo de rebelión o sublevación. A esta idea corresponde la modificación que sufre la Ley 17.798 (LCA, Decreto 400 de 6 de diciembre de 1977), elevando las penas y creando figuras que posteriormente plantearán problemas concursales con la Ley 18.314 (LCT) en relación a la ley aplicable tratándose de asociaciones ilícitas.

Transcurridos cinco años de gobierno militar, los movimientos sociales comienzan a rearticularse. El Movimiento sindical entra en su fase de recomposición y se producen las primeras manifestaciones relativamente importantes en contra de las políticas gubernamentales. Esto obligó al gobierno a endurecer su política sindical y nace el *DL 2.347 de 17-10-1978* que contempla un nuevo delito contra la seguridad del Estado: asumir las asociaciones o grupos de personas la representación de sectores de trabajadores sin tener personería para ello³⁹. No es extraño que el gobierno militar dictara una norma de esta naturaleza si consideramos que los Partidos y asociaciones que fueron proscritos de la vida política desde el golpe militar encontraban su base de apoyo en la clase obrera.

Si en los primeros años la dictadura justificaba el autoritarismo penal y la violación a los derechos fundamentales en la existencia de un "estado de guerra permanente", como decíamos, y en la necesidad de eliminar al "enemigo interno", posteriormente ante la presión ejercida por la comunidad internacional, debió cambiar su discurso. Ya no hablaba de "estado de guerra" sino de "lucha contra el terrorismo". Ya no es "el enemigo" sino "el terrorista", contra el cual el Estado puede ejercer un poder omnímodo. La dictadura cumple así dos objetivos antagónicos: por una parte "sacar y legitimar su imagen interna e internacional", y por otra, "asegurar los mecanismos legales por los cuales queda con las manos libres para ejercer en ciertos casos la facultad última de disponer de la vida de sus opositores"⁴⁰.

Ya no se habla de sanción a las "organizaciones marxistas" sino a las "asociaciones ilícitas" concepto que si bien era anterior en la ley penal, ahora adquiría un significado distinto y cuya protección obedecía al interés del gobierno. La atención penal se centra en la penalización de la disidencia política en relación *al elemento estructural o de organización* con la consiguiente merma al derecho de asociación. El *DL 2.621 de 28 de abril de 1979* reforma el Código Penal en esta materia justificado en "La conveniencia de prevenir con mas eficacia los *actos de carácter terrorista* y la organización de agrupaciones que persigan *esas finalidades*, así

³⁹Se trata de una figura delictiva "absolutamente formal... que no lesiona ningún interés social general real que justifique su represión penal y que abiertamente viola el ejercicio de los derechos constitucionales de asociación, sindicación, petición y expresión..." GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 183.

⁴⁰CODEPU, 1989, p.44

como de castigar con mayor severidad la ejecución de dichos actos". Agrega así dos presunciones sobre cuya base se entiende que existe la asociación ilícita (art. 292)⁴¹. Al señalar que ella "existe por el solo hecho de organizarse" y que se presume la finalidad ilícita por la comisión de "cualquiera de las conductas" tipificadas en otras leyes especiales, se producía una equiparación del ya excesivo rigor de las penas entre conductas cuyo grado de atentado era distinto. Así, el miembro de una organización que cometiere el delito de apología (LSE), y aquel que indujere a la creación de una milicia privada o una partida militar (LCA) eran sancionados, además de la conducta específica en que incurrieren, por el delito de asociación ilícita del Código Penal. Sobre la base del argumento de la prevención de los actos terroristas y la consolidación estructural de las organizaciones el DL 2.621 agrega también el art.295 bis - aún vigente- por el que se sanciona con carácter general la omisión de denunciar las actividades y planes de una asociación ilícita⁴².

El objetivo de este DL era claramente la penalización del derecho de asociación, pero en concreto, de la disidencia política. Por una parte la autoridad declaraba la necesidad de sancionar a quienes se asociaban "encubriendo sus siniestros objetivos bajo apariencias que, en oportunidades, hacen aparecer a sus organizaciones como entidades hasta de bien público⁴³. Y por otra parte, el ordenamiento jurídico no ofrecía los instrumentos necesarios para criminalizar el derecho de asociación al punto de punir la ideología. En el Código Penal- acierta la doctrina - la asociación ilícita no estaba destinada a limitar el ámbito de la libertad política⁴⁴. Por otra parte, castigar penalmente y hacer obligatoria la denuncia de los planes y actividades actividades de asociaciones ilícitas equivale a una institucionalización de la delación de los particulares⁴⁵. Tres cosas en relación a este punto:

Primero, no puede hablarse de terrorismo - en su variante insurgente o subversivo- más que en un régimen democrático, requisito que Chile a esas alturas no cumplía. *Segundo*: es arriesgado conminar a los particulares a denunciar delitos de esta naturaleza ya que puede llegar producirse un temor generalizado en los habitantes de la población quienes a fin de evitar la sanción denuncien cualquier tipo de conductas, distintas de las conductas terroristas, en definitiva "personas" que serán tratadas desde el momento de su detención con los instrumentos jurídicos que la ley penal reserva para aquellas. Así, un disidente político, un delincuente común serán detenidos, calificados por el denunciante y la policía como terrorista y privado de su libertad por diez días en lugares que no sean cárceles, y probablemente torturado. Se produce con ello una extensión del ius puniendi estatal que carece de toda justificación. Y *Tercero*, político criminalmente "al imponer la obligación de la denuncia- expresa la doctrina - en los términos que lo hace, está estableciendo una nueva jerarquización de los bienes jurídicos, en

⁴¹ Infra Cap. VII

⁴² Una norma similar se contempla en el art. 494 n°s 9,13 y 14 CP para el caso del facultativo médico, art. 496 n°2 CP para el caso de la omisión de socorro, el art. 84 CPP que establece la obligación de denunciar a determinadas personas revestidas de autoridad especial, y en el art. 23 a) de la LSE.

⁴³Por lo que habrían "de cuidarse ...las asociaciones de toda índole de admitir entre sus miembros a quienes ejecuten tales acciones" ya que "serán llevados todos sus integrantes a la justicia, como asociación ilícita - delito que existe por el solo hecho de haberse organizado-. a probar o no si son inocentes...Ya no será el juez quien deba acreditar la culpabilidad para condenar, sino el inculpado quien pruebe su inocencia". Declaraciones de la entonces ministra de justicia, Sra. M. Madariaga. *El Mercurio*, 28 de abril de 1979. Cita de GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p.189.

⁴⁴"El derecho de asociación estaba ampliamente garantizado y limitado por el solo interés de preservar el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades...tanto es así que la dictadura necesitó dictar normas expresas criminalizando a los partidos de izquierda existentes en el país" a través del DL 77. GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 190

⁴⁵En este sentido, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 194. El fundamento de la creación de este delito nuevo se amparaba en la razón de Estado, cuestión que se desprende de las declaraciones oficiales: "...en el fondo, se trata de sancionar a verdaderos encubridores, que, con su pasividad inaceptable permanecen indiferentes ante el peligro de todos los habitantes del país. La ciudadanía tiene en esta materia un rol importante que, si no es capaz de asumirlo en conciencia, debe hacerlo bajo la conminación de la cárcel". Declaraciones de la Ministro de Justicia Sra. Madariaga, *El Mercurio*, 28 de abril de 1979. Cita de GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp. 194-195.

virtud de la cual la máxima prioridad se otorga a la seguridad del Estado, entendida como seguridad nacional, de acuerdo con la doctrina del mismo nombre”⁴⁶.

1.B.- EL TERRORISMO BAJO EL RÉGIMEN AUTORITARIO. MARCO CONSTITUCIONAL.

1.b.1.- El marco político y su incidencia en el ámbito jurídico institucional.

Tras los intentos de incohuización de las organizaciones políticas y sociales y a partir de 1977 comienza en Chile un proceso de institucionalización autoritaria como producto de la agudización de las contradicciones en los sectores políticos dominantes⁴⁷. La falta de legitimidad en el régimen lleva a la imperiosa necesidad de elaborar un Proyecto de Constitución Política, para alcanzar al menos la *legitimidad formal*. Aquí es donde se observa mas claramente la dicotomía existente en el interior del grupo gobernante. Los sectores mas radicales son proclives a un proyecto de carácter corporativista capaz de traducirse en un aumento del poder personal del General Pinochet, mientras que los sectores menos radicales plantean la necesidad del restablecimiento de los partidos políticos, exceptuando aquellos que pudieran atentar contra los principios de la DSN.

El proyecto jurídico institucional del gobierno fue explicitado por el mismo General Pinochet en el discurso pronunciado en Chacarillas el 9 de julio de 1977, en el que por primera vez delimita las etapas de desarrollo del mismo: la primera, de “recuperación” finalizaría el 31-12-1980 tras la aprobación de un nuevo texto constitucional; la segunda, “de transición”, que comenzaría el 1-1-1981 y hasta 1991. En ella existiría una cámara legislativa, en principio (hasta 1985) sin representación popular, que tenía por misión nombrar a un jefe de Estado hasta 1991⁴⁸, año en el cual se elegiría un Presidente por voto popular directo. Se inicia la etapa de “normalización o consolidación” de una democracia “autoritaria, protegida, tecnificada, integradora y de auténtica participación social”⁴⁹.

El Proyecto oficial de la Constitución Política fue elaborado por el Consejo de Estado y remitido al Poder Ejecutivo en julio de 1980, y en Septiembre del mismo año, en el mismo escenario político de represión y falta de garantías, se lleva a cabo un plebiscito para su aprobación. Lógicamente así ocurrió obteniéndose el 67,07% del universo votante a favor del texto constitucional propuesto. Aquí una cuestión que nos parece importante de destacar. El proyecto de Constitución Política es elaborado por un organismo que había sido creado en 1975 por el Acta Constitucional N°1, cuyo origen no es de representación popular. Sus miembros, a excepción de los ex presidentes de la República que lo eran por derecho propio, debían ser nombrados por el presidente de la República, es decir, el general Pinochet. Esto constituye el primer fundamento para sostener que desde sus orígenes, la *Constitución Política de 1980*, es antidemocrática⁵⁰.

⁴⁶GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p.196

⁴⁷ De un lado las contradicciones al interior del grupo gobernante entre sectores “duros” y “blandos” involucrando a FFAA, Partido Nacional y grupos de ultraderecha como *Patria y Libertad*; y del otro lado las contradicciones al interior del PDC, cuyas tendencias “izquierdista” y “derechista” proponían en mayor o menor grado un acercamiento con los partidos de la Unidad Popular y con los sectores menos radicales del régimen militar. Como corolario, se observaban las contradicciones entre el gobierno y el PDC. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1987; p. 196.

⁴⁸Hasta 1985 esta cámara carece de representación popular. En una segunda etapa, dos tercios de la misma se eligen por voto calificado y el tercio restante es designado por el Presidente que había sido nombrado por ella hasta 1991.

⁴⁹GARCÍA MÉNDEZ, E. 1987, p.202

⁵⁰En esta postura se manifestó CODEPU, organización que, en relación a la primera LCT, declaró en 1989: “el gobierno no solo ha dictado una Constitución que por su gestación, contenido e implementación es contraria al marco jurídico, legal y político de las Declaraciones, cartas y Protocolos Internacionales que rigen los Derechos Humanos, sino que también ha transformado al tercer poder del Estado (los Tribunales de Justicia) en una estructura que, además de no cumplir sus funciones, es por su generación y composición, esencialmente antidemocrática y

Sumemos los hechos y su manifestación legal. El gobierno militar, a dos años del golpe militar, crea un organismo, el Consejo de Defensa del Estado para obtener el asesoramiento en el ejecutivo, asesoramiento que en la práctica tenía mas bien un carácter simbólico⁵¹. En el discurso de Chacarillas de 1977, Pinochet señaló que en la etapa de “transición” (1981-1991), existiría una cámara legislativa, que carecía - al principio absoluta y luego parcialmente- de representación popular, y que nombraría un Presidente de la República. De este cargo político tomó posesión el General Pinochet, y por tanto - aunque ya lo hiciera antes en 1975- intervino en la formación del Consejo de Estado, organismo que elaboró el proyecto oficial de Constitución Política. El carácter antidemocrático de la CPRCH encuentra como uno de sus fundamentos el fortalecimiento de los poderes personales del Jefe de Gobierno, rasgo intrínseco del autoritarismo.

Con este panorama puede quizás entenderse el significado que la Constitución Política otorgará al “terrorismo”, inspirada ella en los principios de la DSN que rigieron el gobierno militar, este significado adquiere no solo la amplitud para poder abarcar cualquier tipo de conductas contrarias a la “seguridad nacional” sino que se convierte en un arma lo suficientemente fuerte como para acabar con la disidencia política.

1.b.2. La Constitución Política de 1980: La condena al terrorismo y la suspensión de derechos fundamentales.

Tras un largo debate producido en el seno de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, se acordó consagrar un artículo especial destinado a condenar el terrorismo, y al mismo tiempo señalarle al legislador algunos principios básicos y orientadores para hacerle frente⁵². El marco jurídico de sanción y prevención al mismo se contiene en el *Capítulo I* del texto constitucional, *Bases de la Institucionalidad*. Dos fueron los preceptos fundamentales, los artículos 8º y 9º.

Por el art. 8º se restringía exageradamente la libertad de opinión declarando ilícitas y contrarias al ordenamiento constitucional las conductas actos, individuales o en grupo, que propagaren doctrinas contrarias a los principios que inspiraban la nueva institucionalidad, y en su virtud fue objeto de juzgamiento Clodomiro Almeyda, dirigente del Partido Socialista⁵³. Esta

condicionada a la voluntad del régimen dictatorial... La Constitución de 1980 es por su misma esencia, antidemocrática. Sus artículos octavo y noveno retrotraen el avance de los pueblos a la época excluyente y criminal del nazismo...” (CODEPU, 1989, p.45).

⁵¹GARCÍA MENDEZ, 1987, p.198.

⁵²El espíritu que impregna al constituyente se manifestó en las Actas de esta comisión que indican: “El terrorismo, es sin duda, la lacra más atroz que afecta hoy a la humanidad, ya que generalmente sus autores en el afán de infundir miedo y pánico a la sociedad, con el fin de atentar contra la autoridad o lograr otros objetivos políticos, cobra víctimas valiéndose de los procedimientos más crueles y salvajes. Miles de personas inocentes, niños, mujeres, ancianos, han sido víctima de su violencia despiadada. A través de sus diversas manifestaciones, atenta contra los derechos más sagrados, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, el derecho de propiedad, etc. Las depredaciones que éste último sufre, sirven para financiar sus acciones delictivas. En sus tenebrosos procedimientos, como el asalto, el secuestro o la toma de rehenes, el asesinato, la masacre, el sabotaje, etc., las víctimas son indeterminadas, en cuanto al terrorista no le guía otro propósito que el de provocar el pavor y la alarma pública, para crear, con la desgracia, conmoción y graves problemas a la autoridad. Otra característica del terrorismo moderno, es su organización internacional... Por estas consideraciones, y siendo el terrorismo, la negación total de los principios y valores que conforman el alma de nuestro ser nacional y las bases de la nueva institucionalidad, hemos estimado un deber contemplar una norma de jerarquía constitucional, que lo condene drásticamente”. Informe de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, p. 58-59

⁵³El Art.8º disponía en esencia: “Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República...Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales...Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, ... no podrán optar a funciones o cargos públicos...por el término de diez años...Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de

norma fue derogada después, en los momentos en que se preparaba la futura transición democrática por el Artículo único N°2, de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 de 17 de agosto de 1989.

El artículo 9° se erige como la fuente directa de la ley 18.314⁵⁴ manifestando:

“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

La Comisión Constituyente en su anteproyecto, aprobado por el Consejo de Estado había contemplado un inciso segundo para este precepto en el que se atribuía a los Tribunales Militares la competencia para el juzgamiento de estos delitos⁵⁵, lo que si bien no se contempló en la Constitución se contemplaría mas tarde en el CJM a través de la ley 18.342 de 26 de noviembre de 1984 que modificó en ese sentido su texto.

Dos cuestiones nos merece la pena destacar en torno al artículo 9°: La primera es que el texto constitucional erige la norma fundamental relativa al terrorismo contraponiéndolo al concepto de derechos humanos. Pero habla del “terrorismo en cualquiera de sus formas” de donde se desprende que también lo es el “terrorismo de Estado”, figura esta última de la que el gobierno militar pugnaba por diferenciarse ante la comunidad internacional. La segunda cuestión es que el constituyente manifestando su intención de agravar la sanción que corresponde a los delitos de terrorismo, establece como pena accesoria de la inhabilitación para ejercer cargos públicos y otros similares por el plazo de quince años. En estrecha relación con esta disposición se establecen otras limitaciones: El art. 16.2 de la CPRCH suspende el derecho a sufragio: “Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista”, y el art. 17.3 hace perder la calidad de ciudadano “por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista”.

comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. .. las personas... en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho...no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto...La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia”. *Constitución Política de la República de Chile*, texto original en ASTROSA H., Renato. *Código de Justicia Militar Comentado*, 3ª edición; Edit. Jurídica de Chile, 1985, Apéndice.

⁵⁴ El precepto constitucional in comento fue modificado por la Ley de Reforma Constitucional N°18.825 de 1989, promulgada bajo el gobierno militar, reproduciendo en parte el texto del art. 8°. En 1991, recién iniciada la transición democrática, sufre una nueva modificación que prácticamente no toca la anterior y se limita a enfatizar la imposibilidad de aplicar la pena de muerte (Artículo único, n°1 de la Ley de Reforma Constitucional N°19055, de 1° de abril de 1991).

⁵⁵PICKERING, Guillermo. *Terrorismo, Aspectos Jurídicos, políticos y militares*. Documentos, ICHEH, Santiago, Mayo de 1988 p.29; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.214.

Consideramos que si bien puede llegar a sostenerse que el establecimiento de una pena accesoria de inhabilitación (como elemento agravatorio) puede adecuarse al Estado de Derecho, no lo parece así el consagrarlo como pena anticipada, categoría en la que puede encuadrarse el derecho a sufragio para el “aún procesado”. Si a estas dos limitaciones agregamos el hecho de que el condenado por delitos de terrorismo pierde la ciudadanía, pudiendo ser rehabilitado solo por una ley de quórum calificado, observaremos que existe en el constituyente una prevalencia de los criterios retribucionistas frente al terrorismo. Retribucionismo que entra en contradicción con la búsqueda de una solución real al problema del terrorismo, la que ante todo debe adquirir el carácter de una negociación política. Si se impide al “terrorista” utilizar las vías de participación democrática, no puede esperarse que en un futuro se “reinserte”⁵⁶.

El art. 19° de la CPRCH consagra los derechos y garantías constitucionales, como referente y limitación expresa al legislador. Sobre esta base el texto constitucional restringe o limita el goce del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en el art.19 n°7:

“Nadie puede ser privado de su libertad personal, ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes” (letra b). “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley, y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la autoridad hiciera arrestar, o detener a alguna persona, deberá dentro de las 48 horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas *terroristas*” (letra c).

Respecto de la crítica político criminal sobre la ampliación del plazo de detención, nos remitimos a lo dicho⁵⁷, enfatizando que si en casos de terrorismo la detención en un cuartel policial puede prolongarse hasta esos diez días, cabría la posibilidad de que se abriera paso a la práctica de apremios ilegítimos con el objeto de obtener una confesión.

El precepto asegura además que: “*Nadie puede ser arrestado o detenido, o sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente emanada de autoridad que tenga facultad legal en un registro que será público*”. Se prohíben así también las incomunicaciones totales indicando que, “*ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le de dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito*” (letra d)⁵⁸.

Por último, la letra e) de este precepto, si bien no niega el derecho a la libertad provisional- y que si negará la posterior ley 18.314- establece una restricción en cuanto que la resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por delitos de terrorismo deberá

⁵⁶ Considérese también el resto de las críticas realizadas en Cap.III. Conclusiones.

⁵⁷ Supra Cap.III; III, 2.b. Aspectos procesales....

⁵⁸ La excepción a esta norma venía dada por la Disposición 24ª transitoria de la CPRCH que disponía que si durante el período presidencial, que comenzó a regir conjuntamente con ella (Marzo de 1981), se produjeran actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declararía y tendría, por seis meses renovables, entre otras facultades, la de arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o lugares que no fuesen cárceles. Si se llegaran a producir actos de terrorismo de graves consecuencias, dicho plazo podía extenderse por quince días más. El terrorismo era el “cajón de sastre” de conductas relacionadas con la oposición política.

siempre elevarse en el trámite de consulta ante la Corte. Ésta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación deben ser conocidas por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad, requerirá ser acordada por unanimidad.

2.- MARCO LEGAL. LA LEY 18.314, SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS.

La Constitución de 1980 en el art. 9 in comento sentó las bases para la creación de una ley especial destinada a regular los delitos de terrorismo. El 3 de Enero de 1984, y cumpliendo con el mandato constitucional, por iniciativa del Jefe de Estado se somete a la consideración de la Junta de Gobierno (Poder legislativo) un proyecto de ley destinado a tipificar las conductas terroristas y fijar su penalidad. Coincide esta época con el incremento de la violencia política en el país por parte de la oposición a la dictadura, recordemos que es en este año donde las posiciones de los partidos políticos, especialmente de la izquierda se radicalizan declarando su enfrentamiento abierto con el gobierno militar, surgiendo las primeras manifestaciones armadas.

Los criterios que se tuvieron en mente fueron, de un lado, cumplir con el mandato constitucional, promulgando una Ley Orgánica que pudiera dar solución al “terrorismo” en términos tales de conjugar la necesidad de prevención de actos de terrorismo, con las normas protectoras de derechos individuales. De otro lado, agilizar los procedimientos contando con “organismos especializados altamente especializados y eficientes”. Por último, establecer “sanciones adecuadas”, ya que “la sola dictación de leyes, por muy condenatorias que sean contra el terrorismo, no asegura una efectiva prevención y represión del mismo...”⁵⁹. En nuestra opinión, no parecía conjugarse la idea de protección a las garantías individuales con la atribución de facultades a organismos “especializados” como lo fueron la DINA y la CNI.

En principio el proyecto de ley fue calificado como de “extrema urgencia”, carácter del que posteriormente le privaría la Junta de Gobierno para quedar como “ordinario”. Tras un intenso debate, ésta aprobó el texto definitivo de la *Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas*, publicada en el Diario Oficial el *17 de Mayo de 1984*, fecha que determina su entrada en vigencia⁶⁰.

El contenido de la Ley 18.314 (LCT) bajo el gobierno militar reflejó la respuesta de este último al clima de violencia política que se acrecentaba. Y el “enemigo político” pasó a ser “terrorista” ante el ordenamiento jurídico y la sociedad. El Mensaje del Jefe de Gobierno en el proyecto de ley ya lo había dejado entrever al decir que no solo las “acciones concretas” podían ser calificadas como terroristas, sino que “también se comprenden conductas o asociaciones que, *independientemente de los medios empleados o las finalidades perseguidas*, constituyan también terrorismo por la gravedad que revisten”⁶¹. Es la asociación terrorista la que debe ser reprimida, no la asociación política. Como ha indicado la doctrina: “Muchas de las acciones que, cometidas en contra de un régimen democrático serían delictivas, tratándose de una

⁵⁹ Mensaje de Jefe de Estado. Reproducidos en parte en PICKERING. 1988, pp.66-67.

⁶⁰ El estudio del proyecto se encargó a una Comisión conjunta (art. 28 a) de la ley 17.983, en relación con el art. 9° de la CPRCH), la que fue presidida por la Cuarta Comisión Legislativa. La Comisión Conjunta estuvo integrada principalmente por autoridades militares y algunos académicos. En las primeras reuniones asistieron por invitación dos abogados en representación de los Ministerios de Justicia e Interior. Se recomendó a la Junta de Gobierno la aprobación del proyecto, pero intentando lograr un acuerdo en su contenido conforme a los reparos planteados por las Comisiones legislativas. A este acuerdo solo podría llegarse en una Comisión Mixta entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Esta comisión encomendó a la 4ª Comisión Legislativa que elaborara un proyecto alternativo, proyecto que finalmente fue enviado por la Comisión Conjunta a la Junta de Gobierno, la que procedió a aprobar el texto definitivo de la ley antiterrorista. Mas ampliamente PICKERING, 1988, pp.59 y ss. DEL BARRIO y LEÓN, 1990, pp.233-235.

⁶¹ Extracto del mensaje en PICKERING. 1988, p. 67. Lo subrayado es nuestro.

dictadura sólo representan el ejercicio legítimo de las libertades públicas con el fin de restablecer el sistema democrático”⁶².

Como delitos de nomen iuris propio, ahora los delitos de terrorismo serían sometidos a un tratamiento jurídico especial, especialmente en cuanto a la limitación de garantías fundamentales. El mensaje del proyecto destacaba que la gravedad de estos delitos hacía imperiosa la necesidad de recortar garantías constitucionales, en consecuencia no procedería respecto de ellos la libertad provisional, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional, y se hacía asimismo imperiosa la necesidad de imponer penas drásticas. “La penalidad debe ser drástica para cumplir a través de ella una función preventiva y ejemplarizadora. Las penas propuestas van de presidio mínimo a muerte”⁶³.

2.1.- Aspectos sustantivo penales.

Esta originaria ley 18.314 elaboró un catálogo de dieciséis tipos penales omitiendo una definición general de terrorismo⁶⁴. Tales conductas, enumeradas en el art. 1º eran:

- 1º El atentado contra la vida o integridad corporal del jefe de Estado, su cónyuge, ascendientes o descendientes.
- 2º El atentado contra la vida o integridad corporal de Ministros de Estado y otras autoridades políticas;
- 3º El empleo de armas o artefactos explosivos descritos en el art. 3º de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, para la perpetración de delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas
- 4º Atentados contra naves o aeronaves, señalando la disposición, a modo de ejemplo, diversas conductas que serían consideradas dichos atentados, quizás en la intención de facilitar la prueba en materia procesal sin necesidad de acudir a presunciones. Pero el tipo quedaba abierto.
- 5º Los delitos de secuestro del art. 5 b) de la ley 12.927 sobre seguridad del Estado;
- 6º Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten o pudieren afectar a la integridad física de las personas o los bienes...;
- 7º Atentados contra vías de comunicación y otros servicios de utilidad pública, con peligro de causar un estrago;
- 8º Envenenamiento de alimentos, medicamentos, aguas o fluidos destinados a consumo público;
- 9 Destruir, inutilizar, paralizar o dañar medios de transporte marítimo, aéreo o terrestre, hecho con “un fin revolucionario y subversivo”.
- 10º Envío de cartas o encomiendas explosivas,
- 11º La asociación u organización o impartir instrucción o enseñanza con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la ley;
- 12º Incitación pública a cometer los delitos enumerados en la ley
- 13º La apología del terrorismo, de un acto terrorista o de quien aparezca participando en él.
- 14º Impartir o recibir “con fines terroristas”, en el país o en el extranjero, instrucción o enseñanza para la fabricación o uso de bombas y artefactos explosivos...
- 15º La amenaza seria de cometer estos delitos, “que cree o pueda crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella o para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona.

⁶²GONZÁLEZ; MERA; VARGAS. 1991, p. 195

⁶³Mas ampliamente, PICKERING. 1988, p. 67.

⁶⁴El proyecto original de la ley que enviara el Ejecutivo a la Junta de Gobierno definía el terrorismo en el art. 1: “Son conductas terroristas las acciones u omisiones constitutivas de un crimen o simple delito, realizadas para crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella o ejecutadas mediante actos atroces crueles, con un fin revolucionario subversivo”. Dado el amplio espectro de conductas que así podrían sancionarse como delitos de terrorismo, la Junta de Gobierno la descartó en el texto original. Se trataba de una figura calificada de casi todos los delitos regulados por las leyes, lo que daría pie para que procesalmente se debiese acudir al mecanismo de las presunciones judiciales para la prueba de los elementos subjetivos del tipo, en contra del principio de legalidad penal.

16° Provocar maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos.

El origen de muchas de estos tipos penales los encontramos en los antiguos Decretos Leyes que regularon los delitos contra la seguridad del Estado⁶⁵ y la Ley de Navegación Aérea⁶⁶. La técnica legislativa que optó por la elaboración de un catálogo de conductas no preveía ningún tipo de finalidad común a todas ellas. No podía deducirse de la suma de estas conductas un concepto de terrorismo cuyo eje central fuera el móvil o la finalidad. La única conducta que hacía referencia a un elemento subjetivo del tipo era el art. 1 N° 9 que sancionaba a “los que con un fin revolucionario o subversivo” cometieren actos de destrucción, inutilización, paralización o daños a medios de transporte público. Su antecedente inmediato es el DL 1009 de 1975, que había modificado la LSE, en relación a hechos que cometidos con propósito de alterar el orden instituido o la seguridad pública o intimidar a la población, constituyan atentados contra la integridad física de las personas, contra la vida, la libertad, destruyan o inciten a la destrucción de servicios de utilidad pública o instalaciones de interés nacional, etc.

Quizá un elemento subjetivo implícito se contenía en el numeral 13 del art. 1 que tipificaba la “apología del terrorismo”, sin que el legislador estableciera una definición de “terrorismo”. Esta norma tiene su antecedente en el DL 77 de 1973 que criminalizó la libertad de expresión sancionando “todo acto de propaganda realizada de palabra o por escrito o por cualquier otro medio de la “doctrina marxista” o de otra substancialmente concordante con sus principios y objetivos”⁶⁷.

El Artículo 8° inciso 1 tipificaba elevando al rango de conducta de colaboración, la obligación de denunciar los actos terroristas: “Los que sabiendo de los planes y actividades desarrolladas por otras personas para cometer alguno de los delitos contemplados en el artículo 1°, omitieren informar sobre ellos oportunamente a la autoridad, serán castigados con la pena de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo”⁶⁸. El origen de esta norma lo encontramos en el DL 2.621 que introdujo el art. 295 bis al CP, que tipificó la omisión de denuncia en materia de asociaciones ilícitas. A diferencia de este último, el art. 8° de la ley 18.314 tipificaba explícitamente la “omisión de denunciar los planes desarrollados por personas para cometer delitos de terrorismo”. En relación a los reparos que plantea esta figura omisiva nos remitimos a lo indicado respecto del DL 2.621.

Finalmente, en el art. 4 se consagraba la figura del arrepentimiento eficaz, estableciendo una disminución de la pena hasta en dos grados “respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho inculcado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a

⁶⁵ La figura descrita en el numeral 16 tuvo su antecedente mas remoto en el DL 143 de 1931 que tipificó como delito contra la seguridad interior del Estado la propagación de noticias o informaciones tendenciosas o falsas. El tipo descrito en el núm. 14 encuentra su antecedente en el art. 4° letra d) de la Ley 12.927 (LSE) de 1958 que sancionaba las conductas de incitación, inducción, financiamiento o ayuda a la organización de milicias privadas grupos de combate u otras que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra el gobierno constituido. Este precepto es también el antecedente mas directo del art. 8° de la LCA relativo a la formación de grupos o partidas militares.

⁶⁶ El numeral 4, tuvo su origen en el DFL N°221 de 1931 por el que se promulga la LNA que tipificó en el art. 58 el apoderamiento y secuestro de aeronaves y en el DL 559 de 12 de julio de 1974 que estableció como delito la piratería aérea. Se contempla también en el art. 2 N° 2 de la actual LCT.

⁶⁷BUSTOS RAMÍREZ, J.; 1987, p. 586

⁶⁸ En el inciso 2° establecía una exención de pena para determinadas personas por razones de filiación. En el inciso tercero se indicaba que la autoridad mantendría en reserva la identidad de quienes dieran oportuno cumplimiento a la obligación prevista”.

responsables de esta clase de delitos”. El origen de esta norma está en el DL 1009 de 1975 que había introducido esta misma figura en relación a la LSE.

2.1.a. - ¿Y el concepto de terrorismo?

La elaboración de un catálogo de delitos de terrorismo fue la opción del legislador contra la alternativa de dar una definición genérica del terrorismo. La doctrina, interpretando restrictivamente la técnica utilizada en la tipificación concluía que el concepto de terrorismo sería el compuesto por la suma de las dieciséis conductas en ella descritas, produciéndose un problema de inconstitucionalidad⁶⁹. En efecto, como sostiene Jorge MERA, la ley 18.314 excedería el mandato del constituyente al extender el ámbito de la punibilidad hacia conductas no identificables con el concepto de terrorismo contenido en la Constitución⁷⁰.

La inconstitucionalidad de la ley 18.314 era, a juicio de la doctrina, tanto de forma como de fondo. En la forma, se argumentó que la Junta de Gobierno- Poder Legislativo- se arrogaba la facultad de dictar leyes de quórum calificado para “tipificar conductas terroristas a las que se asignan gravísimas penas, alterándose además, en perjuicio del reo las reglas de participación criminal”. Una ley de quórum calificado⁷¹ para un tratamiento penal excepcional, como ocurre tratándose de conductas terroristas, “debe ser materia de un gran consenso nacional...el cual por definición (atendida la integración actual del Poder legislativo), no puede ser expresado por la Junta de Gobierno”. Esto porque el hecho de que las disposiciones transitorias de la Constitución dispusieren que el Poder Legislativo fuere ejercido por la Junta de Gobierno, en tanto no entrare en funciones el Congreso, “no significa que dicha Junta también esté investida de la Facultad de dictar la ley de quórum calificado a que se refiere el inciso segundo del art. 9 de la Constitución”. Esto, unido a la polémica que desencadenó la entrada en vigencia de esta nueva ley llevó a que fuera “resistida por la mayoría, la cual la percibe como un instrumento más de control político y social sobre los sectores de oposición, por parte del régimen imperante”⁷².

Las razones para argumentar la inconstitucionalidad de fondo de la ley nos llevaría a lo que a juicio de la doctrina conforma el concepto de terrorismo para la legislación chilena. La ley 18.314 consagró muchos tipos penales que se opondrían al concepto constitucional de terrorismo, concepto que venía dado ya por el art. 9 de la CPRCH.

La doctrina⁷³ ha considerado que la afirmación: “el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos” contiene ya un concepto de terrorismo. Señala Jorge MERA⁷⁴: “Es evidente que tal aseveración presupone, por sí misma, una concepción del terrorismo. No es admisible presumir que la Constitución, al referirse al terrorismo, en el Capítulo I, relativo a las bases de la institucionalidad, esté aludiendo a una noción indeterminada y diversa de la que habitualmente se tiene de dicho fenómeno”. La ley encargada de elaborar el concepto de terrorismo debe adecuarse pues a este concepto constitucional del mismo y no puede exceder los márgenes que ella impone. “No es admisible que se sostenga que la Constitución no tiene un concepto de terrorismo, y que éste sólo puede fluir de una ley de quórum calificado que determine las conductas terroristas”. Resulta de vital importancia para ello la contradicción que

⁶⁹Así MERA, Jorge. *Ley 18.314: Los delitos terroristas*, artículo sin publicar, julio de 1984; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 236 y ss.; GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991; pp. 202 y ss.

⁷⁰MERA, J. 1984, pp.2 y ss. En igual sentido GONZÁLEZ; MERA;VARGAS. 1991, p.204.

⁷¹Las leyes de quórum calificado, conforme al art. 63 inciso 3º de la Constitución Política, “se establecerán, modificarán o derogarán por la *mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio*”. Los subrayados son nuestros.

⁷²MERA, J. 1984, pp. 2-5;

⁷³MERA, J. 1984, pp. 7- 10. En igual sentido DEL BARRIO y LEÓN REYES.1990, pp. 236-240; GONZÁLEZ; MERA;VARGAS. 1991,p.205.

⁷⁴MERA, J. 1984, p. 7.; GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p.205.

declara la Carta Fundamental para con los derechos humanos. Todo ello quedaría corroborado además por una razón práctica: es la propia Constitución la que señala las graves consecuencias que acarrea la comisión de este tipo de delitos.

Muchos de los tipos que describía esta originaria ley 18.314 no se adecuaban a este concepto constitucional. La verdad es que a casi todos ellos se atribuía una disconformidad, mayor o menor, con la Carta Fundamental⁷⁵. En lo que nos interesa, dado que muchos de ellos se reproducen en la modificación de 1991, podemos citar: Se objetaba la consagración de la “cláusula belga o del atentado”, cuestionando el carácter terrorista que pudiese tener el atentado al Jefe de Estado cuando no se exigía que la conducta fuese cometida en razón del cargo. La misma crítica se efectuó respecto de otras autoridades. Se objetó al empleo de armas y artefactos explosivos su amplitud, que afectaba al principio de legalidad en materia penal. Al ponerse el énfasis en los medios comisivos, y no ya en la cualificación del sujeto pasivo resultaba casi imposible de diferenciar entre un delito común y uno terrorista, toda vez que no se hacía alusión a elemento subjetivo alguno que hiciera diferente la conducta⁷⁶.

En los “los delitos de secuestro terrorista” se objetaba el reconocimiento a una finalidad política ajena al terrorismo, puesto que la LCT se remitía en el art. 1º n°5 a los delitos de secuestro que tipificaba el art. 5 de la LSE. En opinión de la doctrina mayoritaria, no existía necesidad de contemplar en la ley antiterrorista un tipo penal de secuestro cometido “con el propósito de alterar el orden institucional o la seguridad pública o de intimidar a la población o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad”, ya que dichas conductas se encontraban previstas en la Ley de Seguridad del Estado⁷⁷. El envío de cartas y encomiendas explosivas suscitó también polémica. Un sector doctrinal sostuvo lo innecesario de su existencia ya que dicha conducta quedaba comprendida en la descrita en el numeral 3 del art. 1º y realizó la misma crítica en relación a la - esta vez- inexigencia del legislador acerca de la capacidad de la conducta para provocar el terror en la población⁷⁸.

Finalmente, una acalorada discusión suscitó la inclusión del delito de *apología del terrorismo* contenido en el numeral 13 del art. 1. La doctrina fue también unánime en condenar su inclusión como delito específico de terrorismo por su claro contenido criminalizador de la disidencia política. Sobre la base de este delito fue procesado el entonces Presidente del Partido Socialista, Clodomiro Almeyda Medina. La Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia de 13 de Mayo de 1988 condenó al encausado como autor del delito de apología del terrorismo, de un acto terrorista, y de quienes aparecieran participando en éste⁷⁹. Los actos cometidos se

⁷⁵ Mas amplio, MERA, J. 1984, pp. 12 y ss., GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp.206 y ss. DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 241 y ss..

⁷⁶ Para Jorge Mera: “...el solo empleo de las armas y artefactos mencionados no convierte al homicidio o lesiones, en su caso, en un acto terrorista”. MERA, J. pp.13-14. En igual opinión, DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, pp.241-245, y GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp.211-212.

⁷⁷ MERA, J. 1984, pp. 16 -17; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 249-251, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p.207. Mas ampliamente en Cap. VII. II. *Tipos penales en la legislación chilena. I. Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad y la libertad.*

⁷⁸Se criticó también la “incitación pública a cometer actos de terrorismo”, adjudicándole una ampliación de las reglas de participación criminal. La doctrina advertía del carácter general que el legislador asignaba a la incitación para su calificación como conducta terrorista, lo que venía a diferenciarla de la simple incitación, dirigida a persona determinada, ya tipificada en el CP en cuanto forma de autoría (art. 15 CP). La incitación además debía, a juicio de la doctrina, contener un mensaje “claro y unívoco”, capaz de producir en otros la voluntad de cometer delitos de terrorismo, lo que hacía necesaria la existencia de “planes organizados que den seriedad a la incitación”. MERA, J. 1984, pp. 23-24. En igual sentido, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 262 y GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, pp.209-210. PICKERING fue un poco mas allá manifestando la necesidad de eliminar este tipo penal por no ser constitutivo de delito terrorista (1988, pp. 149 y ss.). La eliminación de este tipo se daría mas tarde con la reforma efectuada en 1989.

⁷⁹“Que la ley...castiga no sólo al que hace la apología del terrorismo, esto es, del conjunto de actos de violencia , de fuerza empleada contra el derecho o la ley, sino que, asimismo, al que hace la apología de un acto de terrorismo, vale decir, de un acto de violencia; y al que le hace de quien aparezca participando en un acto terrorista”.... “Que es significativo destacar que la violencia con fines políticos involucrada en el concepto de terrorismo no es menester que

traducían en declaraciones entregadas a diversos medios de comunicación en los que éste reconocía y justificaba el derecho a rebelión y el uso de la violencia para resistir como defensa a la violencia desde arriba, desconociendo a los poderes del Estado.

Los límites entre esta figura y otras situaciones que representan el ejercicio legítimo de derechos fundamentales hacían preciso que fuese interpretada de manera restrictiva. Como acertadamente indicó Jorge MERA "...La defensa jurídica de los terroristas, la explicación sociológica o política sobre la ocurrencia y características del fenómeno, la información sobre actos terroristas, dentro de los términos de la libertad de prensa, etc., jamás podrían constituir la apología que aquí se castiga... Es preciso reiterar la idea de que los actos terroristas concretos, deben revestir un verdadero carácter terrorista, para que la apología en relación con ellos quede comprendida en esta disposición. No sería punible por ejemplo, bajo este título, por ejemplo, la apología de daños a la propiedad o de sabotaje"⁸⁰. Sobre esta base la doctrina propuso la eliminación de este tipo penal, lo que se concretaría mas tarde por la reforma de 1990.

2.2.- Aspectos procesales.

2.2.a.- Procedimiento aplicable y titularidad de la acción penal:

Se restringía seriamente el derecho a defensa de los inculpados porque hacía aplicable a los delitos terroristas los procedimientos de la LSE, o del CJM. Esto significaba que el tribunal o el llamado a juzgar adquiría también la calidad de parte. El Estado era a la vez *parte* en el proceso, toda vez que una de las formas de iniciarlo es a requerimiento de una amplia gama de autoridades, y *juez* para desplegar en todo su esplendor el *ius puniendi*. El proceso puede iniciarse, conforme al art. 10 de la LCT: a) de oficio por los Tribunales de Justicia, b) por denuncia o querrela, c) por requerimiento o denuncia del Ministerio del Interior y de otras autoridades políticas y militares. La Secretaría de Legislación de la Junta de gobierno justificó este criterio argumentando la necesidad de celeridad en el procedimiento⁸¹. La doctrina objetó la grave restricción a las garantías fundamentales "en cuanto se está imponiendo un procedimiento que no reconoce calidad de parte a la víctima, sus familiares o cualquier otra persona, salvo a las propias autoridades que han formulado el requerimiento"⁸².

2.2.b.- Competencia de los tribunales para el conocimiento y fallo de estos delitos:

La ley 18.314 en sus orígenes reconocía, y reconoce actualmente, la competencia del Juez del Crimen ordinario para el caso en que el proceso se iniciare de oficio por los tribunales o por denuncia o querrela de particulares. En el caso de requerimiento, el juez competente es un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, y en segunda instancia, la Corte de Apelaciones exceptuando a ese Ministro, ya que debe aplicarse el procedimiento contenido en la LSE⁸³.

se perpetre en el caso del delito sublite, ni menos que el responsable del mismo lo sea del delito de terrorismo. En el tipo penal enjuiciado, basta que se haga apología del terrorismo, de un acto terrorista o de quien aparezca participando en él para responsabilizarlo de la autoría de ese delito". (Considerandos 5º y 13º). *RDJCh.* Año 1988 / N°2 Mayo - Agosto / Sección IV / pp.63 - 76. La sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Libedinsky, quien estuvo por absolver a Almeyda.

⁸⁰MERA, 1984, pp.24-25. En sentido similar, PICKERING: "Pese a compartir la condena moral y jurídica que corresponde a los actos laudatorios o panegíricos sobre el terrorismo, creemos que el tipo penal consagrado en el N° 13 del artículo primero debe excluirse de la ley n° 18.314" (1988, pp. 153- 156).

⁸¹Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, p. 73.

⁸²DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 284-285. En similar sentido, PICKERING indicó: "la inclinación manifiesta de estas normas no es otra que la aplicación de procedimientos como los de la ley de Seguridad Interior del Estado o del Código de Justicia Militar, que significan la exclusión de la calidad de parte en los procesos a los afectados. El único evento en que puede tener la calidad de parte el afectado se presenta cuando éste tiene la calidad de querellante; sin embargo la formulación posterior, por parte de las autoridades administrativas o militares indicadas, de un requerimiento, traslada el proceso al campo de aplicación de la LSE, excluyéndose la calidad de parte al afectado". PICKERING, ob. cit. 1988, p.226

⁸³Aunque en el proyecto original de la ley se contemplaba una norma que atribuía expresamente la competencia para

2.2.c.- Suspensión de garantías fundamentales:

A este punto nos hemos referido ya en la crítica político criminal⁸⁴, de manera tal que aquí nos limitaremos a enumerarlas, y a realizar, cuando proceda, la crítica en orden a las normas establecidas en el sistema procesal penal chileno. Debe considerarse además la modificación que ha significado el NCPP, existiendo, como se ha visto en el Cap. II muchas normas vigentes en la actual LCT que aparecerían como contradictorias con éste. En todo caso, siendo la LCT una norma de carácter especial, prima por sobre la normativa del NCPP.

i) Detención: La norma general que establece el sistema procesal chileno en cuanto a los casos en los que debe procederse a la detención procuran cumplir con el principio de legalidad y adecuarse a la Carta Fundamental. Es así como la detención procederá cuando exista una orden judicial previa, o de un gobernador, subdelegado o inspector, un agente de policía, o cualquier persona, en los casos que expresamente prevé la ley. Sin embargo, esta facultad de ordenar la detención, tratándose de delitos de terrorismo, se hizo extensiva a otras autoridades administrativas: Ministro del Interior, Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales y Comandantes de Guarnición y la Central Nacional de Informaciones (CNI).

El hecho de que la ley faculte a la autoridad administrativa para proceder a la detención no resulta contradictorio con los principios generales del sistema procesal. Sin embargo, cuando el art. 13 de la ley 18.314 – y en este punto aún vigente- indica que estas autoridades (excluyendo actualmente a la CNI) pueden proceder a la detención, sin necesidad de mandato judicial previo, *cuando el recabarlo previamente pudiere frustrar el éxito de la diligencia*. Esto es, en caso de “urgencia” que por lo demás es calificada por la misma autoridad administrativa. Nos parece un quiebre de los principios de legalidad y separación de poderes, toda vez que se está privando al juez de sus facultades naturales, favoreciendo a la autoridad administrativa, y precisamente a aquella que es la mayor interesada “políticamente” en detener a presuntos responsables de haber cometido delitos de terrorismo.

La doctrina ha considerado que esta facultad otorgada a la autoridad administrativa, no debe entenderse en sentido amplio⁸⁵, pero a la época de la dictación de la ley 18.314 así lo fue bajo el amparo de la situación de estados de emergencia. Aparece contradictorio con el principio de legalidad, el que conforme al texto del art. 13, la autoridad administrativa pudiere hacer uso de esta facultad una vez iniciado un proceso judicial. Durante el curso del proceso, quien naturalmente tiene la facultad de ordenar una detención es el juez que instruye el sumario, y no la autoridad administrativa⁸⁶. Esto ocurre porque las normas constitucionales relativas a la competencia de los tribunales para el conocimiento y fallo de procesos criminales, y sobre el principio de separación de poderes establecen que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” y “ni el Presidente de la República ni el Congreso puede, en caso alguno, ejercer funciones judiciales” (art. 73 CPRCH).

el juzgamiento de estos delitos a los Tribunales Militares, el texto final los sometió a las normas generales (art. 10). Esta idea se concretaría seis meses más tarde a través de la ley 18.342 de 26 de noviembre de 1984 que modificó en este sentido el N°1 del art. 5 del Código de Justicia Militar: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, los que se refieren a conductas terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros, o los que las leyes especiales sometan el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares”. PICKERING, G. 1988, p.67.

⁸⁴ Considérese también la crítica político criminal en Cap. III, III, 2. *Manifestaciones y consecuencias...*

⁸⁵ DEL BARRIO, LEÓN REYES. 1990, pp.287-288.

⁸⁶ Por otra parte, el hecho de que el art. 13 contemplara a la Central Nacional de Informaciones como una de las autoridades facultadas para proceder a la detención, aparecía reñido con los principios constitucionales ya que este organismo secreto de inteligencia no era considerado constitucionalmente como integrante de las Fuerzas armadas y de Orden y Seguridad, reguladas en el Capítulo X de la CPRCH. Con posterioridad esta norma fue modificada, modificación que a nuestro juicio fue una consecuencia natural de la aplicación del DL que disolvió los organismos de inteligencia del régimen militar. (Art. 8 de la Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991)

De acuerdo a lo anterior, una vez iniciado un proceso en el que se investiguen hechos de terrorismo, la autoridad administrativa mencionada en el art. 13 de la ley 18.314, no puede proceder a hacer uso de la facultad que se le confiere por dicha norma, ya que estaría ejerciendo funciones judiciales, funciones que no le corresponden. La facultad que confiere el art. 13 de la ley 18.314 resulta aplicable solo cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial para la investigación de hechos de terrorismo.

Haciendo eco de la norma constitucional (art. 19 n°7 c), por el art. 11 de la LCT se *amplió el plazo normal de detención* hasta un total de *diez días*, pudiendo decretarse judicialmente la incomunicación. El antecedente inmediato de esta disposición se encuentra en el DL 1009 de 1975 que contemplaba la posibilidad de ampliar el plazo de detención (diez días) cuando ella fuere efectuada bajo Estado de Sitio o Emergencia, sobre la base de “razones de seguridad del Estado” calificadas por el Presidente de la Junta Militar. No obstante, la diferencia con el DL 1009 radica en que debe tratarse de la comisión de alguno de los delitos contemplados en la ley 18.314, esto es, una conducta concreta, cuestión que no puede decir mucho cuando la calificación del acto la realiza la autoridad administrativa (Policía) al momento de la detención.

Otra diferencia, que nos parece sustancial es que en la LCT, apartándose de su norma madre, el DL 1009 de 1975, elimina la posibilidad de que las personas sean detenidas en lugares que no fueren cárceles. Al no contener la LCT ninguna norma especial en relación a los lugares de detención, entendemos que deben aplicarse las normas generales contenidas en la Constitución: “nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto” (art. 19, n°7 d)⁸⁷.

ii) Libertad provisional: De acuerdo al art. 17 de la LCT respecto de los delitos de terrorismo *no procederá la libertad provisional de los procesados*. Con esta normativa se institucionaliza la práctica habitual de mantener privados de libertad a los procesados, hasta el momento de dictarse la sentencia definitiva. En lo demás y su problema de constitucionalidad nos remitimos a lo señalado en el Cap. III.

iii) Incomunicación: El art. 11 de la LCT faculta la incomunicación del detenido antes de que éste sea puesto a disposición del tribunal, lo que sumado a la ampliación del plazo de detención en manos de la policía resulta una amenaza para la salvaguarda de las garantías de toda persona, pues la incomunicación durará todo el tiempo de detención. El juez puede, en todo caso, revocar en cualquier momento la medida ordenando que el detenido sea puesto inmediatamente a su disposición. Si la ley 18.314 faculta al juez para que pueda revocar la medida, el art. 300 del CPP faculta también para que se decreten nuevas incomunicaciones, por iguales períodos de duración. En esto la normativa sobre delitos de terrorismo se ciñe a la ley común. Por tanto, el detenido puede ser incomunicado durante diez días, y una vez puesto a disposición del tribunal puede prolongarse su incomunicación por otros diez días, pero también indefinidamente porque no existe límite.

La interpretación en este punto debe ser restrictiva, si se quiere resguardar las garantías individuales, y por tanto, la incomunicación total no podría sobrepasar los veinte días. Hay que considerar además las modificaciones efectuadas con posterioridad al ordenamiento penal ordinario, tanto por la ley n°19.567 de 1 de julio 1998, como por la Ley 19.696 de 12 de octubre de 200 que aprueba el NCPP, todas las cuales tienden a proteger los derechos del detenido⁸⁸.

iv) Entrada y Registro domiciliarios: Por el art. 13 de la LCT se suspende la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar y de toda otra forma de comunicación privada (art.

⁸⁷En este sentido DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.289.

⁸⁸Ampliamente, supra Cap. III, III, 2. b.3. *La incomunicación*.

19 n°5). Se faculta a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, para, *en casos de urgencia*, no solo detener a presuntos responsables de delitos de terrorismo, sino también para proceder a practicar el registro de papeles y de correspondencia e interferir las comunicaciones, y practicar seguimientos a sospechosos. Debía existir una orden previa emanada de la autoridad administrativa, prescindiéndose de la intervención del juez. Esta norma aún continúa vigente.

v) Intervención en las comunicaciones: El artículo 14 facultó a la autoridad administrativa (Ministro del Interior, los Intendentes, Gobernadores y los Comandantes del Guarnición) para solicitar al tribunal competente, la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones y documentos privados o la observación, por cualquier medio, de personas sospechosas de la comisión, o preparación de delitos terroristas. La resolución judicial que concediere la medida debía ser fundada y no era susceptible de recurso alguno. Si bien la ley establecía que el plazo máximo de duración de la medida era de treinta días, contemplaba la posibilidad de prorrogarla por iguales períodos, sin establecer un plazo límite, con lo que nos encontramos ante el mismo problema que se producía en torno a la incomunicación.

Quizás la crítica más severa que puede hacerse en materia procesal radica en la privación de facultades que naturalmente corresponden a los tribunales de justicia, para entregarla a la autoridad administrativa⁸⁹. Si bien el resguardo que se establece en determinados casos de solicitar autorización judicial para proceder, por ejemplo a la ampliación del plazo de detención, para prorrogar la incomunicación, para proceder a la entrada y registro domiciliarios, a la incautación de documentos, etc. Creemos que ella parece tener un carácter simbólico ya que es la autoridad administrativa la que evalúa las circunstancias del caso. La “urgencia” para proceder a decretar o solicitar este tipo de medidas, la necesidad de “asegurar el éxito de las investigaciones” es calificada por la propia autoridad administrativa, sin que el juez pueda intervenir en la calificación de la situación que amerita la adopción de medidas restrictivas de garantías individuales.

2.3. Sintetizando, las imperfecciones sustantivo penales de que adolecía la ley 18.314 motivó una crítica generalizada a nivel de la doctrina:

1ª. Ausencia de un concepto de delitos de terrorismo. Diversificación de conductas descritas como tipos penales: Como hemos indicado la ley 18.314 carecía de un concepto claro de los delitos de terrorismo. En virtud de esta carencia, era posible extender extraordinariamente el ámbito de aplicación de la ley a materias ajenas a su naturaleza, en contra del principio de legalidad consagrado en la Carta Fundamental (art. 19 n° 3 CPRCH). En el seno de la LCT se hallaba un criterio objetivista que prescindía casi por completo - salvo algunos tipos de los numerosos del art. 1º- del elemento subjetivo: la finalidad perseguida por el sujeto activo. Prescindía de toda connotación relativa al móvil político. De esta forma cabían entonces dentro de la configuración de los delitos de terrorismo, conductas ya sancionadas por la ley penal común. Al coincidir en la descripción objetiva de varias leyes, se producían graves problemas de concurso de delitos, como ocurría tratándose del secuestro y en el atentado en contra de la vida de ciertas autoridades, entre otros.

2ª. La agravación de la penalidad: Un aumento exagerado de las mismas en relación a delitos similares, ya que ella se extendía desde presidio mayor en sus distintos grados hasta presidio perpetuo o incluso muerte.

⁸⁹ El incremento de las facultades a la autoridad administrativa en desmedro de las garantías constitucionales se manifestó con mayor notoriedad en el art. 12 que facultó a los Tribunales Militares, cuando estuvieren conociendo de un proceso por delitos de terrorismo, para encomendar la práctica de las diligencias judiciales a la Central Nacional de Informaciones, y no a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, como era la regla general. Evidentemente esta norma tuvo su origen en el DL 1009 de 1975 ya analizado que facultó a “organismos especializados” para efectuar las detenciones. Se abrió con ello “la puerta legal” a la práctica de procedimientos policiales alejados del respeto a los derechos fundamentales y reñidos con los propios de un estado de derecho.

3ª. La alteración de las reglas comunes del iter criminis: El art. 6º (derogado) castigaba el delito frustrado como delito consumado, y la tentativa con la pena asignada al delito consumado pudiendo rebajarse hasta en dos grados. Conforme al art. 7 de la ley 18.314 se castigaban como delito autónomo etapas preliminares del delito. La simple proposición para delinquir, o la conspiración para cometer delitos de terrorismo eran castigadas con la pena asignada al delito consumado rebajada en uno o dos grados.

En nuestra opinión, puede ser que sin violentar el principio de legalidad, se sancionen actos preparatorios, cuando el propio art. 8º del CP da la posibilidad de que la ley rompa con esta regla general, esto es, los actos preparatorios son impunes, salvo que la ley los pene especialmente. Pero lo que no puede hacerse sin violentar, además, el principio de proporcionalidad, es permitir un adelantamiento de la punibilidad que lleve a sanciones tan severas que lleguen incluso hasta la pena de muerte⁹⁰. Luego, el fundamento de la punición hay que encontrarlo en la especial gravedad de la lesión a bienes jurídicos atacados por este tipo de delitos, y no a razones político criminales como argumentó la Secretaría de Legislación⁹¹. Este problema fue parcialmente subsanado por la ley 19.027 de 24 de Enero de 1991.

Y lo que no puede aceptarse es la equiparación que el legislador pretendía entre el desvalor de acción en las distintas etapas del delito para la aplicación de una misma sanción. “El delito frustrado- dice la Secretaría de Legislación- representa el mismo desvalor de acción que el delito consumado y normalmente la falta de consumación se debe a circunstancias absolutamente fortuitas que no alteran los criterios valorativos en esta materia”. Y por ello la ley 18.314 sancionaba en su art. 6º el delito frustrado como consumado. Para la aplicación de la sanción no basta con el desvalor de acción. Es cierto que el delito frustrado no ha llegado a consumarse por factores o circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Pero no es esto lo que el legislador común considera para la aplicación de la sanción. Por algo el art. 51 del CP sanciona el crimen o simple delito frustrado con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.

Todas estas críticas se hicieron cada vez más notorias y públicas, lo que motivó a introducir modificaciones a la ley 18.314, las que se concretaron en las leyes 18.937 y especialmente en la ley 19.027, parte de las denominadas Leyes Cumplido, reformas a las que nos referiremos a continuación.

3.- LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO: LAS REFORMAS A LA LEY 18.314.

La reforma constitucional aprobada en el plebiscito de 30 de julio de 1988 vino a modificar el artículo 5º de la CPRCH en el entendido que el Estado y sus órganos debían garantizar los derechos de las personas, garantías consagradas en la propia Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile. Para cumplir con este mandato del constituyente se hizo necesario adecuar la legislación interna a lo preceptuado en la Constitución de 1980, así reformada. La primera reforma a la LCT la contempló la ley 18.937 de 12 de Febrero de 1990, una de las últimas leyes dictada por el gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden saliente. La segunda, fue introducida por la ley 19.027 de 24 de Enero de 1991, dictada bajo el gobierno del presidente Patricio Aylwin, y que modificó sustancialmente el texto de la ley original. Por la ley 19.172 de 4 de noviembre de 1992 se reguló mas detalladamente en la legislación

⁹⁰En este sentido se manifestó la doctrina mayoritaria. Véase PICKERING, 1988, p.195, y DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 279-280.

⁹¹“En los delitos terroristas es indispensable anticipar la punibilidad de las conductas, abarcando aún actos meramente preparatorios o la simple organización para delinquir. Si se sancionan actos primarios, lejanos a la consumación, está justificada una distribución de la penalidad en forma diferente a las normas generales del Código Penal”. Extracto del Informe de Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, en DEL BARRIO y LEÓN REYES. ob. cit. 1990, p.279.

antiterrorista la figura del terrorista arrepentido, y por la ley 19.241 de 28 de Agosto de 1993, se modificó el tipo penal del secuestro terrorista.

3.1. LEY N° 18.937⁹².

A pocos meses del cambio de gobierno hacia la transición democrática, la Ley N° 18.937 de 12 de febrero de 1990 realizó una fuerte modificación a la ley 18.314:

3.1.a. *Concepto de terrorismo*: La ley 18.937 suprimió siete de las dieciséis conductas tipificadas como terroristas por su texto original. Fueron derogados los n° 3, 7, 8, 12, 13, 14 y 16 del antiguo texto del artículo 1°. Cabe destacar el acierto que significó la derogación de: **1)** La incitación pública a cometer actos de terrorismo (art. 1 n°12), ya que ello significaba una ampliación de las normas generales de participación criminal que prevén la incitación – aunque no pública- como una forma de autoría (art. 15 CP), siendo innecesaria su tipificación especial⁹³. Además porque tal conducta es castigable a título de la LSE (arts. 4° a) b) y d) , y 6° c), d) y e). **2)** La “apología del terrorismo” (art. 1 n°13) porque se supera el problema de interpretación de la misma – en todo caso restrictiva- para diferenciarla del ejercicio legítimo de la libertad de expresión y opinión. **3)** La “instrucción o enseñanza para la fabricación o uso de artefactos explosivos” (art. 1° n°14), porque se superan los problemas concursales que se producían con la LCA (art. 8) y la LSE (art. 6d). **4)** La provocación de conmoción o grave temor en la población o un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos (art. 1 n°16). Ello porque tal conducta desvirtuaba la naturaleza del terrorismo al no exigir el peligro para la vida o integridad de las personas⁹⁴, y además porque tal conducta era subsumible en la Ley de abusos de publicidad o en la LSE, prestándose la LCT en este punto para transgredir el derecho de información⁹⁵. **5)** La omisión de denunciar información sobre actividad terrorista (art. 1 n°8), y del tipo que sancionaba “a los activistas de doctrinas que propugnaran la violencia” y que fueren clandestinos (art. 1 n°9).

3.1.b. *Penalidad*: Se modificó substancialmente la penalidad, rebajándola en algunos casos y aumentándola en otros. Cabe destacar la derogación del art. 3° que castigaba a los cómplices con la misma pena que a los autores, y a los encubridores con la misma pena del autor disminuida en uno o dos grados. Supuso un acierto ya que el art. 3 suponía una alteración de las reglas de participación criminal establecidas en el CP (arts. 50 y ss.), que atiende a la distinta gravedad de la conducta desplegada por cada uno y el distinto grado de compromiso con el hecho típico. Establecer lo contrario implica un quiebre al principio de proporcionalidad en las penas.

3.1.c. *Iter críminis*: La derogación del art. 6° por la ley 18.937 supuso el primer paso para el restablecimiento de los principios generales de la ley penal en materia de iter críminis. Dicho artículo sancionaba el delito frustrado como consumado y la tentativa con la pena asignada al delito consumado, pudiendo rebajarse ésta hasta en dos grados,. Sin embargo, y a juicio de la doctrina, esta modificación fue insuficiente ya que continuaron sancionándose actos preparatorios del delito, que por regla general son impunes. Continuaron sancionándose como delito consumado la conspiración y la proposición para delinquir (art. 7°).

No obstante las modificaciones introducidas por la ley 18.937, la ley 18.314 siguió siendo imperfecta, y objeto de innumerables críticas. Es así como dicho cuerpo legal siguió careciendo de un concepto claro y unívoco de delito terrorista y, pese a la derogación de siete de las dieciséis conductas contenidas en el texto original, continuó siendo una mera enumeración de actos que implicaban extender inadecuadamente el ámbito de punibilidad hacia conductas

⁹² Sobre la misma, ampliamente DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, pp. 236 y ss.

⁹³ MERA; 1984, pp.23-24; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 262.

⁹⁴ En esta opinión, que compartimos, MERA; 1984, p.27.

⁹⁵ Mas ampliamente, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 264-265.

que poco o nada tienen que ver con el terrorismo. La ausencia de un concepto uniforme de delitos de terrorismo, como advierte la doctrina⁹⁶, conlleva el riesgo de llegar a una supresión de los delitos políticos, obstaculizando la aplicación de la LSE, reguladora de los mismos. Por otra parte, siguió existiendo el problema de concurso de leyes con otras figuras penales ya tipificadas en otros cuerpos legales, a saber, el CP, la LCA y la LSE especialmente. Y por último, en parte alguna se observó un tipo penal dentro del cual pudieran ser sancionados los actos de terrorismo de Estado⁹⁷.

3.2. LA REFORMA DE LAS “LEYES CUMPLIDO”.

La necesidad de adecuar la legislación interna a los nuevos requerimientos políticos y jurídicos, producto de la reforma constitucional de 1989, condujo hacia una reforma legislativa que pretendió abarcar en su globalidad la problemática de los presos políticos del gobierno militar. El nuevo art. 5° de la Constitución estableció que la ley debía cumplir con la garantía de los derechos individuales contemplados en el propio texto constitucional, y en los Tratados Internacionales. El entonces Ministro de Justicia, Sr. Francisco Cumplido, manifestó que esto se debía a que la reforma había elevado a rango constitucional los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, y que se encontraran vigentes⁹⁸.

En bloque nacieron entonces las leyes **19.047 de 14 de febrero de 1991**, que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas; **19.027 de 24 de enero de 1991**; que modificó la ley 18.314 sobre conductas terroristas, y la ley **19.029 de 23 de enero de 1991**, que modificó la LCA y LSE entre otras. La Constitución también fue objeto de reforma a través de la ley 19.055 de 1 de abril de 1991, con el objeto de eliminar la improcedencia de la amnistía y el indulto en las causas que versaren sobre delitos de terrorismo.

Ajeno a nuestro objeto sería extendernos abusivamente en cada una de ellas⁹⁹, más no podemos pasar por alto el claro objetivo político criminal de la reforma in comento. En el Mensaje presidencial de Patricio Aylwin, con que se somete a discusión el Proyecto de Ley se expresó: “Es urgente hacer las modificaciones pertinentes en lo que respecta al derecho al derecho al debido proceso, a un justo y racional juzgamiento particularmente por el alto número de personas procesadas por delitos políticos, constitutivos de los que se han llamado “presos políticos”. La reconciliación nacional, claro objetivo del gobierno que presido, requiere que las personas indicadas sean juzgadas con arreglo a los principios constitucionales y a los contenidos en declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁰⁰.

Esta declaración implicó una la firme intención de distinguir entre lo que a partir del cambio de régimen, debía ser considerado delitos políticos, delitos de terrorismo y delitos militares. “Solo distinguiendo muy circunstanciadamente cada uno de ellos será posible resguardar eficazmente los bienes jurídicos que pretenden proteger, castigar a los culpables con penas proporcionales y juzgarlos con arreglo a un procedimiento racional y justo”. Conforme a

⁹⁶ En este sentido, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.266.

⁹⁷ Esta carencia sobre la falta de tipificación de las conductas relativas al terrorismo de Estado fue ya advertida por DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 266.

⁹⁸ Informe de la CCLJ de la Cámara de diputados sobre el proyecto de ley que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas; Boletín N° 2-07 (90-1).

⁹⁹ Ampliamente sobre Ley 19.047, EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal; *Leyes Cumplido. Análisis jurídico de la ley 19.047, que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas*. Edit. EDIAR Conosur Ltda, Stgo., Chile, 1991.

¹⁰⁰ Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 con que se inicia el Proyecto de Ley que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas. Texto en *Historia de la Ley 19.047 (D. Oficial de 14 de febrero de 1991)*. *Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p. 02.

este propósito se hizo necesario modificar la ley 18.314 (LCT), la ley 12.927 (LSE); el CJM, el CPP, la Ley 17.798 (LCA), el CP y el Código Aeronáutico.

La reforma de la ley 19.047 se abocó a la tarea de asegurar el respeto a las garantías constitucionales del derecho a la defensa jurídica, debido proceso legal, y las bases constitucionales del Derecho Penal (art. 19 n°3 y 7 de la CPRCH en concordancia con art. 14 del PIDCP). Por la **Ley 19.027** se reformó la ley 18.314 (LCT) estableciendo una nueva tipificación penal caracterizada por la presencia de elementos subjetivos en el tipo, elementos de los que carecía la antigua ley, otorgando las herramientas necesarias para la formación de un concepto de delitos de terrorismo. Esta ley modificó substancialmente la estructura de la ley 18.314 e intentó corregir una serie de problemas eliminando la descripción casuística de los tipos penales, exageradamente objetiva y ambigua en el antiguo texto¹⁰¹. Asimismo se establecieron nuevas penalidades. En concordancia con la reforma en bloque que propuso el Ejecutivo, se modificó también en sus aspectos procesales en lo relativo “a las medidas que el tribunal puede decretar para restringir los derechos de las personas declaradas reos por delitos que constituya conducta terrorista y las atribuciones de las autoridades políticas para prevenir actos terroristas”¹⁰².

3.2.a. Aspectos constitucionales en los delitos de terrorismo: La adecuación de la ley a la Constitución y la reforma constitucional.

Mas allá de la conveniencia o inconveniencia político criminal de la existencia de una ley especial destinada a regular los delitos de terrorismo, hemos indicado ella vino a cumplir con el mandato constitucional (art. 9) que ordena la promulgación de una ley de quórum calificado para tales efectos. En este sentido debemos reconocer que la ley 19.027 reviste una **ventaja** en relación a su antecesora: se salva la ya comentada inconstitucionalidad de forma de que adolecía la antigua ley 18.314, puesto que *la nueva ley es dictada por el Congreso y no por la Junta de Gobierno Militar*, y con aprobación de la mayoría de senadores y diputados en ejercicio (quórum calificado). Siendo necesario para la modificación de la ley n° 18.314 (LCT) el quórum calificado en ambas Cámaras, era conveniente su separación en la tramitación de la de otros cuerpos legales que fueron objeto de reforma, no obstante, al tratarse de un intento de dar una solución de manera sistemática a un mismo problema, el Mensaje Presidencial de la ley 19.027 solicitó su tramitación conjunta, y posteriormente su calificación como de suma urgencia.

Por el N° 1 del artículo único de la ley de reforma constitucional N° 19.055, de primero de Abril de 1991 se modificó el inciso tercero del artículo 9° de la Constitución, ya reproducido, para eliminar del texto constitucional la parte referente a la improcedencia absoluta de la amnistía y el indulto¹⁰³. Específicamente, y como apunta la doctrina, se reconoce la facultad de indulto presidencial para actos de terrorismo cometidos con anterioridad al 2 de Marzo de 1990. La prohibición del indulto continúa, excepto cuando la pena a aplicar fuere la de muerte, en

¹⁰¹GUTIÉRREZ SAHAMOD; Luis; *La Política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*, Cuad. del CED N° 14, Octubre de 1991, Santiago de Chile, p.7 y 8.

¹⁰²Mensaje Presidencial de 11 de Marzo de 1990 que contiene el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.314, y sobre conductas terroristas y su penalidad. *Boletín 3-07 (90)-1*. Texto en *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Stgo., Chile, 1997, pp.1- 3.

¹⁰³El antiguo art. 9° inc.3° declaraba: “No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos., Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales”. Constitución de 1980, Promulgada por DS N° 1.150 del Ministerio del Interior de 21 de Octubre de 1980. Texto en Apéndice de ASTROSA H., R.; 1985, pp. 617 y ss. El nuevo texto del inc. 3° dispone: “ Los delitos terroristas serán considerados siempre comunes, y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

cuyo caso, como se ha dicho, el Presidente de la República está facultado en el caso particular, para conmutarla por la de presidio perpetuo¹⁰⁴.

La reforma tuvo por objeto también eliminar el fundamento constitucional de la negación de la libertad provisional respecto de los procesados por esta clase de delitos. Esta prohibición actualmente solo se encuentra establecida en el art. 17 de la Ley 18.314. El N° 2 del artículo único de la ley de reforma constitucional in comento agregó un párrafo segundo a la letra e) del artículo 19 n°7 de la Constitución que determina la procedencia de la libertad provisional para los procesados por delitos de terrorismo siempre que la resolución que la otorgue sea acordada por unanimidad en el tribunal de alzada¹⁰⁵.

3.2.b. Aspectos del derecho internacional.

La adecuación de la legislación interna a las declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, supuso tomar en consideración tanto la DU.DD.HH. como el PIDCP¹⁰⁶. Particular importancia merece la referencia que el Ejecutivo hace al art. 14 de este último, que garantiza los principios de igualdad ante la ley y la justicia, y la presunción de inocencia, siendo el PIDCP el que mayor influencia tuvo en la reforma procesal penal de las Leyes Cumplido. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CCLJ) tuvo en consideración, además, otros tratados internacionales, como base para la tipificación de ciertas figuras: Por su estrecha relación con la figura del apoderamiento ilícito de aeronaves o atentados contra la seguridad de la aviación civil: La *Convención de Tokio de 1963*, La *Convención de La Haya de 1970* y la *Convención de Montreal de 1971*. Por su relación con la legislación comparada sobre terrorismo que sirviera de base a la ley 18.314, y para una posterior formación del concepto de terrorismo: El *Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977*, especialmente en lo previsto en su Artículo Primero¹⁰⁷.

3.2.c. Aspectos sustantivo penales: Comentarios sobre la Ley 19.027 y sus posteriores modificaciones.

En términos generales, la Ley 19.027 de 24 de Enero de 1991 y que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas, al igual que toda la legislación antiterrorista, presenta normas excepcionales en lo sustantivo penal y procesal. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones internas comentadas y como veremos es el caso español, la ley chilena sigue teniendo a la vez el carácter de ley penal especial, aparte del CP. Tendremos oportunidad en capítulos sucesivos de realizar el análisis del tipo en los delitos de terrorismo, y la exigencia en esta parte de la investigación nos orienta para dar al lector una visión general de la misma en sus aspectos más relevantes.

a) Concepto jurídico del terrorismo: El Proyecto de Ley propuesto por el Ejecutivo al Congreso centró el debate en el concepto de terrorismo. Lo que preocupaba al legislador era la confusión que la ley vigente tenía entre actos que atentaban propiamente contra la seguridad del estado y actos de terrorismo, “porque (la ley) atribuye al terrorismo el carácter de una ideología” y no el de “método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los

¹⁰⁴GUTIÉRREZ SAHAMOD; L. 1991, p. 2, Nota 1.

¹⁰⁵Dice el párrafo 2° del art. 19 n°7, e): “La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. la resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”. Es pertinente destacar también que el art. 9 de la ley N° 19.047 de 14-2-1991, sustituido por el artículo único, letra d) de la ley N° 19.114 de 4-1-1992, dispuso el reemplazo de las expresiones "auto de reo", "encargatoria de reo" y "auto de encargatoria de reo", por la de "auto de procesamiento", y la palabra "reo" por "procesado".

¹⁰⁶El PIDCP fue ratificado por Chile mediante DS N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 29-4-1989.

¹⁰⁷ Reproducido en Cap.IV, II, 3.a. *El Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977*.

narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras... cuyo objetivo es causar temor a parte o a toda la población”¹⁰⁸.

En este entendido, y aceptando que la acción criminal pertinente ya se encuentra tipificada como delito en el derecho penal común o en la legislación especial, pero reconociendo a la vez que la LCT vigente contenía normas que tipifican delitos que no se encuentran penados por otras disposiciones de la legislación chilena, y que por su especificidad debían estar incluidas en el Código Aeronáutico, se propuso que dichos delitos se incluyeran en este Código. Propuso en consecuencia un nuevo texto para el artículo 1º en el que de manera general se describía la conducta terrorista como los atentados contra la vida, la integridad física de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a toda o a una parte de la población.

Tras el debate parlamentario no se aceptó esta definición general y el texto finalmente aprobado no contiene una descripción específica de lo que debe entenderse por delitos de terrorismo o conducta terrorista. La combinación de los artículos 1º y 2º de la ley 18.314 determinan la sanción para diversos delitos comunes cuando se ejecutan con fines terroristas, descritos en la ley. Como advierte la doctrina, es “la descripción de la finalidad o propósito terrorista la que da una connotación especial al delito común, califica la conducta y permite la sanción a través de la ley especial antiterrorista”¹⁰⁹.

El artículo 1º de dicha ley señala los requisitos que debe reunir el delito común para que le sea aplicable la legislación antiterrorista, requisitos que se traducen en elementos subjetivos del tipo: 1º producir temor a toda o una parte de la población, o 2º arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias. Para facilitar la prueba de dicha finalidad, la ley se encarga de establecer determinadas presunciones relativas al empleo de determinados medios de comisión. El artículo 2º incluye la nómina de aquellos delitos comunes que ejecutados con algunas de las finalidades descritas en el artículo 1º, constituyen delitos de terrorismo. Advertimos en esta concepción una cierta similitud entre lo que era el antiguo art. 1º N°15 de la ley 18.314 dictada bajo el gobierno militar que consideraba como uno, entre tantos otros, delitos de terrorismo, la amenaza seria de cometer alguno de los delitos enumerados en el art. 1º “que cree o pueda crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, o para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona”.

La doctrina ha señalado que comparado este concepto con el absolutamente casuístico, objetivista y ambiguo de la antigua ley, la actual normativa es más simple y un poco más clara pues existe una mayor precisión que permite distinguir el delito terrorista del común. Ello, a juicio de algunos autores evitaría extender el rigor de la ley a personas que no ejecutan actos terroristas¹¹⁰. En nuestra opinión, la omisión a toda referencia acerca de la finalidad política en los delitos de terrorismo, no evita, sino que alienta una extensión indebida de la punibilidad hacia otras conductas, que perfectamente pueden ser calificadas como violencia social. Por ejemplo; actos de violencia callejera protagonizados por estudiantes, por minorías étnicas, etc.

b) Penalidad: Los arts. 3 y 3 bis se refieren a la penalidad asignada a los delitos. En opinión de la doctrina esta ley racionaliza un poco mejor la aplicación de la pena al reconocer que la mayoría de los delitos de terrorismo se perpetran a través de delitos comunes, razón por la cual, la sanción aplicable a ellos, será la pena que a tales delitos comunes correspondan, agravada¹¹¹. En nuestra opinión, más que racionalizar las penas como ha señalado la doctrina, o rebajarlas, lo que la ley hace es dar un margen más amplio al juez en la aplicación de las mismas, ya que si

¹⁰⁸Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 que modifica la Ley 18.314 sobre conductas terroristas y fija su penalidad, Boletín 3-07 (90)-1, en *Historia de la Ley 19.027*, cit., pp.1 y ss.

¹⁰⁹GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p. 11.

¹¹⁰Véase por todos GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p. 12.

¹¹¹ GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p. 10.

analizamos comparativamente las sanciones que imponía la antigua ley en relación con la nueva, hay casos en los que la pena es la misma, o mayor¹¹².

Digno es de destacar que la Ley 19.047 de 14 de febrero de 1991 suprimió en el Código Penal las penas accesorias de celda solitaria y de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. El carácter de pena accesoria a la privativa de libertad resultaba manifiestamente contrario a las normas a que Chile se había comprometido a respetar en Tratados Internacionales: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (art. 10 n°1), y la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura¹¹³.

c) Íter críminis: Las modificaciones introducidas durante el proceso hacia la transición democrática intentaron corregir las deficiencias existentes en torno a la sanción de la tentativa y de los actos preparatorios del delito. Siguiendo con la tendencia que impregnó a la ley 18.937, el proyecto de ley que precedió a la ley 19.027, propuso derogar el art. 7 de la ley 18.314 por considerar que constituía una excepción a las reglas ordinarias sobre la penalidad al castigar la conspiración y la proposición con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados, aunque posteriormente el Ejecutivo retiró esta derogación¹¹⁴. Finalmente y tras el debate parlamentario, el art. 7° de la ley vigente recogió en parte estas modificaciones y engloba en una misma disposición la sanción para las fases preliminares del delito y los actos preparatorios. La tentativa se sanciona con la pena mínima señalada al delito consumado y la conspiración con la pena correspondiente al delito consumado rebajada en uno o dos grados¹¹⁵.

d) La última reforma experimentada por la Ley 18.314, fue introducida por *la Ley 19. 241 de 28 de Agosto de 1993*. A través de ella se establece una presunción legal sobre el delito de secuestro, en cuya virtud, el secuestro perpetrado por una asociación ilícita terrorista será siempre considerado terrorista.

e) La atenuación de la pena como consecuencia del arrepentimiento eficaz: La ley 19.027 mantuvo intacto el artículo 4° de la ley 18.314 antigua que contemplaba la posibilidad de rebajar la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaran antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos¹¹⁶.

3.2.d.- Aspectos procesales: Comentarios a las leyes 19.027 y 19.047.

La idea fundamental que impregnó al legislador para la modificación relativa al procedimiento en causas sobre delitos de terrorismo fue la necesidad de adecuar lo previsto en la ley 18.314 a lo preceptuado por la Constitución Política y los Tratados Internacionales. Preocuparon al legislador fundamentalmente la necesidad de que la legislación desarrollara las normas constitucionales, principalmente las del art. 19 Nos. 3 y 7 de la Constitución, que consagran el derecho a la defensa jurídica, al debido proceso, a un justo y racional procedimiento y a las bases constitucionales del proceso penal. Del mismo modo, desarrollar las normas tendientes a cumplir con lo previsto en el art. 14 del PIDCP, a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas¹¹⁷.

¹¹²Ampliamente, Cap.VII, II, 2. *Legislación chilena...*,4.1. *Penalidad*.

¹¹³El PIDCP fue ratificado por el DS N° 778, y la Convención contra la Tortura fue promulgada por el DS N°809, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores

¹¹⁴*Historia de la Ley 19.027 (D.Oficial 24 de Enero de 1991)*, ob. cit. 1997, pp. 2 y 22.

¹¹⁵Infra Cap.VII, II, 4.2. *Tentativa, amenaza y punición de...*

¹¹⁶Infra Cap. VII, V. *El terrorismo como motivo de atenuación*.

¹¹⁷Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en *Historia de la ley 19.027 (D. Oficial de 24*

Se modificaron así las normas relativas a la competencia para el conocimiento y fallo de los delitos de terrorismo, se reglamentaron de manera más acuciosa las facultades para la autoridad administrativa, entre otras. Sin embargo cabe destacar que las modificaciones de la ley 19.027 corrigen, aunque no eliminan, algunas de las situaciones controvertidas de la ley modificada. Aún subsisten las facultades especiales otorgadas a la autoridad administrativa para practicar detenciones y registros a la correspondencia y perturbaciones a la publicidad con el fin de prevenir y perseguir este tipo de delitos. En suma, mantiene especialmente en este ámbito el tratamiento especial.

a) Competencia y procedimiento aplicable: La ley 19.047 privó a los tribunales militares de la competencia para el conocimiento y fallo de delitos de terrorismo, cuando el ofendido fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o carabineros, eliminando la calificación militar de los mismos en el art. 5 n°1 CJM¹¹⁸. Así, la competencia para el conocimiento y fallo de los delitos de terrorismo corresponde siempre a los Tribunales Ordinarios. Para la determinación del Tribunal competente y el procedimiento aplicable, el art. 10 de la ley 18.314 distingue dos situaciones:

Primera, en los procesos que se inicien de oficio por los tribunales o por denuncia o querrela, debe estarse a las normas generales, esto es, es competente el Juez del Crimen correspondiente, conforme a las reglas de competencia absoluta establecidas en el Código Orgánico de Tribunales. En este caso el procedimiento aplicable es el juicio ordinario por crimen o simple delito establecido en el Libro II del CPP. **Segunda**, en los procesos iniciados por requerimiento por parte de ciertas autoridades: Ministerio del Interior, Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales, y Comandantes de Guarnición, la competencia corresponde a un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, y en segunda instancia, la Corte de Apelaciones exceptuando a ese Ministro, Corte de Apelaciones que será siempre la misma en virtud de la regla de la radicación. En este caso el procedimiento aplicable es el establecido en Título VI, sobre Jurisdicción y procedimiento de la N° 12.927, (LSE), exceptuando lo dispuesto en su art. 27 ñ). El requerimiento puede además formularse aún cuando ya se hubiere iniciado el proceso, caso en el cual también son aplicables las reglas sobre jurisdicción y procedimiento señaladas en la LSE.

No obstante, hay un caso en el que la competencia correspondería a los Tribunales Militares, esto es cuando el delito fuere cometido por miembros de las Fuerzas Armadas o Carabineros, o conjuntamente por éstos y civiles. Esta excepción nace como consecuencia necesaria del carácter de delito común que la CPRCH (art.9) atribuye a los delitos de terrorismo, y de la aplicación de las reglas de competencia absoluta del art. 5 N°3 del CJM. El procedimiento a aplicar sería el establecido en el Libro II, Títulos 1°, 2°, y 3°, relativos al procedimiento penal en tiempo de paz, y procedimiento civil.

b) La detención: La ley 19.027 prácticamente no toca esta materia puesto que continúa vigente la facultad que se atribuye a ciertas autoridades administrativas para ordenar a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas que procedan a la detención de presuntos responsables por delitos de terrorismo, sin necesidad de mandato judicial previo. Más que una modificación sustancial,

enero de 1991), ob. cit. pp. 6-8.

¹¹⁸ Se privó también a la Justicia Militar del conocimiento y fallo de: a) Los delitos de ofensas y amenazas o injurias a las Fuerzas Armadas y carabineros (arts. 286 y 417 CJM), “por tratarse de delitos de acción privada que deben juzgarse de acuerdo a las reglas generales establecidas para este tipo de delitos”, es decir, a las normas establecidas en el CP y CPP; b) Los delitos previstos en los arts. 9°, 11° y 14° A de la Ley 17.798 (LCA), relativos a la tenencia y porte ilegal de armas contempladas en el art. 2° a), b) y c) de la ley, referentes a armas de fuego, municiones, explosivos y sustancias químicas. No obstante se mantuvo esta competencia para el conocimiento y fallo de los denominados “delitos militares” contemplados en el CJM, independientemente de que los presuntos autores fueren civiles o militares. Luego, se mantuvo la competencia en el resto de los delitos previstos en la Ley 17.798 (LCA): formación de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas (art.8); fabricación, armadura, importación, internación, exportación, etc. de armas (art. 10); entre otros.

la ley 19.027 se limitó a adecuar la norma a la nueva realidad política y jurídica. La Central Nacional de Informaciones había sido ya disuelta, de manera tal que resultaba innecesario mantenerle dentro del texto del art. 12. En nuestra opinión, conforme a los principios de legalidad y de separación de poderes contenidos en el art. 19 n°3 y 73 de la CPRCH, y art. 1 del COT, esta prerrogativa de la autoridad administrativa procede solo cuando no se hubiese iniciado un proceso judicial, ya que en este caso, la facultad corresponde al juez que instruye la causa.

En relación a la ampliación del plazo de detención, el mensaje presidencial con que se inicia la reforma, propuso derogar el art. 11 “porque no tiene justificación alguna y se presta para facilitar la aplicación de apremios ilegítimos”. Lamentablemente la propuesta fue retirada durante la discusión parlamentaria¹¹⁹. Se mantiene, por tanto, el art. 11 de la ley 18.314, según el cual la autoridad policial, está facultada para solicitar al juez la autorización para retener en el recinto policial al detenido diez días, es decir, ocho días más allá de las 48 horas que tradicionalmente ha sido el plazo máximo para presentar al detenido al tribunal. Nos remitimos a la crítica realizada¹²⁰, enfatizando que resulta difícil avanzar en la investigación cuando se priva al juez, durante esos diez días, de interrogar al detenido, declaración judicial que es la única que puede llegar a tener el valor de plena prueba¹²¹. La confesión prestada ante organismos policiales, y que se califica de “espontánea”, a diferencia de la anterior, tiene el carácter de mera presunción.

Pero lo que es mas grave, y en esto la doctrina¹²² ha sido unánime en su rechazo, es que esta ampliación “desproporcionada” del plazo de detención facilita el camino para la violación de derechos humanos a través del ataque a la integridad física de las personas (tortura) con el objeto de obtener una confesión, independiente de que puedan ejercerse contra la resolución que amplía el plazo de detención los respectivos recursos legales, dentro de los cuales destaca el amparo o habeas corpus contenido en el art. 21 de la CPRCH. Coincidimos con CARRIÓ en que la presencia del juez que instruye el sumario desde los primeros momentos del procedimiento se hace absolutamente necesaria ya que “implica una garantía de legalidad de tales procedimientos”¹²³.

Si bien la ley 19.027 no eliminó esta ampliación, es justo reconocer que se preocupó de establecer resguardos o precauciones para el detenido. Así, si bien el juez puede autorizar que el detenido permanezca por diez días e incluso incomunicado bajo el control de la policía, se exige que la resolución que amplía el plazo de la detención debe ordenar que el sujeto sea examinado por un médico, nombramiento que no puede recaer en un funcionario del mismo cuerpo policial bajo cuya custodia se encuentra. La ley, expresamente impone al juez el deber de proteger al detenido, de manera tal que la negligencia grave en esta protección es considerada como infracción a sus deberes y sujeta a sanción.(art.11 LCT). Además, debe considerarse la reforma

¹¹⁹ *Historia de la ley 19.027*, cit. pp. 2 y 22.

¹²⁰ Supra Cap. III, III, 2.b.1. La detención, y en este mismo Cap.V, 2. Marco legal. La ley 18.314..., 2.2. Aspectos procesales.

¹²¹ “No se entiende- dice GUTIÉRREZ SAHAMOD- cómo por este camino se puede acelerar la pesquisa si se impide, precisamente, que el detenido sea puesto a disposición del juez, quien tiene realmente la responsabilidad de la encuesta”. GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.13.

¹²² Así, CARRIÓ: “Sería ingenuo negar que, dada la estricta privacidad que rodea a estas declaraciones, es imposible determinar el real grado de espontaneidad con que los detenidos se pronuncian en las dependencias policiales”. CARRIÓ, Alejandro; *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1990, 1ª reimpresión, 1991, p. 124. En similar sentido, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1991, p. 290; GONZÁLEZ; MERA;VARGAS.1991, p.213. También organismos de derechos humanos: “Para la ley el investigador es el juez instructor, civil o militar, la policía simplemente cumple sus órdenes o colabora, según lo ordene el Juez con la labor investigadora de éste. ¿Cómo es posible afirmar que la ley tenga el desenfado de afirmar que “las necesidades de la investigación” exijan que NO se ponga a disposición del investigador un detenido?”. Véase, Doc. De la Vicaría de la Solidaridad sobre el Proyecto de Ley Antiterrorista.

¹²³ CARRIÓ, Alejandro; 1991, p. 123.

que con carácter general efectuó la ley 19.567 de 1 de Julio de 1998 que modificó el CP y CPP en lo relativo a la detención, y la que efectúa la ley 19.696 de 12 octubre 2000, que aprueba un nuevo Código Procesal Penal¹²⁴.

c) Prisión provisional y excarcelación: En un principio, el Ejecutivo en el Mensaje Presidencial que precedió la reforma, propuso la derogación del art. 17 LCT, que niega la libertad provisional a los procesados por delitos de terrorismo, “ya que constituye una simple reiteración de la norma constitucional”. Más tarde, lamentablemente, retiró esta sugerencia¹²⁵. Lamentablemente porque, tal como se señaló en el cap. III, nos parece que en este punto la LCT extrapola la interpretación de la norma constitucional (arts. 9 y 19 n° 7) al punto de contravenir¹²⁶. El texto Constitucional al consagrar las garantías constitucionales y al referirse expresamente a los casos de terrorismo, no niega la libertad provisional de los procesados, sino que mas bien reglamenta, dificultando u obstaculizando, su otorgamiento.

Reparemos en que la reforma constitucional que hizo la ley 19.055 de 1-4-1991, eliminó en el art. 9° CPRCH la norma relativa a la improcedencia de la libertad provisional de los procesados por delitos de terrorismo. Siguiendo este lineamiento, la reforma introdujo un párrafo 2° al art. 19 N°7, letra e) en el que vino a consagrar expresamente la procedencia de este tipo de garantía en estos casos, reglamentándolo en forma detallada. No obstante, en la actual ley 18.314, en su art. 17 señala expresamente que "no procederá la libertad provisional respecto de los procesados por delito terrorista". Hay pues, una expresa contradicción con lo manifestado por los artículos 9° y 19 n°7 letra e) de la Carta Fundamental y el art. 17 de la ley 18.314.

Creemos que si es grave ya, que una ley, aunque sea de quórum calificado, se arroge la facultad de *eliminar*, porque se está *negando* la libertad – y no restringir como interpreta parte de la doctrina¹²⁷- una garantía constitucional, a esta gravedad se suma el hecho de que los procesos por delitos de terrorismo tardan a lo menos cuatro o cinco años en sustanciarse. Muchos de los procesados y luego condenados por estos delitos cumplen con el tiempo de prisión preventiva el tiempo de la condena. El art. 17 de la LCT tendría que derogarse expresamente a fin de evitar la violación de las garantías constitucionales que la ley contempla para todo detenido o preso. Mientras este precepto no se derogue, la única posibilidad que tiene el procesado por conducta terrorista frente a la negativa del juez que conoce del asunto de conceder la libertad provisional en virtud de la aplicación del citado artículo 17 de la LCT, es argüir la *derogación tácita o la inconstitucionalidad del mismo*.

d) Incomunicación: La reforma de la ley 19.027 tampoco tocó la incomunicación del sospechoso durante todo el tiempo que dure la detención, ni la posibilidad de su prolongación después de que sea puesto a disposición del tribunal. A los graves efectos psicológicos que la incomunicación produce en el ser humano, sumamos los efectos jurídicos que se traducen en una amenaza para el derecho a la integridad psíquica y física del detenido. Claro es pues que el incomunicado se encontrará aislado del resto de la sociedad, argumentándose la protección a un objetivo de menor entidad, cual es el éxito en las investigaciones del sumario. Cuando los derechos fundamentales son restringidos o suspendidos en determinados casos, con mayor razón la ley debe ser estricta y clara.

El legislador chileno, hemos dicho antes, ha intentado salvaguardar los derechos del detenido a través de la ley 19.567 de 1 de Julio de 1998, estableciendo una sanción para la autoridad que haciendo uso indebido de sus funciones prolongare indebidamente una

¹²⁴ Mas ampliamente Cap. III, párrafo III, punto 2.b.1. *La detención*.

¹²⁵ *Historia de la ley 19.027*, cit., p.3 y 22.

¹²⁶ En contra, DEL BARRIO y LEÓN REYES para quienes el art. 17 de la ley 18.314 se encontraría en concordancia con el principio enunciado en el art. 9 de la CPRCH al tener el carácter de restricción a las garantías de los procesados. DEL BARRIO, LEÓN REYES. 1990, p.294.

¹²⁷ Así, DEL BARRIO, LEÓN REYES. 1990, p.294.

incomunicación o arrestare a una persona en un lugar distinto de los señalados por la ley, o practicare en la persona privada de libertad apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere en su aplicación, y también la conducta omisiva de quien teniendo la facultad necesaria no las impidiere o hiciere cesar. (arts. 150 y 150 A del CP)¹²⁸.

e) Entrada y registro domiciliario, intervención en las comunicaciones: Se mantiene la facultad a los miembros de la Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, previa orden escrita de la autoridad administrativa (Ministerio del Interior, Intendentes, Gobernadores o Comandantes de Guarnición), sin necesidad de mandato judicial previo, no solo para detener a los presuntos responsables, sino también para registrar e incautar los efectos o instrumentos que se encontraren en el lugar de la detención, debiendo cumplir con la obligación de dar aviso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, al tribunal que corresponda (art. 13). Aquí la reforma de la ley 19027 se limitó a eliminar del texto la referencia a la CNI, a la que se otorgaba también esta facultad, lo que fue consecuencia de la disolución de tal organismo producida antes de la reforma.

La ley 19.027 sí tocó el art. 14 sustituyéndolo por completo. Las autoridades antes mencionadas están facultadas para, previa autorización del juez, interceptar, proceder a la apertura o registro de las comunicaciones, documentos privados, o la observación por cualquier medio de personas sospechosas de la comisión o preparación de delitos terroristas. En la antigua ley, en casos de urgencia, dicha medida podía ordenarla el Ministro del Interior, comunicándolo al tribunal respectivo, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Esta facultad para actuar de oficio conferida al Ministerio del Interior revestía un peligro manifiesto: se estaba reconociendo una prerrogativa importante y poderosa, por sobre el Poder Judicial. La doctrina criticó esta norma puesto que era evidente que los jueces se verían seriamente limitados en la posibilidad de calificar la urgencia de las medidas que debían resolver, pues no tendrían todos los elementos de juicio necesarios para calificar la emergencia, por lo que su reacción natural sería respaldar lo hecho por el Ministro del Interior. Al mismo tiempo se corría el riesgo de que esta facultad fuese usada como instrumento de represión de la disidencia política¹²⁹.

La ley 19.027 al sustituir el art. 14 de la ley 18.314 suprime la facultad que tenía dicha autoridad para proceder de oficio sin la autorización del juez, en casos de urgencia. Ahora siempre será necesaria la autorización judicial previa. Pero como contrapartida observamos una desigualdad manifiesta en la aplicación de la ley. El nuevo art. 14 impide que las medidas aludidas puedan adoptarse en contra de Ministros de Estado, subsecretarios, parlamentarios, jueces, miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, del Contralor General, y de Generales o Almirantes. Se sanciona también todo abuso de poder cometido en el ejercicio de estas atribuciones, con la inhabilitación temporal para el ejercicio de cargos u oficios públicos.

No podemos interpretar las modificaciones procesales que introdujera la ley 19.027 de enero de 1991, que modificó la ley 18.314, sin considerar además las modificaciones que se realizaron al proceso penal común, cuya aplicación es subsidiaria en todo lo no previsto por la ley 18.314. Tan solo a siete meses de dictadas las *Leyes Cumplido*, el 28 de agosto de 1991 se dictó la ley 19.077 que reformó el art. 156 del CPP. Se facultó expresamente a la autoridad policial para proceder al registro domiciliario, en caso de delito flagrante, sin necesidad de mandamiento judicial, ni siquiera administrativo. Luego, la evaluación del caso corresponde a la propia policía que se encuentra en el lugar de los hechos.

Ante la necesidad manifiesta de proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad policial, pero a la vez de mantener la eficacia de los procedimientos destinados a la averiguación de los delitos de terrorismo, debemos partir de la base del respeto a las garantías constitucionales. Atendiendo a este criterio es que a través de la ley 19.567 de 1 de Julio de 1998 se pretendió

¹²⁸ Cfr. con el NCPP, Supra Cap.III.

¹²⁹ GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.14.

resguardar en mejor forma los derechos del detenido, disponiéndose que el detenido o preso, aunque se encuentre incomunicado tiene derecho a que, *en su presencia, a la mayor brevedad y por los medios mas expeditos posibles* se informe a su familia, a su abogado o a la persona que indique, del hecho y la causa de su detención o prisión. *La negativa o retardo injustificado* en el cumplimiento de esta norma por parte de los funcionarios policiales *será sancionado disciplinariamente* con suspensión del cargo. Como dice CARRIÓ: “ si se considera que los interrogatorios policiales constituyen efectivamente una herramienta útil y necesaria a esos fines (eficacia del procedimiento en la averiguación de los delitos), no por ello debe entenderse que los oficiales de policía gozan de un *bill de indemnidad* al llevarlos a cabo”¹³⁰.

f) La recalificación de los delitos de terrorismo cometidos bajo la dictadura militar y el traspaso de competencias: Sin duda, a nivel político, las Leyes Cumplido realizaron un papel importante en el restablecimiento de las garantías procesales. Dos fueron, a nuestro juicio los ejes centrales en la reforma y que se tradujeron en el respeto al principio de legalidad en materia penal: *Primero*, el restablecimiento del principio de tipicidad, al disponer una recalificación de las conductas “terroristas” cometidas por los disidentes políticos procesados bajo la dictadura militar. *Segundo*, el restablecimiento del debido proceso legal, al suprimir la competencia de la justicia Militar para el conocimiento de determinados delitos, cometidos ellos por opositores al régimen militar.

En cuanto a la recalificación de los hechos, ella nace desde el momento en que la ley 19.027 sustituye completamente el concepto de delitos de terrorismo. Por ello, y en virtud, no solo del principio de tipicidad sino también del *principio pro reo* consagrado en el art. 19 n° 3 de la CPRCH, muchas de las conductas que bajo la anterior ley 18.314 eran consideradas delitos de terrorismo, bajo la nueva tipificación no lo eran. Esta recalificación correspondería al nuevo tribunal que conociere de la causa según las modificaciones en materia de competencia, recalificación que correspondería a los tribunales ordinarios. Con esta consistente reforma era evidente que se producirían muchos problemas procesales, a raíz del cambio de competencia a la justicia ordinaria de una serie de procesos que se encontraban en tramitación en los tribunales militares. Por ello es que en los *artículos transitorios* de la ley 19.047 se intentó solucionar esta situación¹³¹, estableciendo normas reguladoras de la forma y plazo en que debían ser enviados los expedientes que deberían ser conocidos sobre la base de las nuevas reglas de competencia¹³². Fue así como los procesos iniciados por infracción a las LCT y LSE, cuyas conductas fueron cometidas bajo la legislación del régimen militar se acogieron a la nueva legislación realizándose una recalificación de los hechos. Las conductas que antes podían ser

¹³⁰ CARRIÓ, 1991, pp. 136-137.

¹³¹ “Es sabido que en dichos procesos muchos de los inculcados se han visto privados de las más mínimas garantías procesales, fundamentales para la existencia del debido proceso”- enunció el Mensaje Presidencial- y continúa: “Por ello, estas normas transitorias introducen modificaciones a los procedimientos con que deberán seguir siendo substanciadas dichas causas, con el fin de, por una parte, permitir que las normas permanentes que se proponen les sean aplicables y, por la otra, otorgar la posibilidad de corregir los procedimientos para resguardar la vigencia plena del derecho al debido proceso y al de defensa de ellos”. Mensaje Presidencial, en *Historia de la ley 19.047*, cit., p. 7. Para un análisis sobre la normativa transitoria, véase EYZAGUIRRE, C. 1991, pp. 135-150.

¹³² Conforme a los arts. 1º, 2º y 3º transitorios, los procesados por determinados delitos cuyo sumario se prolongare por más de un año en la Justicia Militar debían ser traspasados a un Ministro de la Corte de Apelaciones designado por la Corte Suprema y que tendría el carácter de Ministro en Visita. Bajo esta reforma cabían los delitos previstos en la Ley 12.927 (LSE); los arts., 8, 9, 10, 13 y 14 de la Ley 17.798 (LCA) (formación de grupos de combate, tenencia ilegal de armas de fuego, internación ilegal de armas prohibidas); y los arts. 370 N°3, 416 y 416 bis del CJM (ultraje al Ejército, atentado contra las Fuerzas Armadas, uso de pasaporte falso, maltrato de obra a carabineros). El plazo para cerrar el sumario era de 45 días, prorrogables una vez por igual término con autorización de la Corte Suprema. Las causas que se encontraren con sentencia de primera instancia en la Justicia Militar y pendiente su conocimiento en la Corte Marcial, debían ser traspasadas a las Cortes de Apelaciones respectivas para la sentencia de segunda instancia en los casos de la Ley 18.314, arts. 284 y 417 del CJM y en general de los delitos que conforme a la ley 19.047 debían ser de competencia de la justicia ordinaria

tipificadas de terrorismo, ahora eran reconducidas hacia delitos políticos y juzgadas por la justicia ordinaria¹³³.

4.- OTRAS NORMAS SUSTANTIVO PENALES RELACIONADAS CON LA LEY 18.314.

Hemos analizado el fundamento constitucional y legal in estricto sensu de la ley 18.314 (LCT). Sin embargo hay otra serie de cuerpos legales que se encuentran en relación con los delitos de terrorismo descritos en la LCT, ya por remisión normativa expresa de ésta a aquellos, ya por presentar eventuales problemas de concurso de leyes. La mayoría de estos cuerpos legales fueron modificados también por la ley 19.047, en el entendido de que sólo una reforma global en materia de delitos políticos, terroristas y militares podía conducir a un respeto pleno de las garantías constitucionales adecuándose a la reforma constitucional de 1988 ya comentada. Nos referiremos dentro de cada uno de ellos, no a todos los delitos enumerados en la LCT, ya que esto será materia in extenso de nuestro último capítulo, sino solo a aquellos tipos penales que merecen ser objeto de atención particular para facilitar el examen dogmático.

4.1. EL CÓDIGO PENAL

En su carácter de ley penal general, el CP tipifica muchos delitos comunes a los que, si se agrega el elemento subjetivo previsto por el art. 1º de la ley 18.314, se transforman en delitos de terrorismo. Esto es, se convierten en delitos especiales tipificados y sancionados por una ley penal especial. Nos referiremos tan solo a la modificación efectuada al delito de asociación ilícita y a los delitos contra la seguridad del Estado.

a) Asociación ilícita: Tipificada en los artículos 292 y siguientes del CP, la formación de una asociación ilícita es considerada un delito contra el orden y seguridad públicos, de graves consecuencias. La ley 19.047 de 14 de Febrero de 1991 consideró pertinente derogar el inciso 2º del artículo 292 del CP, en el que se contemplaba una presunción de asociación ilícita. El antiguo artículo 292 del CP señalaba:

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Se presumirá que la asociación ha tenido alguno de los objetos que se indican en el inciso anterior, cuando uno o más de sus miembros ha ejecutado algún acto que constituya un atentado contra el orden social, las buenas costumbres las personas o propiedades”.

Dicha presunción fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina toda vez que no parecía adecuarse a los principios básicos de derecho penal el hecho de que a los organizadores de una asociación ilícita se les hiciera responsables de haber organizado tal asociación por el mero hecho de que alguno de sus integrantes hubiese realizado alguna conducta atentatoria contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o propiedades¹³⁴. Fue calificada por el Mensaje Presidencial como “totalmente injusta”¹³⁵, y por ello, eliminada por el art. 4º N°6 de la ley 19.047. Con ello se derogaba también tácitamente la disposición relativa a ella contemplada en el DL 2.621 de 1979. Compartimos la opinión de quienes sostienen los

¹³³Entre estos procesos se cuenta el “Caso del atentado”, Rol 920-92 de la CA de San Miguel, relativo al *atentado presidencial* cometido en 1986, *toma y ataque a la localidad de los Queñes* ocurrido en 1989, y atentado en contra de la vida de carabineros cometido en 1989; el proceso Rol 151-91 de la CA de San Miguel, relativo a atentado a un funcionario policial causando la muerte, entre otros. No ocurrió lo mismo con el llamado “Caso Carreño”, Rol 1742-87, Corte Marcial, relativo al secuestro del Coronel de Ejército, C. Carreño perpetrado en 1987, ni con el “Caso Panadería Lautaro”, Rol 806-86, Corte Marcial relativo al asalto perpetrado a la Panadería Lautaro en 1986, a la intervención de la Vicaría de la Solidaridad en conjunto con la clínica Chiloé por auxiliar a uno de los fugitivos, y la muerte del dirigente poblacional Simón Yévenes. De ambos procesos continuó conociendo la Justicia Militar.

¹³⁴En este sentido, LABATUT GLENA; Gustavo; *Derecho Penal*, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, 1979, p.11.

¹³⁵Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990, en *Historia de la ley 19.047*, cit., p.5

beneficios que para el derecho penal mínimo trajo esta reforma. Parafraseando a EYZAGUIRRE, se eliminan de la legislación nacional “normas que consagran presunciones del todo injustificadas y atentatorias contra los principios más básicos del derecho penal moderno”¹³⁶.

De esta forma, de acuerdo al art. 292 vigente del CP la asociación ilícita importa un delito por el sólo hecho de su organización, y su carácter ilícito es consecuencia de la persecución de determinados objetivos: atentar contra el orden social, las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades. Como delito de terrorismo requiere además la presencia de determinados elementos subjetivos para satisfacer el tipo penal (art. 2 n°5 en relación art. 1 LCT).

b) Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado: Una de las premisas fundamentales de nuestra investigación es la consideración de que la finalidad en los delitos de terrorismo no es otra que de carácter político. Por esta razón se hace necesario diferenciarlos de los que son los delitos políticos por excelencia en la ley penal chilena, y que se encuentran tipificados en el Título II del Libro II del Código Penal (arts. 121 a 136), disposiciones que deben ser complementadas con la ley 12.927 (LSE).

Los arts. 121 a 123 sancionan el *delito de rebelión*: los que se alzaren a mano armada contra el gobierno legalmente constituido con el objeto de promover la guerra civil, de cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno, de privar de sus funciones o de impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República, o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales superiores de justicia (art. 121 CP). La relación con la LCT estriba en que por el art. 2 n°3 LCT se castiga el atentado contra la vida o integridad corporal del Jefe de Estado, cuyo carácter terrorista surge como consecuencia de la presencia de elementos subjetivos finalísticos (art. 1° LCT): causar temor a la población o parte de ella de ser víctimas de delitos de la misma especie, o arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El art. 126 sanciona la *sedición*, figura también relacionada con el artículo 2 n° 3 y 5 de la ley 18.314, indicando que cometen este delito todos aquellos que se alzaren públicamente con el propósito de impedir la promulgación o la ejecución de las leyes, la libre celebración de una elección popular, coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales, de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o de ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública.

Sutil es la diferencia que el legislador impone, especialmente en el caso de delito de rebelión: supongamos un alzamiento en contra del gobierno constituido por parte de una asociación ilícita para la instauración de un nuevo orden, y añadamos además que en ese alzamiento se da muerte al Jefe de Estado. ¿Es un delito político?, ¿es un delito de terrorismo?. Dejamos planteada la interrogante a cuya respuesta intentaremos arribar al tratar el concepto de terrorismo. Por ahora baste ejemplificar con el atentado que sufrió el general Pinochet en 1986. Bajo su mandato los procesados fueron acusados de cometer delitos de terrorismo. Una vez llegado el proceso de la transición democrática el proceso fue objeto de revisión por parte de los tribunales y se determinó que en todo caso su calificación no era la de terroristas. He aquí cuando en el derecho penal se ve imbricado de la filosofía política. El punto central radica en las bases de legitimación del sistema político gobernante y que dicta las leyes.

4.2.- *LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO N° 12.927 (Decreto Supremo n°890 de 26 de agosto de 1975)*

¹³⁶EYZAGUIRRE, C. 1991, p.79.

En estrecha conexión con el art. 2º numerales 1 y 3 de la ley 18.314 se encuentra el artículo 5º a) de la ley 12.927, que castiga los atentados contra la vida o integridad física de las personas con el objeto de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, aumentándose la sanción en caso de resultar muerte o lesiones graves. Si el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Si resultare muerte o lesiones graves, la pena será presidio mayor en su grado máximo a muerte. La misma pena se aplica si la víctima es el cónyuge, ascendiente o descendiente, colateral hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive, de las personas precedentemente señaladas¹³⁷.

En su disposición original el tipo penal hacía referencia a dos elementos subjetivos, exigiendo que los delitos contra las personas fueren cometidas con alguna de las siguientes finalidades: “alterar el orden institucional o la seguridad pública”; o “intimidar a la población”.

Por el art. 2a) de la ley 18.222 de 28 de Mayo de 1983 se sustituyó la palabra “institucional” por “constitucional”, dejando en lo demás igual la norma. Era evidente que la legislación, tras la promulgación de la Constitución de 1980 debía adecuarse a la realidad política y jurídica, y de ahí que ya no se hiciera referencia al ordenamiento jurídico en cuanto fruto de una institucionalidad impuesta, sino que adecuado a la “constitucionalidad”.

La reforma introducida por la Ley 19.047 de 1991 alcanzó también la LSE en el entendido que se hacía necesario “restablecer una penalidad racional respecto de delitos que atentan contra la integridad del territorio, del gobierno legalmente constituido y que también debe garantizar los derechos fundamentales de las personas”. Ello porque a juicio del Ejecutivo y el Legislativo, tanto en la LSE como en la LCA “la agravación de las penas debe operar sólo en caso de guerra externa”¹³⁸. Coherente con ello, el art. 1º 2 de la ley 19.047 rebajó la pena impuesta para dicho delito. Sin embargo durante la discusión parlamentaria se suscitó un debate en torno a la finalidad de “intimidar a la población”, y en forma complementaria a la reducción de penas se suprimió dicha finalidad “por tratarse de una característica propia de los delitos terroristas”¹³⁹. Así, tras la reforma, el art. 5 a) sanciona como delito contra la seguridad interior del Estado, el atentado contra la vida o integridad física de las personas cuya finalidad fuere el alterar el orden constitucional o la seguridad pública. Esta eliminación evita el concurso de leyes penales que pudiere producirse en relación a los artículos 1º nº 1 y 2º de la ley 18.314, sobre conductas terroristas, según veremos en el análisis de los tipos penales.

Pero es sin duda, el artículo 5 b) de la LSE el que mayores problemas penales acarrea por su verdadera “identificación” con el tipo contemplado en el artículo 2º nº 1 en relación con el artículo 1º nº2 de la LCT. En ambos se tipifican como delito especial, ya contra la seguridad interior, ya de terrorismo, a la figura del secuestro. El art. 5 b) de la LSE había sido modificado por la ley 18.222, y en ella se contemplaban como finalidades del secuestro para que pudiera ser calificado como delito contra la seguridad interior del estado, alguna de las siguientes: alterar el orden constitucional o la seguridad pública; imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad; o intimidar a la población. Coherente con la reforma al art. 5 a), la ley 19.047 de 1991, se preocupó de eliminar de su texto la finalidad de “intimidar a la población”, por ser una característica propia de los delitos de terrorismo¹⁴⁰, a objeto de evitar problemas concursales con el art. 2º nº1 LCT. Sin embargo nada dijo en relación a la finalidad de “imponer exigencias o

¹³⁷ Infra Cap. VII, II, 1.A, b) *Atentado contra el jefe de Estado u otras autoridades...*

¹³⁸ Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 y Discusión del Proyecto de Ley, en *Historia de la Ley 19.047*, cit., p. 2 y 119.

¹³⁹ Informe de la CCLJ sobre el proyecto de ley que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas, de 27 junio de 1990, p. 1249. En *Historia de la ley 19.047*, cit., p.57.

¹⁴⁰ Idem, p. 1250 y p.58.

arrancar decisiones a la autoridad”¹⁴¹, con lo que subsiste el problema concursal, cuestión que intentaremos resolver en su oportunidad.

En el ámbito del *derecho penal premial*, encontramos en la Ley 12.927 una figura que contempla el arrepentimiento como motivo de atenuación de la pena, análoga a la contenida en el art. 4° de la ley 18.314. El art. 23 a) de la Ley 12.927 (LSE) contemplaba el arrepentimiento como causal de impunidad, esto es, quedaba exento de pena por delitos contra la seguridad del Estado, aquel que revelare al tribunal antecedentes no conocidos que fueren útiles a la comprobación del delito o a la determinación de los delincuentes. La misma regla se aplicaba en el caso de que se denunciare a la autoridad el plan y circunstancias de toda nueva conspiración para cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 5 a) b) y c); 6° e) y g), siempre que la denuncia llevare a la comprobación del hecho, a la individualización de los culpables y a la frustración de sus propósitos. La ley 19.047 de 1991, tomando como ejemplo la figura contenida en la LCT¹⁴², modificó la norma eliminando la exención de pena y estableciendo en cambio una rebaja de uno a dos grados de la misma.

4.3. LEY DE CONTROL DE ARMAS N° 17.798 (13 abril de 1978)¹⁴³.

Los arts. 8° a 17° contemplan ciertos tipos penales que de uno u otra manera se relacionan con la LCT. La figura más importante es sin duda, la contenida en el artículo 8°, que tipifica y sanciona la organización, pertenencia, financiamiento, dotación, instrucción, incitación, y la inducción a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con alguno de los elementos indicados en el artículo 3°; esto es, armas de mayor peligrosidad. (inciso 1°)

La ley 19.047 de 14 de Febrero de 1991, orientada a garantizar un proceso justo a las personas que se encontraran acusadas de cometer este delito, estimó pertinente agregar un nuevo inciso 2° a este artículo en el que se castiga con la misma pena pero disminuida en un grado, a los colaboradores, esto es, a los que a sabiendas ayudaren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con alguno de los elementos indicados en el art. 3°.

Continúa el precepto sancionando a los que cometieren los actos anteriormente mencionados, que fueren realizados con alguno de los elementos indicados en el artículo 2° (armas de menor peligrosidad), y no indicados en el artículo 3° (armas de mayor peligrosidad), cuando amenacen la seguridad de las personas, caso en el cual se aplica una pena algo menor (inciso 3°). La pena se aumenta en un grado si estos actos fueren cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad pública (inciso 4°). El inciso 5° establece una presunción respecto de los moradores y arrendatarios de sitios en los que se descubra un almacenamiento de armas, caso en el cual se les considera que forman parte de las organizaciones a que se refieren los incisos 1 y 2. En estos casos se presume también el concierto entre todos los culpables¹⁴⁴.

Cabe destacar que en el mensaje Presidencial que contiene el Proyecto de la ley 19.047 se propuso eliminar de este artículo los verbos “ayudaren, “incitaren o indujereren” toda vez que

¹⁴¹Dice el inciso 1° del art. 5 b): “Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, privaren de libertad a una persona, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”. El artículo establece además figuras agravadas que pueden llegar incluso a la pena de muerte cuando con motivo u ocasión del secuestro, se cometiere además homicidio, violación, o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 n°1 del Código Penal, en la persona del ofendido.

¹⁴²Ibidem; p. 1252, p.60.

¹⁴³La LCA y explosivos tiene un Reglamento Complementario (DS 50 de 9 de febrero de 1973), publicado rectificado en el Diario Oficial de 12 de marzo de 1973. Fue modificado primero por el DS 459 de 4 de julio de 1975, y luego por el DS N° 77 de 14 de agosto de 1982, siendo este último el vigente.

¹⁴⁴El inc. 5° del art.8° fue reemplazado como aparece en su texto, por el art. 3 n° 3, letras d) y e) de la ley 19.047.

por su amplitud atentan contra el principio de legalidad; y se estuvo por eliminar el antiguo inciso cuarto, ahora quinto, por establecer presunciones injustificadas relativas al concierto para cometer delitos, el que en todo caso debía probarse de acuerdo a las normas comunes¹⁴⁵. Lamentablemente esto no fue aprobado en la votación parlamentaria.

De haberse aprobado, seguramente se habría evitado un problema de interpretación en la calificación de los hechos y que se produce entre el art. 8° de la LCA, y el tipo contenido en el art. 4° de la LSE. Este último considera como delito contra la seguridad interior del Estado, la incitación, inducción, financiamiento, o ayuda a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes. Se trata pues de un concurso aparente de leyes penales cuya solución puede hallarse en la aplicación del principio de especialidad, debiendo primar la LSE de cumplirse con el elemento subjetivo: cometer el delito con el objeto de alzarse contra el gobierno constituido o provocar la guerra civil. Esta exigencia no aparece en el art. 8° de la LCA. Llama la atención la tipificación de verdaderas conductas de colaboración como delitos autónomos, y choca con el principio de proporcionalidad en las penas el hecho de que se asigne la misma sanción al que organiza y forma un grupo armado o pertenece a él, y al que solo colabora con su formación.

Más problemas ha ocasionado el concurso de leyes que se produce entre la LCT y la LCA. El artículo 2 n° 5 en relación con el artículo 1° de la ley 18.314; tipifican el delito de asociación ilícita terrorista. Sin duda los grupos de combate, las partidas militarmente organizadas y otras de esa clase a que se refiere el art. 8° de la LCA son asociaciones ilícitas. De ahí que el juzgador se haya visto continuamente ante la disyuntiva de procesar por una u otra figura. Y en no pocos casos se ha derivado en una grave infracción al principio del non bis in ídem.

Por último, cabe destacar que en materia de competencia, la ley 19.047 modificó el art. 18 de la LCA y reservó la intervención de los tribunales militares únicamente a aquellos casos en que el sujeto activo de los delitos fuere personal sujeto al fuero militar. Por tanto, queda entregado el conocimiento de estos delitos a los tribunales ordinarios cuando son cometidos por civiles o por éstos conjuntamente con militares.

5. Hemos concluido el análisis del marco constitucional y legal que conforma la legislación antiterrorista en Chile. Éste ha variado substancialmente tras el advenimiento de la transición democrática. Las *Leyes Cumplido* representaron un rol importante ante todo en la adecuación de la legislación al mandato del constituyente relativo al respeto a los derechos de las personas asegurados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales. Si bien la reforma tuvo un carácter global, modificándose diversos textos legales, y en su mayoría se observó un mejoramiento en la técnica legislativa, ella no resultó suficiente. La nueva tipificación de los delitos de terrorismo unidos a las modificaciones experimentadas por la ley común y la ley especial trajo consigo nuevos problemas en el campo del derecho penal sustantivo, que veremos en nuestro último capítulo. Corresponde ahora describir cuál ha sido el tratamiento jurídico que la legislación nacional española ha otorgado a los delitos de terrorismo.

II.2. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LOS DELITOS DE TERRORISMO. ASPECTOS PENALES Y PROCESALES.

1.- LA NORMATIVA ANTITERRORISTA HASTA LA DICTADURA FRANQUISTA.

Los antecedentes del tratamiento jurídico al terrorismo en España se remontan al siglo XIX vinculados a la lucha contra el bandolerismo y el anarquismo. La legislación estuvo impregnada de un criterio objetivista definiendo la conducta terrorista sobre la base de los medios empleados. De allí a la II República advino toda una profusión de leyes de similares características hasta 1934 con la Ley de 11 de octubre sobre delitos cometidos con explosivos y

¹⁴⁵Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990; en *Historia de la Ley 19.047*; cit., p. 5.

robos a mano armada. Esta ley por primera vez exige como requisito para la configuración del tipo un elemento subjetivo relativo a la finalidad terrorista, y sanciona a todo aquel que "utilizara sustancias explosivas o inflamables" con el propósito de "perturbar el orden público, atemorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social". Además restablece la pena de muerte que había sido abolida por el Código Penal de 1932¹⁴⁶.

Al término de la guerra civil (1936-1939) y con la dictadura del General Franco se produjo una criminalización de toda actividad de la disidencia política que no participara del nuevo régimen. Ahora más que antes el objeto central del reproche penal era la finalidad política perseguida que aparecía agravada por la utilización de determinados medios especialmente violentos. Al constituirse la finalidad perseguida por el autor en exigencia esencial para la configuración del hecho típico, la represión al terrorismo pasó a transformarse en el medio de control social más adecuado para la delincuencia política, desnaturalizándose su esencia y se advierte una notoria ambigüedad entre delitos de terrorismo y delitos políticos. Esto se debe a que "el motivo de la sanción penal es, sin duda, el uso de la violencia, pero también y en primer lugar los postulados políticos que constituyen la finalidad mediata perseguida". Se está en presencia de lo que esta misma autora denomina la "vis atractiva del delito de rebelión militar"¹⁴⁷.

La Ley de Responsabilidades políticas y la Ley sobre "Masonería y Comunismo", ambas de 1940 vinieron a concretar la represión ideológica hacia la disidencia política. Tras el término de la Segunda Guerra Mundial el régimen franquista se vio ante la necesidad de dotarse de un marco jurídico indispensable para concretar su perpetuación e intentar su legitimación ante la comunidad internacional. El Código Penal de 1944 se constituye así como el primer CP español que acoge el término "terrorismo" agrupando bajo el mismo ciertas conductas cuya tipificación provenía de la LSE de 1941, ley que fue incorporada al texto. El concepto de terrorismo que ofrece la nueva normativa subsistirá, como veremos, hasta 1978, con algunas modificaciones.

Para este concepto emplea nuevamente un criterio mixto combinando la violencia empleada (medios) y finalidad política para la delimitación del hecho punible¹⁴⁸. La finalidad es "atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público". El bien jurídico protegido por tanto, aparece difuminado entre la seguridad del Estado y el Orden Público. A nuestro juicio con la expresión "alterar la seguridad del Estado" se apunta a la idea de "estabilidad del régimen de gobierno", y con la expresión "alterar el orden público" parece referirse a la tranquilidad de la población, clases o sectores de la misma. Sobre estos conceptos volveremos al tratar el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

Posteriormente se integra al ordenamiento jurídico el DL de 18 de abril de 1947 que reguló los "delitos de terrorismo y bandidaje, que constituyen las más graves especies delictivas de toda situación de post guerra" cuyo conocimiento y juzgamiento se otorga a la justicia militar. La acción del bandolerismo y posteriormente del anarquismo se enfrentó a una legislación inflexible: en 1958 se dicta la Ley sobre extradición de 26 de diciembre, y alcanza su punto máximo con el Decreto Ley 1974/1960, sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo, que reguló de manera unitaria tipos penales múltiples, y configuró el terrorismo como un delito de peligro abstracto y abierto que llegaba a sancionar con la pena de muerte aún cuando no se produjera el resultado (las explosiones o efectos pretendidos)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Para un análisis detallado véase por todos LAMARCA, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 97- 124.

¹⁴⁷ LAMARCA, C. 1985, pp. 126-127 y ss.

¹⁴⁸ Sobre el análisis de estos tipos penales LAMARCA, C. 1985, pp. 132-138.

¹⁴⁹ MESTRE DELGADO, Esteban. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, p. 70.

Este último DL coincide con el aumento de la violencia por parte de algunos grupos antifranquistas y con el nacimiento reciente del grupo *Enbata*, los orígenes de ETA que recién inicia su actividad en 1961. Reparando en la notable pérdida de legitimidad del régimen y ante la creciente actividad política disidente el legislador en este DL va más allá de la represión al terrorismo y el bandidaje dirigiéndose hacia la delincuencia política. A partir de 1963 se dictan una serie de normas que vinieron a atenuar los duros efectos de impuestos por el DL de 1960¹⁵⁰, coincidiendo con el atentado de ETA a Melitón Manzanas, se dicta el DL 9/1968 que restableció el antiguo DL de 1960. La notoria indeterminación y amplitud de este Decreto Ley llevó a la doctrina a calificarlo de “verdadera aberración jurídica”¹⁵¹.

A partir de 1971 la preocupación cardinal del legislador comienza a centrarse en la represión de determinadas asociaciones (ETA, MIL, posteriormente GRAPO, etc.). LAMARCA entiende que esto se debe a que el régimen toma conciencia de que el terrorismo adopta las características de organización dotada de estructura y medios y que cuenta con una estrategia declarándose partidario de la lucha política violenta¹⁵². En nuestra opinión, el problema central no era tanto la manifestación organizada de la violencia independentista o izquierdista que ahora se presentaba, como la necesidad en la que se ve el régimen de perpetuarse, legitimarse y justificar la represión a la disidencia política ante la Comunidad Internacional, que ya se había manifestado en contra del franquismo a propósito del Juicio de Burgos. Precisamente la mejor manera de reprimir la disidencia política, esto es, la represión ideológica, es mediante el establecimiento de los tipos de asociación ilícita.

Se dictan las Leyes 42/71 y 44/71, de 15 de Noviembre que modifican el CJM y el CP, y derogan el DL de 1960. Por la primera se incorpora al CJM un Capítulo relativo a los delitos de terrorismo, y la segunda modifica el CP revisando los tipos penales de terrorismo contenidos en él, y deroga el DL de 1960. La finalidad exigida para la configuración de los tipos penales comunes de terrorismo se amplía, y así al “atentar contra la seguridad del Estado o el orden público” se agrega el atentar contra “la integridad de sus territorios” y “la unidad nacional”, es decir, fines separatistas y autonómicos y federalistas, y “el orden institucional” que equivale a orden público¹⁵³. Se reserva el conocimiento y juzgamiento de estos delitos a la justicia militar cuando las acciones provinieren de grupos y organizaciones excluyendo de esta jurisdicción a las que se efectuaren “de modo episódico e individual”¹⁵⁴, y desaparece la pena de muerte como pena única siendo sustituida por la de reclusión mayor a muerte¹⁵⁵. Los delitos de terrorismo pasan a integrarse dentro de tres supuestos centrales: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 y la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. Siguiendo este criterio atenuador de los duros efectos de la legislación antiterrorista, el DL de 10 de noviembre de 1966 declaró extinguidas las responsabilidades políticas y concedió el indulto total a las penas impuestas tras el término de la guerra civil y que faltaren por cumplir (LAMARCA, C. 1985, p.146).

¹⁵¹MESTRE 1987, p.70. Bajo la vigencia de esta norma tuvo lugar el *Juicio de Burgos* condenándose a muerte a seis de los procesados, pena que posteriormente les fue conmutada por la inferior en grado. Esta sentencia define a ETA como una “organización ilegal y clandestina que pretende trastornar el orden público interior, desprestigiar a la Nación Española y sus Instituciones históricas fundamentales, destruir violentamente la organización del Estado y desmembrar una parte del territorio nacional a través de acciones subversivas de diversos matices, el terrorismo, la lucha armada y la revolución social”. LAMARCA, C. 1985, p. 147

¹⁵²LAMARCA, C. 1985, p. 147

¹⁵³A juicio de algunos autores esto significó la inclusión de una “condición subjetiva de tipicidad” que permite clasificar a los delitos de terrorismo dentro de los delicta propia, e impide hablar de delitos pluripersonales, ya que la acción puede realizarse individualmente aún cuando el sujeto se halle al servicio de una organización. Así LAMARCA, C. 1985, p.150, GÓMEZ CALERO, J.; “*Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar*”, en *RGLJ*, abril de 1972, núm. 4., 1972, p. 458. En contra GUTIÉRREZ LANZA, G.; “*Notas sobre los delitos de terrorismo*”, en *REDM*, enero-junio, 1975, núm. 29, p.97 que estima que la inclusión de los delitos de terrorismo dentro de los *delicta propia* implica aceptar una concepción demasiado amplia de estos últimos.

¹⁵⁴RODRÍGUEZ DE VESA, J.M.; *DP. español PE*, 5ª ed., Madrid, 1973, p.787

¹⁵⁵MESTRE. 1987, p.71

¹⁵⁶RODRÍGUEZ DE VESA, J.M.; *DP. español PE*, 5ª ed., Madrid, 1973, p.792.

Bajo la vigencia de estos decretos leyes se advierte un creciente aumento de la violencia social y política, alcanzando su mas alto carácter político con el atentado a Carrero Blanco en 1973, símbolo del franquismo. La orientación dispensadora que venía adoptando la legislación antiterrorista desde 1963 pronto queda trunca con el DL 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, que agravó la penalidad cuando los delitos fueren cometidos contra autoridades, miembros del Ejército y otros funcionarios públicos, establece la pena de muerte como pena única en caso de producirse como resultado la muerte o mutilación de dichas personas o en caso de secuestro. Se crean nuevos tipos penales, como el de “favorecimiento a la actividad terrorista” y define el delito de “apología”¹⁵⁷.

En el aspecto procesal mantiene la doble competencia que venía desde 1971 en relación a la Justicia ordinaria y castrense, siendo esta última siempre competente en caso de que los delitos de terrorismo fueren cometidos en contra de la autoridad o sus agentes. Por otra parte, restringe más aún las garantías individuales (arts. 13 y 14 Dl 10/1975), especialmente la libertad personal y la inviolabilidad de domicilio, erigiéndose como antecedente directo del art 55.2 de la CE. Sobre la base de los criterios de rapidez y eficiencia en las investigaciones procesales determina la aplicación de procedimientos abreviado (de urgencia y sumarísimo) para el juzgamiento de los delitos de terrorismo¹⁵⁸. Dicha normativa fue criticada por no respetar los derechos elementales de la persona y los principios básicos de la dogmática procesal y penal, y de infringir los principios de constitucionalidad, legalidad, seguridad jurídica y retroactividad de la ley más favorable al reo¹⁵⁹.

Tras este decreto y producida la asunción al trono de Juan Carlos I, se dicta el DL de 25 de noviembre de 1975 por el cual se regula el “*derecho de gracia*” concediendo un indulto que excluyó expresamente a “las penas por delitos de terrorismo y conexos, por delitos de propaganda en sentido de terrorista y por los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidos en la legislación sobre terrorismo”¹⁶⁰. El período franquista se cierra con un proceso de reforma del Derecho Penal que comenzó en 1976, reforma que tiene lugar en un clima de preparación de la transición de un régimen político autoritario a otro democrático, y que tuvo por adaptar la legislación penal al cambio político. Las primeras leyes dictadas se orientaron a facilitar una organización legal de partidos políticos y la celebración de elecciones democráticas¹⁶¹.

En materia de legislación antiterrorista se dicta el **Decreto Ley 2/ 1976** que supuso una revisión del DL 10/75, a juicio de MESTRE “en el sentido de lograr una mayor racionalidad en la represión, asignando la competencia a la jurisdicción ordinaria, estableciendo mayores controles judiciales en el ámbito de la discrecionalidad gubernativa y limitando la exasperación de las penas”¹⁶². Sin embargo se advierte cautela en esta tendencia liberalizadora ya que se mantiene la figura de “favorecimiento de las actividades terroristas”, y se limita la competencia

¹⁵⁷ Sobre la base de este último se erigen la mayor parte de las críticas de la doctrina ya que llegaba incluso a sancionar a aquel que pretendiera “minimizar las responsabilidades de las conductas tipificadas en este Decreto Ley por medio de la crítica- directa o solapada- de las sanciones legales previenen o castigan”, lo que admitía una interpretación amplia que comprendiera inclusive a los juristas que desde la política criminal efectuaren críticas sindicando a la legislación como inadecuada o de excesivo rigor. Véase por todos LAMARCA, C. 1985, p.155 y BARBERO SANTOS, M.; *Política y Derecho Penal en España*, Ed. Túcar, Madrid, 1977, p.87.

¹⁵⁸BUENO ARÚS, F.; “*Aspectos Jurídicos del terrorismo*”, en *REPen.* núm 228-231, Madrid, 1980, p.28.

¹⁵⁹BERISTAIN, A.; “*La violencia como desafío en España y en el país Vasco, 1936-1977 (Constataciones de un penalista)*”, en *RDPúb.*, 1979, p.276; BARBERO SANTOS, M.; 1977, p.86.

¹⁶⁰Mas ampliamente LAMARCA, C. 1985, pp.156-157, nota 252.

¹⁶¹ Por referéndum nacional de 15 de diciembre de 1976, el pueblo español aprobó la Ley de 4 de enero de 1977 para la reforma política, que fue el instrumento legal que posibilitó la transición del régimen franquista a la actual Monarquía Constitucional. Las primeras elecciones democráticas, posibilitadas por dicha Ley tuvieron lugar el 15 de Junio de 1977.

¹⁶²MESTRE 1987, p.73

de la Justicia Militar circunscribiéndola para aquellos actos que hubieren sido ejecutados por “grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar” y que estos hechos hubiesen tenido el propósito de “atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público”, lo que en realidad no tenía mucho sentido ya que, los grupos terroristas por regla general se estructuran de manera militar o paramilitar. Por otra parte la finalidad de atacar el orden institucional en el sentido de ataque contra la seguridad del Estado ya se encontraba prevista en el CP y en el CJM, la de “causar alarma” resultaba inherente a la actividad terrorista, y el “ataque al orden público” demostraba que la intención del legislador fue atribuir a la justicia militar la competencia de los delitos de terrorismo atendiendo a la gravedad del hecho¹⁶³.

2.- LA NORMATIVA ANTITERRORISTA EN EL GOBIERNO DEMOCRÁTICO.

Al iniciarse la transición democrática la tendencia la despolitización de los delitos de terrorismo se acentúa naciendo una legislación destinada a reprimir a las "bandas armadas", esto es, los delitos de terrorismo se transforman en delitos comunes. Esta despolitización se combina con una exacerbación de medidas procesales y suspensión de garantías.

2.a. La incorporación de los delitos de terrorismo a la legislación penal común y creación de la Audiencia Nacional.

La cautela político criminal en un tratamiento más benigno a los delitos de intencionalidad política se venía advirtiendo en el DL 2/76, pero también en la amnistía decretada por RD de 30 de Julio de 1976, que siguiendo los lineamientos del indulto concedido a fines de 1975, tampoco comprende a los delitos de terrorismo toda vez que “se excluyen los delitos que hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad física de las personas... aunque se concedía para los delitos de intencionalidad política y de opinión”¹⁶⁴.

Por tanto, en nuestra opinión, no puede afirmarse que existiera efectivamente a la llegada del proceso democrático un tratamiento "unitario" más benigno del terrorismo. La violencia política, especialmente en el País Vasco había cobrado fuerza y las elecciones de 1977 coinciden con una legislación en la que el terrorismo se encontraba doblemente tipificado: en la legislación común y militar. De todas maneras el DL 2/76 había sentado un precedente al menos en materia procesal al limitar la competencia de los Tribunales Militares para el conocimiento y fallo de los delitos de terrorismo. Esta idea se concreta con una reforma judicial que priva a los tribunales militares del conocimiento de estos delitos, y les atribuye teóricamente a la Justicia ordinaria. Los Reales Decretos núms. 1,2 y 3 de 4 de enero de 1977 vinieron a suprimir el Tribunal de Orden Público conocido por su función represora durante el régimen franquista y crearon *la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción*. En opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, esto marca el inicio de un “proceso de excepcionalidad represiva jurídico democrática en materia de orden público”¹⁶⁵.

¹⁶³LAMARCA, C. 1985, pp.157- 158.

¹⁶⁴LAMARCA, C. 1985, pp.156 -157, nota.152.

¹⁶⁵ El pretendido apoliticismo de los antes Decretos Leyes – como revela GÓMEZ BENÍTEZ– es una simple cuestión de paginación en un mismo BOE, ya que el art. 2 del citado DL traslada al anexo del CP común tres tipos penales del CJM relativos a “conductas terroristas” con la consiguiente agravación de penas. GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, pp.54-55. Para Carmen LAMARCA: “en la línea de unidad jurisdiccional propia del Estado de Derecho... sólo fue (el DL 3/1977) capaz de atenuar en parte la prolija y confusa normativa existente en esta materia... Al mantener como anexos al Código Penal los preceptos de la ley militar, únicamente se produce un cambio en la competencia jurisdiccional...que, sin embargo, propiciará una grave distorsión, ya que en numerosos supuestos la convivencia de estas normas impide la precisa delimitación de los supuestos contemplados por cada una de ellas. Por otra parte, seguirá existiendo la legislación especial... tampoco desaparecen las medidas de suspensión de los derechos fundamentales...” LAMARCA, C. 1985, p.161.

Así, por disposición del **DL 3/77** la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción pasan a ser competentes para conocer de determinados delitos y entre ellos de los delitos de terrorismo. La creación de esta jurisdicción especial dentro de la común para el juzgamiento de estos delitos ha originado una activa polémica entre los distintos sectores tanto políticos como académicos. Para algunos autores, el viejo Tribunal de Orden Público del régimen franquista se había transformado en la Audiencia Nacional puesto que se trata de una auténtica jurisdicción especial en función de determinadas materias¹⁶⁶. Para otros no se trata de una jurisdicción especial puesto que jurídicamente es independiente del Poder Ejecutivo, el hecho de que extender su competencia hacia otros sectores del ordenamiento jurídico tiene ninguna relación con las libertades fundamentales¹⁶⁷ y por último porque aparece integrado formalmente en la jurisdicción ordinaria encontrando amparo en la LOPJ en virtud del art. 11 de la LO 9/1984¹⁶⁸. Otros autores, aunque críticos de esta jurisdicción, sin pronunciarse sobre la calificación jurídico procesal que merezca la Audiencia Nacional de acuerdo a unos u otros intereses reconocen su formal constitucionalidad¹⁶⁹.

El carácter marcadamente excepcional de esta jurisdicción con competencia privativa para cierta clase de delitos¹⁷⁰ mereció una crítica doctrinaria mas contundente: su contradicción con el derecho al juez natural y al principio de inmediación, derechos ambos consagrados constitucionalmente en los arts. 14 (derecho al juez ordinario) y 24.2 (igualdad ante la ley)¹⁷¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en sentencia 199/1987 de 16 de diciembre declaró la constitucionalidad de esta legislación indicando que no vulneraba el derecho constitucional al juez ordinario, ni afectaba la efectividad de la protección judicial a los detenidos¹⁷².

En la técnica jurídica del DL 3/77 destaca el que por primera vez se suprime del ordenamiento penal español el vocablo “terrorismo” como delito y se le sustituye en las descripciones típicas por una serie de conductas o delitos comunes (asesinato, lesiones graves, etc.) cuya unificación se produce sobre la base del hecho de la pertenencia de su autor a un “grupo organizado y armado”. Con ello “se ensaya la formulación... de la categoría de delincuente común con o sin motivación política subjetiva, en el que el elemento subjetivo se comporta como un simple dato criminológico absolutamente intrascendente”¹⁷³.

¹⁶⁶ En esta postura, GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, p. 54., VERVAELE, J. 1985, p.102., OLARIETA, J.M.; “*La Audiencia Nacional diez años después*”, en *Rev. Ilustre Colegio de abogados del Señorío de Vizcaya*, N°33, 1988, pp. 65-79. Otras críticas a esta jurisdicción, en PEREZ MARIÑO, V.; “*Antecedentes y papel de la Audiencia Nacional*”, en *JD*, Madrid, 1982, p.537; TERRADILLOS, J. 1988, pp.128-129.

¹⁶⁷GARCÍA VALDES, Carlos. “*La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas*”, en *ADPCP*, 1984, p.299

¹⁶⁸ En este último sentido se pronuncia también GARCÍA VALDÉS para quien la Audiencia Nacional constituye un tribunal “independiente y especializado” distinto del Tribunal de Orden Público. En similar orientación MESTRE DELGADO, E. 1987, p.148; ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y otros. *Derecho Jurisdiccional. El proceso penal*. Edit. Bosch, 1996, pp.45-47, y GIMENO SENDRA, V.; “*Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*”, en *DJ*, 37/40, T.II, 1983, p.537, aunque este último reconocr la función “represora y negadora de las libertades públicas” de la Audiencia Nacional.

¹⁶⁹TERRADILLOS, J. 1988, p. 129, SERRANO PIEDECASAS, 1988, pp.212-213 y LAMARCA PÉREZ, Carmen; “*Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*”, en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 7, abril de 1993 c), p.12.

¹⁷⁰Entre estos delitos, además de los de terrorismo, figuran en el art. 4 del DL 1/77: tráfico ilícito de drogas, prostitución y corrupción de menores, escándalo público mediante publicaciones, películas u objetos pornográficos, siempre que fueren cometidos por bandas o grupos organizados de efectividad supra-provincial. Por RD Ley 19/1979 de 23 de noviembre esta competencia se amplía a los descatos, insultos, injurias, calumnias y amenazas a las autoridades, cuando se cometieren con publicidad.

¹⁷¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés; “*Democracia Autoritaria y Administración de Justicia en España*”, en PÉREZ MARIÑO (comp.) *Justicia y Delito*, Madrid, 1982, p.20; MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.96-97; LAMARCA; 1989, p.980; 1993 c), pp.12-13; SERRANO PIEDECASAS; 1988, p.213

¹⁷² El Parlamento Vasco presentó recurso de inconstitucionalidad del art. 11 considerando que dicha norma era contraria a los arts. 151.1, segundo y tercer párrafos de la CE, y los arts. 14.1 b) y 34 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Mas ampliamente sobre las declaraciones de la STC. TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, pp.129-131.

¹⁷³GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, p. 55

Tras los DL mencionados y durante 1977 se produce un estancamiento legislativo, no obstante, el proceso de adaptación al cambio político y también a las concepciones ético sociales continúa a nivel político y parlamentario dando origen a los *Pactos de la Moncloa*. Con ellos se inicia la despenalización del terrorismo: “la tipificación del terrorismo figurará en el Código Penal común, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales y se operará con los criterios generales aceptados en los Convenios Internacionales”¹⁷⁴. La definición de terrorismo atiende más la naturaleza del hecho (delito común) que a la finalidad (política) perseguida por sus autores, en concordancia con la tendencia a considerar el terrorismo como un delito común a efectos de la extradición. Por ello es que, los Pactos de La Moncloa, parecen haber tenido su origen en un interés de colaboración para con los países favorables a la concesión de asilos políticos, o también en la necesidad del proceso democrático de romper con la legislación anterior existente y de reafirmar el sistema de libertades públicas.

La consideración del terrorismo como delito común queda de manifiesto en la *Ley de 15 de Octubre de 1977* por la que se dicta una *amnistía general* que incluye a los delitos de terrorismo al referirse a “todos aquellos delitos de intencionalidad política realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976, así como a los delitos y faltas conexos a los mismos, exigiéndose para los delitos cometidos entre el 15 de diciembre de 1976 al 15 de julio de 1977 la apreciación del móvil del restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España, *excluyendo* los delitos “que se hubieren realizado con violencia grave contra las personas”. Así se le califica sobre la base de la gravedad del hecho, el carácter asociativo o los medios empleados antes que la finalidad política.

Con este panorama se enfrenta 1978 que responde mediante el establecimiento de medidas especiales propias de la represión a la delincuencia común, perdiéndose toda referencia al delito de terrorismo. Nace el DL 21/78 por el que se establece un conjunto de medidas en relación a los delitos cometidos por “grupos o bandas armadas”¹⁷⁵, el que a su vez fue derogado por la *Ley 56/78 de 4 de diciembre*¹⁷⁶, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados. Ella prácticamente reprodujo el DL 21/78, estableciendo medidas policiales y procesales tendentes a aumentar la eficacia en la lucha contra el terrorismo. Las diferencias con su antecesor son: a) amplía el número de conductas delictivas a efectos de aplicación de la Ley, lo que se daba toda vez que al referirse expresamente a “los delitos cometidos por grupos o bandas armadas” se estaba posibilitando la sanción para aquellos que se relacionaran de una u otra forma con dichas organizaciones¹⁷⁷; b) el plazo de detención en manos de la autoridad administrativa se limita a diez días, con conocimiento del juez; c) se

¹⁷⁴ *Pactos de la Moncloa; Cap. VIII “Orden Público”, art.2, párrafo 2º.*

¹⁷⁵ Así se crea una unidad especial de la policía (G.E.O) para su persecución, se suspenden determinadas garantías fundamentales: la detención podía prolongarse durante “el tiempo necesario para los fines investigadores”, salvo resolución judicial en contrario; se facultó a la autoridad administrativa (Ministerio del Interior) para ordenar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas de las personas relacionadas con los delitos mencionados en el DL. Por otra parte, los delitos cometidos por estas organizaciones eran considerados delitos flagrantes y se prohibió la concesión de indultos particulares o generales, así como la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo. En el ámbito procesal, la competencia para el conocimiento y juzgamiento de los mismos se mantiene en la Audiencia Nacional y Juzgados de Instrucción, pero restringiéndola a aquellos que hubiesen sido cometidos por grupos o bandas armadas, cualquiera que fuere el móvil, en concordancia con el espíritu del legislador.

¹⁷⁶ Se trataba de una ley temporal- al igual que el DL 21/78 y los anteriores- cuya duración era de un año, pero su vigencia fue prorrogada por el Real Decreto Ley de 23 de noviembre de 1979 para ser sustituida finalmente por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los presupuestos previstos en el art. 55.2 de la CE.

¹⁷⁷ LAMARCA en el mismo sentido indica que se trataba de incorporar el delito de asociación ilícita “aún cuando la persona afectada no fuese sospechosa de haber intervenido en un concreto acto terrorista”. Por otra parte, manifiesta la autora que ninguno de los delitos enumerados por la Ley pueden ser considerados terroristas dada la existencia de una tipificación expresa de los mismos en el Código Penal en los arts. 260 y ss. (LAMARCA, C. 1985, p. 170). En contra, BAEZA AVALLONE que estima que los delitos enumerados por la Ley sí deben ser considerados terroristas, pero únicamente a los efectos prevenidos en ella, porque a su juicio la organización, o el hecho de cometerse el delito por una organización armada es lo que le otorga el carácter terrorista. BAEZA AVALLONE; V. “*Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/78 y 82/78*”, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, p.39.

posibilita la incomunicación del detenido o preso por el tiempo que se estimase necesario para completar las investigaciones del sumario, d) deroga la prohibición expresa de aplicar indultos, libertad condicional y redención de penas por el trabajo.

La elaboración de esta Ley coincide con la de la Constitución Política que se encontraba en discusión, por tanto, y como acierta LAMARCA, es altamente probable que los criterios que inspiraron la Ley 56/78 fueren incorporados directamente al texto constitucional, en cuyo art. 55.2 se consagró finalmente la posibilidad de suspender o limitar los derechos fundamentales mencionados: la libertad personal, ampliando el plazo de detención en manos de la autoridad administrativa, la inviolabilidad de domicilio y el secreto en las comunicaciones¹⁷⁸.

2.b.- Los delitos de terrorismo en el régimen constitucional: La suspensión de derechos fundamentales y la adecuación de la ley penal a la Carta Fundamental.

La necesidad de formalizar el nuevo régimen político democrático a través del establecimiento del Estado de Derecho llevó a la promulgación de la Constitución de 1978 que vino a regular el régimen de garantías individuales y su protección. Pero así también contempló la posibilidad de aplicar un derecho excepcional para aquellas situaciones en las que los medios normales del ordenamiento jurídico resultaba insuficiente. Estas medidas excepcionales, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger el Estado de derecho¹⁷⁹, van a incidir en el ejercicio de las libertades públicas y en las atribuciones que normalmente corresponden a los distintos poderes del Estado. La doctrina ha distinguido entre dos posibles sistemas de suspensión de derechos y libertades¹⁸⁰: la *suspensión general* de los mismos para los casos de declaración de estados de excepción constitucional¹⁸¹ y la *suspensión individual* de derechos en los casos relacionados con la actuación de bandas armadas y de elementos terroristas. A esta última nos referiremos en lo sucesivo.

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se produjo una normalización del proceso de despolitización del terrorismo, lo que no fue obstáculo para la aplicación de un tratamiento jurídico excepcional, que se traduce mayormente en una perturbación de la normativa procesal. Sin duda, como acertadamente señala LAMARCA, “la respuesta jurídico-penal al terrorismo difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, pues, en definitiva, el terrorismo se exterioriza a través de la comisión de delitos comunes...la originalidad de este tipo de legislación reside mas bien en ...promulgar unas reglas procesales específicas que deroguen el régimen ordinario de garantías”¹⁸².

La consagración de un régimen excepcional en materia procesal, tal y como analizábamos en el capítulo III, se concreta a través de un menoscabo a los derechos fundamentales que implica un resquebrajamiento de los principios del Estado de derecho, al abrir el camino hacia la permanencia de lo que en principio es una “excepción”. Por ello es que

¹⁷⁸ LAMARCA, C. 1985, p.170. BAEZA AVALLONE sostuvo la inconstitucionalidad de fondo de la ley 56/78 en cuanto establece la ampliación del plazo de detención, la observación en las comunicaciones por orden de la autoridad gubernativa, ya que se encontrarían en contradicción con los arts. 17.2 y 18. 2 y 3 de la CE. (BAEZA A.; 1979, pp.52-54). En contra LAMARCA quien opina que la suspensión de estos derechos se ampara en el art. 55.2 de la CE. (1985,p.173).

¹⁷⁹BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; "*Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales*", en *Rev. Sistema*, núm. 42, mayo de 1981, p.57.

¹⁸⁰Sobre esta distinción véase por todos LAMARCA, C. 1985, pp.359 y ss. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1981, pp.57-58.

¹⁸¹La suspensión general de derechos se contempla en el art. 55.1 de la CE en relación con los estados de excepción constitucional que contempla el art. 116 del texto constitucional: estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio. Para un análisis en profundidad: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, GARCÍA RIVAS, Nicolás. *La rebelión militar en Derecho Penal*, Eds. de la Universidad de Castilla La Mancha, 1990, LAMARCA, C. 1985 y 1999, obs.cits.

¹⁸²LAMARCA, C. 1993 c), p.11; 1989, p.979

no se limita solo a los casos de terrorismo, sino que puede llegar a extenderse – y con frecuencia- a todo tipo de delincuencia. La Constitución de 1978 rediseña el modelo seguido hasta su promulgación y hace permanente este derecho de emergencia a través del art. 55.2 constitucionalizando por primera vez en Europa la suspensión de derechos fundamentales para los casos de “terrorismo”¹⁸³.

2.b.1. La suspensión "individualizada" de derechos fundamentales en el texto constitucional: el art. 55.2 de la CE.

Se entiende por suspensión individualizada de derechos fundamentales "a las previsiones restrictivas de la libertad que contempla el art. 55.2" de la CE¹⁸⁴. Dicho precepto señala:

“Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

El instituto procesal in comento tuvo en sus orígenes una naturaleza similar a la de su análogo contemplado en la legislación alemana (Ley de Bonn), que pretendió consagrar la figura del "abuso de los derechos fundamentales". En ella la suspensión se erige como una verdadera "privación" de derechos acordada por la autoridad judicial, cuya causa es el abuso de tales derechos. Este modelo no fue finalmente el adoptado por el constituyente español, quizás como producto de la tensión de la guerra fría¹⁸⁵, quizás porque se alzaron voces alegando que "podía servir de percha constitucional a la caótica legislación procesal antiterrorista que venía produciéndose en los últimos años y que aún habría de producirse en el futuro"¹⁸⁶. Es en este sentido que la doctrina mayoritaria ha reconocido que, en comparación a lo que en principio pretendía el constituyente, el actual art. 55.2 parece adecuarse más al respeto de las garantías individuales, ya que no se trata de una eliminación de las mismas sino de su limitación¹⁸⁷, al menos formalmente.

Decimos "al menos formalmente" pues esta limitación de derechos que se plasma en el art. 55.2 de la CE sigue la tendencia a perpetuar una legislación excepcional en materia de terrorismo, en desmedro de las facultades de investigación judicial y en favor de una ampliación de la esfera de atribuciones de la autoridad gubernativa (policial) que venía observándose, lo que ha merecido numerosos reparos por parte de la doctrina en razón de su oposición a los principios básicos del Estado de derecho y de la ley penal. Las características fundamentales de este sistema son:

Primero, la “suspensión individualizada de derechos” opera respecto a “determinadas personas” y de forma “individual”. No obstante este “carácter individualizado” se desvirtúa desde que el art. 55.2 es potencialmente aplicable a todos los ciudadanos, con lo que la

¹⁸³ La doctrina es casi unánime en esta afirmación. Así LAMARCA indica: “España ha sido la primera nación europea que ha otorgado carta de naturaleza constitucional a un derecho de emergencia que propiamente ha dejado de serlo” (1985, p.359 y 1989, p.979). En la misma opinión LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, p.81.

¹⁸⁴PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 262.

¹⁸⁵En esta opinión, LAMARCA, C. 1985, pp.360-361

¹⁸⁶PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 263.

¹⁸⁷Véase por todos, LAMARCA; 1985, pp.362 y ss.

suspensión adquiere un "carácter general"¹⁸⁸. De allí que su establecimiento suponga un riesgo en materia de extensión de su ámbito de aplicación hacia otras formas de delincuencia de manera arbitraria. Cualquiera puede ser sospechoso y por ende caer bajo su ámbito de aplicación, como ocurrió con el caso "Nani", un delincuente común a quien se detuvo bajo el amparo de la legislación antiterrorista en 1983 desapareciendo en las dependencias policiales. Cualquier actividad delictiva que "perturbe" la paz del Estado puede ser calificada como terrorista, como ocurrió con la represión que siguió a la promulgación del DL 3/79 sobre protección de la seguridad ciudadana en cuya virtud se sancionaron casos de robo y piquetes de huelgas¹⁸⁹.

Segundo, la suspensión de derechos no tiene un carácter transitorio como pretende el constituyente con el vocablo "suspensión", sino *permanente* en concordancia con el carácter de duración indefinida que había venido adquiriendo la legislación antiterrorista que decía plasmarse en "disposiciones transitorias". Este carácter indefinido se acentúa con la LO 4/88 de 25 de mayo que reformó la LECrim incorporando estos institutos procesales "de emergencia" a la legislación común. Y es permanente además porque aunque la Constitución "autoriza" la suspensión "individual", ésta se generaliza y se aplica a todos los casos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas.

Tercero, la suspensión mencionada no opera sobre el contenido mismo de los derechos sino que incide fundamentalmente sobre su garantía judicial, a diferencia de lo que ocurre en los estados de excepción constitucional. En efecto, en estos últimos, la suspensión transforma su naturaleza desde que puede ser aplicado a cualquier clase de delito relacionado con el motivo que justifica el estado de excepción, en cambio, el art. 55.2 solo es aplicable en el caso de la investigación de hechos ilícitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas¹⁹⁰. El ámbito de aplicación subjetivo del precepto se limita por tanto a las "bandas armadas o elementos terroristas", llevando a nivel constitucional lo que ha sido el "núcleo" del concepto de terrorismo de la legislación española¹⁹¹.

La redacción del art. 55.2 suscitó un problema de interpretación en torno a qué debía comprenderse bajo la denominación de "bandas armadas o elementos terroristas", a que se aludía para aumentar los poderes de la autoridad gubernativa encargada de la investigación de los hechos relacionados con ellos. Recogiendo el aporte que en tal sentido procuró la doctrina mayoritaria¹⁹² el Tribunal Constitucional con posterioridad hubo de referirse a ello en la sentencia 199/1987 de 16 de diciembre indicando que la banda armada o elemento terrorista debía cumplir con un requisito subjetivo: la motivación política dirigida a una alteración del orden constitucional, pues se trata de combatir "las formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho". Por último, el régimen de suspensión de garantías, abarca a tres derechos fundamentales específicos: la libertad personal (plazos de detención, art. 17.2 CE), la inviolabilidad de domicilio y el secreto en las comunicaciones (art. 18 2 y 3) cuya regulación ha

¹⁸⁸LAMARCA, C. 1985, p.362; 1989, p.979; 1993 b), p.7. En opinión similar, PRIETO SANCHÍS nos revela: "...Del mismo modo que durante las situaciones de excepcionalidad no se detiene a todos los ciudadanos, ni se intervienen sus comunicaciones, pero potencialmente todos ellos pueden ser objeto de tales medidas, así también al amparo del art. 55.2 solo algunos individuos sufrirán la suspensión de derechos, y en este sentido es "individual", pero todos ellos pueden padecerla, y en este aspecto es tan general como la anterior... ninguna suspensión es jurídicamente individualizada porque para su aplicación no ha de mediar una sentencia que "individualice" al sujeto infractor del orden público o al sujeto terrorista; la individualización se realiza siempre inevitablemente, pero por órganos incompetentes o mediante procedimientos inadecuados para decidir que un sujeto es alborotador o terrorista". PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 264.

¹⁸⁹En este sentido refiriéndose a la legislación antiterrorista en general, ZÚÑIGA; 1993, pp.16-17.

¹⁹⁰LAMARCA, C. 1985, p.363

¹⁹¹LAMARCA, C. 1985, p. 206, 1989, p.959

¹⁹²Sobre la interpretación del art. 55.2 CE antes de la STC 199/1987 véase BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE, 1981, pp.74-75.

sido objeto de constantes modificaciones tanto legislativas como jurisprudenciales que, según veremos culminan con la promulgación de la LO 4/1988 que lleva al ordenamiento común (LECrim) la autorización constitucional del art. 55.2 de la CE.

2.b.2. La adecuación de la ley penal a la Carta Fundamental.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, se produjo un ligero avance en la adecuación del derecho penal a los principios del Estado de Derecho¹⁹³. La primera ley dictada en materia de terrorismo fue la **Ley 82/78 de 28 de diciembre** cuya naturaleza fue sustantivo - penal. En la misma línea despolitizadora y destipificadora del terrorismo fue aún más radical y pretendió la eliminación de los delitos de terrorismo como delitos de *nomen iuris proprio*, derogando los arts. 260 a 262 del CP y el Anexo que había agregado el DL 3/77. Para llenar los vacíos legales que se produjeron como consecuencia de su desaparición creó nuevos tipos penales y modificó los existentes.

La idea que inspiró al legislador fue prescindir de los móviles que concurrieran en la realización del hecho ilícito. Así sustituyó la expresión “delitos de terrorismo” por la enumeración de determinados delitos comunes¹⁹⁴. Modificó la figura de encubrimiento contenida en el art. 17 nº3 suprimiendo la referencia al “terrorismo”, y el tipo penal del art. 264 del CP (depósito de armas y municiones o tenencia de explosivos) exigiendo como finalidad el “mero propósito delictivo” en contraposición a la anterior exigencia relativa a la finalidad de ejecutar actos de terrorismo. Se incluye a los delitos contra la libertad dentro del tipo de omisión del deber de impedir determinados delitos y exige que se pongan en conocimiento de la autoridad (arts. 1,2 y 3). Crea un tipo penal que sanciona la construcción o acondicionamiento de lugares destinados a efectuar detenciones ilegales (art. 489 bis), y otra figura que castiga a quienes con el propósito de “causar alarma” afirmaren falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que pudieren ocasionar el mismo efecto (art. 294 bis) afectando entonces los delitos de coacciones y amenazas elevando la pena en un grado cuando el propósito fuere “atemorizar a la población”¹⁹⁵.

En suma, en el aspecto sustantivo penal con esta ley los delitos de terrorismo desaparecen y pasan a formar parte de la delincuencia común, evitando toda referencia a la finalidad y al sujeto activo, que antes aludía a la organización. Ello parece contradecirse con la regulación que reciben en el aspecto procesal, en el que la suspensión de garantías fundamentales opera siempre que se trate de personas relacionadas o integradas a una organización armada, cuestión que venía desde 1977 cuando se atribuyó la competencia a la Audiencia Nacional y a los Juzgados de Instrucción.

Parecía ser que el legislador enfrentaba el proceso constitucional con esta tendencia despolitizadora y liberalizadora del terrorismo, aunque la propia Constitución podría poner en duda la firmeza de esta voluntad con dos normas: el art. 13.3 que indica que el terrorismo no es un delito político, al menos a efectos de la extradición¹⁹⁶, y el art. 55.2 en cuya virtud procede la suspensión de garantías fundamentales en relación con las investigaciones correspondientes “con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, de manera tal que “el delito común que era ahora el terrorismo” recibía un “tratamiento especial propio de delitos

¹⁹³ Ampliamente CEREZO MIR, J.; *DP.PG. I*, 3ª ed., 1985, pp.130 y ss.; BARREIRO, Jorge; *Comentarios a la legislación penal, II*, dirig. Por Cobo del Rosal y Bajo Fernández, Ed. Edersa, Madrid, 1983, pp.506 y ss.

¹⁹⁴ Específicamente “delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas y municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados”(art. 2 DL 82/78).

¹⁹⁵ Para un análisis en profundidad, véase LAMARCA, C. 1985, pp. 173- 176.

¹⁹⁶ En este sentido y como expone LAMARCA, la CE no reconoce la relevancia del terrorismo como concepto jurídico, sino como fenómeno sociológico. (LAMARCA, C. 1985, p. 176).

especiales". Empero, la promulgación de la CE de 1978 significó un vuelco en la organización del poder estableciendo sus atribuciones y límites, prescribiendo por ende un sistema distinto de producción de normas al tiempo que garantiza los derechos fundamentales de las personas, y se preocupa de crear un órgano, el Tribunal Constitucional encargado de velar por el respeto a los mismos y a la Constitución.

Estos atisbos de una represión penal más severa que daba la Constitución se manifestaron con mas fuerza en el DL 3/1979 sobre protección de la Seguridad Ciudadana¹⁹⁷ que tipificó conductas distintas a las contenidas en el CP en relación con la actuación de grupos o bandas armadas, y atribuye al terrorismo el carácter de delincuencia autónoma contradiciendo los principios que habían inspirado al DL 82/78. Cabe destacar la tipificación de la apología de los delitos cometidos por dichas organizaciones, y las conductas de colaboración para con las mismas, tipos penales que abarcaban “tanto las conductas más violentas de la delincuencia terrorista como las más leves de la delincuencia contra la propiedad”¹⁹⁸. Así lo manifestaba el mismo preámbulo de la Ley señalando que las medidas adoptadas pretendían no solo dar una respuesta al fenómeno terrorista sino que a otras formas de delincuencia que, "por su frecuencia alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tiene derecho"¹⁹⁹. Y ésta fue la razón de que a la vez ampliara la competencia de la Audiencia Nacional a todos los delitos cometidos por grupos armados, así como a la apología y detenciones ilegales.

La crítica doctrinaria más patente, desde luego, es aquella en la que hemos venido insistiendo en este trabajo coincidiendo con la mayoría de los autores: el peligro que reviste a nivel de control social la utilización de la delincuencia terrorista para la represión de la delincuencia común a través de la ampliación en el ámbito de la punibilidad. Riesgo que como veíamos en el Capítulo III se traduce en la creación de una “política penal de orden público” cuyo fundamento es la necesidad del Estado de legitimar la excepcionalidad represiva en esta materia, transformándose en un “Estado de Policía”²⁰⁰. Otra fuente de críticas fue la dudosa constitucionalidad de esta norma toda vez que se creaban tipos penales a través de un DL (DL 3/79) y no de una Ley Orgánica como ordenaba la Carta Fundamental²⁰¹.

La tendencia a considerar a los delitos de terrorismo como delitos autónomos se manifestó durante 1980, año en el que se reforma el Código Penal, se ratifica el Convenio europeo para la Represión del terrorismo de 1977 y se regula la suspensión de derechos fundamentales adecuándose al mandato del constituyente.

La Ley 4/80 de 21 de mayo reformó el Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación. El interés de esta reforma radica en el establecimiento de un nuevo tipo de asociaciones ilícitas. Por el art. 173 se consideran asociaciones ilícitas, las que tuvieran por objeto cometer algún delito, pero se añade a las que después de constituidas, “promoviesen su comisión”(art. 173.2); “las que aún teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución”(art. 173.3), y “las

¹⁹⁷ Para un análisis mas amplio sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, véase ZÚÑIGA, L.; 1993.

¹⁹⁸ MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.75-76. Similar DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; “*De la Constitución a la ley de seguridad ciudadana: Reflexiones sobre tres lustros de política criminal oficial*”, en CPC N° 53, 1994, pp. 601 y ss.

¹⁹⁹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.602

²⁰⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, p.50. En opinión similar, DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.610.

²⁰¹ Véase MESTRE DELGADO, E. 1987, p.76 y LAMARCA, C. 1985, p.177. Otra norma dictada en este año, claramente inconstitucional, fue el DL 19/79 cuya pretensión fue ampliar la competencia de la Audiencia Nacional modificando el DL de 4 de enero de 1977 que la creó, y prorrogar la vigencia de la antigua Ley 56/78 de 4 de diciembre, sobre suspensión de garantías en casos de terrorismo apelando a una “urgente y extraordinaria necesidad” que en los hechos no existía. Mas ampliamente sobre la inconstitucionalidad del DL 19/79, LAMARCA, C. 1985, p.181.

organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar”(art. 172)²⁰². Dentro de estas últimas, y según la doctrina mayoritaria pueden entenderse las bandas terroristas²⁰³. Se reformó además el art. 268 que sanciona la apología de los tipos previstos en el Título II del CP, cualquiera fuere el sujeto que lo cometiere, y la apología de “cualquier delito” cometido por grupo o banda armada²⁰⁴. Así, la apología se desnaturalizaba ya que el legislador atendía más a la circunstancia de haber sido cometida por un grupo o banda armada, que a la finalidad “política” perseguida con la conducta, finalidad que es esencial a la apología.

Las manifestaciones más concretas de este proceso de despolitización de las conductas terroristas se habían manifestado ya en la ratificación que hace España del Convenio Europeo para la Represión del terrorismo de 1977, el 9 de mayo de 1980, y con posterioridad se concreta aún más a través de la Ley 11/80 de 1 de diciembre que regula la suspensión de derechos autorizada por el art. 55.2 de la CE en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas²⁰⁵. Esta ley hace renacer la expresión “terrorista” con un carácter más amplio al referirse también a los “elementos” que no formen parte de una organización o grupo armado. Pero no define el terrorismo solo se limita a considerarlo un delito autónomo. Por otra parte se hace referencia a hechos que “incidan gravemente en la seguridad ciudadana” lo que la doctrina entiende como referencia a la “alarma pública”²⁰⁶.

En el ámbito sustantivo penal, si bien no tipifica nuevas figuras de terrorismo, amplía el número de conductas en cuya investigación procede la suspensión de garantías fundamentales²⁰⁷. Así su campo de aplicación objetivo comprende a: delitos contra la seguridad del Estado, todos los delitos contra la vida e integridad física, detenciones ilegales bajo rescate, tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos, incendios y demás estragos, los conexos a los enumerados y en general, todos los que el Código Penal califique como terroristas. En este sentido MESTRE ha interpretado que se plantea la duda en torno a la real voluntad del legislador ya que se remite a los “delitos que el CP califique como terroristas” en circunstancias que en el CP no se hacía alusión a este tipo de delincuencia, al menos lingüísticamente²⁰⁸.

La violencia política durante los primeros años del régimen de la transición democrática se había manifestado con fuerza especialmente desde los sectores de la izquierda e independentistas, sin embargo, el 23 de febrero de 1981, día en que se celebrara el acto de investidura del Presidente de gobierno tras la dimisión de Suárez, el Ejército protagoniza un fallido Golpe de Estado. Este acontecimiento motiva al Gobierno a remitir a las Cortes el 13 de marzo un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de determinados preceptos del CP en

²⁰² Un análisis completo sobre esta ley en MANZANARES SAMANIEGO; *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

²⁰³ Así BUENO ARÚS, 1984, p.129; MESTRE DELGADO, E. 1987, p.77. Opinión distinta sostiene LAMARCA, (1985, pp.182-183) al indicar que la reforma al Código Penal dejó a los delitos terroristas en una cierta indefinición al desaparecer una figura específica que regule a este tipo de organizaciones.

²⁰⁴LAMARCA, C. 1985, p.184

²⁰⁵ El art. 1.1. de la Ley señala que la suspensión de derechos fundamentales puede aplicarse a las personas que “presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas hicieron su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas”.

²⁰⁶ Véase por todos LAMARCA, C. 1985, p.186.

²⁰⁷ Las medidas que autoriza a aplicar para concretar esta suspensión de derechos fundamentales son: ampliación del plazo de detención hasta diez días, suspensión del derecho a la inviolabilidad de domicilio y al secreto en las comunicaciones telefónicas, telegráficas o postales, reconocidos en el art. 18.2y 3 de la CE. La competencia es atribuida, por el art. 6, a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción de manera exclusiva, sujetándose a un procedimiento especial sumario cuya duración no puede exceder de más de sesenta días desde que el sujeto hubiese sido puesto a disposición del tribunal.

²⁰⁸MESTRE DELGADO, E. 1987, p.78

materia de defensa de la Constitución y en materia de terrorismo, que se convirtió, con importantes modificaciones, en la Ley Orgánica 2/81 de 4 de mayo sobre “modificación y adición de determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar” que reformaba los delitos de rebelión (arts. 214 y 217 del CP, y 290 y 291 del CJM) y de terrorismo.

Se produce lo que Carmen LAMARCA llama la "vis atractiva" del delito de terrorismo cuya pretensión es atraer al delito de rebelión militar como consecuencia de la equiparación de la finalidad política en ambos, que en la legislación posterior se manifestará de manera clara "en un intento...de combatir todas las formas delictivas de oposición al Estado"²⁰⁹. Nuevamente, y coincidiendo con la doctrina, se efectuaba una huida hacia el Derecho Penal toda vez que no parecían haberse destinado los esfuerzos necesarios para la verdadera solución a un problema cuyo carácter es político. Como expuso ARROYO ZAPATERO refiriéndose a esta ley: “...las medidas contra los rebeldes y contra los terroristas no están tan solo- en las leyes penales, y las no penales no parece que se hayan aplicado, al menos también aquí- con la suficiente contundencia. Nos encontramos a todas luces ante una nueva “fuga al Derecho Penal”²¹⁰.

Por esta ley se modifican en materia de terrorismo los delitos de asociación ilícita²¹¹, las conductas de colaboración con organizaciones terroristas, tipificando como delitos conductas que más bien eran formas de participación en el delito, y equiparando en su tratamiento a conductas totalmente heterogéneas en naturaleza y gravedad²¹². Por esta ley se castigan también actos preparatorios y se modifica el delito de apología²¹³, y se incorpora el derecho penal premial a través de una atenuación punitiva por colaboración con la justicia²¹⁴. El problema principal lo plantea el concepto de bandas o grupos armados, que se observa en todos los tipos descritos, ya prevean conductas, ya dicten medidas a tomar en supuestos especiales. Conforme al art. 1.1. de esta ley la referencia a bandas armadas debía entenderse hecha a las que la Ley 11/1980 señala como aquellas “que incidan gravemente en la seguridad ciudadana” cuya

²⁰⁹LAMARCA, C. 1999, p. 29

²¹⁰ARROYO ZAPATERO, 1981, p.380. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.602.

²¹¹En relación a las asociaciones ilícitas, el art. 174 bis a) castiga la pertenencia a los grupos o bandas armadas, la asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los mismos, y la mantención de relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros. Esto significó, por una parte, el establecimiento de un tipo agravado de asociación ilícita que trajo consigo un problema de concurso real ya que dicha conducta podía sancionarse a través de los tipos comunes de asociación ilícita cuando fueren cometidos por los miembros de la banda armada u organización terrorista, y del nuevo tipo cualificado de asociación ilícita. ARROYO ZAPATERO, 1981, p.405

²¹² El art. 174 bis b) preveía un tipo cualificado de cooperación y favorecimiento y así sanciona con la pena prevista para el delito de asociación a grupo armado, “al que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamiento, locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica” y “al que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la organización o las actividades de una banda armada o la comisión por las mismas de cualquier delito”. La discusión doctrinaria coincide en que esta norma pretendía equiparar en el tratamiento a conductas totalmente diversas, y advirtió las dificultades para establecer los límites entre estas conductas y las de cooperación necesaria (coautoría) o no necesaria (complicidad). GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; “Asociaciones ilícitas y terroristas”, en *Comentarios a la legislación penal*, dirig. Por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Edersa, madrid, 1983, p. 157; ARROYO ZAPATERO, 1981, pp.409-411. Por otra parte, la doctrina se divide en torno a considerar como delito la comisión por omisión del favorecimiento. GARCÍA PABLOS opinó que ésta era punible, mientras que ARROYO ZAPATERO sostuvo lo contrario. ALVAREZ-COBOS advertía también que en las conductas descritas por la norma no se exigía la producción de un resultado delictivo inmediato, directamente vinculado al favorecimiento. GARCÍA PABLOS, 1983, pp. 159-160; ARROYO ZAPATERO, 1981, p.411, ALVAREZ – COBOS; “La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal”, en *RFDUCM*, N°68, Madrid, 1983, p.167.

²¹³ La ley también establece una agravación en la punición de la conspiración, proposición y provocación da la comisión de los delitos contemplados en el art. 174 bis b) por medio de la imprenta, radiodifusión, etc. Modifica el delito de apología extendiéndolo al elogio de las conductas del art. 174 bis b) y en general “del terrorismo realizado por medio de bandas armadas a que se refiere la LO 11/1980”. MESTRE DELGADO, E. 1987, p.81

²¹⁴ Por el art. 174 bis c) el derecho penal premial encontraba su acogida con la creación de la figura del *terrorista arrepentido*. Se beneficiaba con una rebaja de la pena hasta en dos grados para los “integrantes, colaboradores o cooperadores de los grupos o bandas armadas que coadyuvaren con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, aportaren pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes o colaboraren en el descubrimiento o desarticulación de aquellas bandas o grupos”.

delimitación la doctrina discutió señalando que debía tratarse de grupos o bandas armadas “con finalidad terrorista”²¹⁵.

2.c.- Retorno a los delitos de terrorismo como delitos específicos: Las leyes penales especiales.

La necesidad apremiante de responder al terrorismo encarando su real naturaleza, política y no jurídica, unido a la rebelión militar de febrero 1981 y al creciente aumento de los atentados terroristas en los últimos dos años, llevó a una nueva respuesta legislativa que pretendió aunar y refundir en un solo texto todas las normas vigentes a 1983 sobre terrorismo²¹⁶. Se trataba de una Ley Antiterrorista especial de carácter sustantivo y procesal, que además pretendía la equiparación de los delitos de terrorismo y rebelión²¹⁷. Nace así la **LO 9/1984 de 26 de diciembre**, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que realiza un tratamiento global de los delitos de terrorismo²¹⁸ y siguiendo la línea de su antecesora, vuelve a considerar las conductas de terrorismo como delitos específicos.

En el ámbito sustantivo penal y siguiendo la tendencia que se venía observando, tiende a una notable ampliación del catálogo de las conductas susceptibles de ser tipificadas como delitos de terrorismo, al punto de que cualquier conducta podía dar lugar a la aplicación de la ley orgánica. La conducta criminal concreta había dejado de ser un elemento relevante para la normativa antiterrorista erigiéndose “la noción de grupo terrorista o rebelde como criterio nuclear de la definición legal de terrorismo, como motivo capaz de teñir de terrorismo cualquier acción delictiva”²¹⁹. Se sanciona la integración en bandas terroristas o rebeldes (art. 7), la cooperación con ellas (arts. 7 y 9), la comisión de delitos de terrorismo (art. 8) y la apología de cualquiera de los delitos previstos en la Ley Orgánica (art. 10).

De acuerdo al art. 8, para que pudieran configurarse los delitos de terrorismo: a) el sujeto activo debía estar integrado o pertenecer a una organización terrorista o rebelde o banda armada; b) cometer alguno de los delitos enumerados en el art. 1, c) utilizar para esta comisión determinados medios especialmente peligrosos. No obstante, el art. 1º permitía ampliar este campo de aplicación objetivo, indicando en su apartado 1 que, “la presente ley es de aplicación a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con terroristas o rebeldes que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado²²⁰, y las

²¹⁵ALVAREZ-COBOS, 1983, p.165

²¹⁶ El nuevo gobierno socialista que asume tras las elecciones generales de 28 de octubre de 1982 remitió a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de reforma urgente y parcial al CP que se convirtió en la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de Junio, de reforma parcial y urgente del CP. Esta ley, inspirada fundamentalmente en el PLOCP 1980, del que toma varios preceptos, introdujo profundas y sustanciales modificaciones en el CP tanto en la Parte General como en la Parte Especial y constituye, sin duda, uno de los hitos más importantes de la reforma penal que se experimentaba tras la caída del franquismo. Mas ampliamente CEREZO MIR, 1985, pp.137 y ss; QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE; *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Barcelona, 1983; SÁINZ CANTERO; *Estudios Penales y Criminológicos, VII*, Universidad de Santiago de Compostela; 1984. pp.395 y ss.

²¹⁷ En el proyecto presentado por el Gobierno al Congreso de los diputados el 10 de diciembre de 1983 se recogían los preceptos de la ley 11/1980 sobre desarrollo del art. 55.2 de la CE; y los de la ley 2/1981 relativos a rebelión y terrorismo y el DL 3/1979.

²¹⁸ Para un amplio análisis de la Ley Orgánica 9/1984, véase LAMARCA, C. 1985, pp. 193 y ss.

²¹⁹LAMARCA, C. 1985, p.195

²²⁰ El art. 1.2 señala que el ámbito de aplicación de esta ley comprenderá los supuestos siguientes:

a) Delitos contra la vida y la integridad de las personas; b) Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares; c) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición, o con simulación de funciones públicas; d) Asaltos a establecimientos militares y de las fuerzas de seguridad del Estado, policías de las comunidades autónomas, y otros servicios de comunicación y utilidad pública; e) Coacciones, amenazas o extorsiones; f) Incendio u otros estragos; g) Delitos contra el Jefe de Estado, y su sucesor, contra los altos organismos de la Nación, contra la forma de gobierno, y delitos contra la seguridad exterior del Estado; h) Rebelión; i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro; j) La constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos, y los actos de cooperación y colaboración con sus actividades.

que cooperen en ellos o provoquen a la participación en los mismos, o encubran a los implicados. También es de aplicación a los que hicieren apología de tales delitos”.

La doctrina ha coincidido en atribuir a esta Ley una falta de claridad en la determinación de su ámbito de aplicación, resultando demasiado amplia. De los artículos indicados puede desprenderse que la estructura orgánica resulta ser el fundamento de la noción de terrorismo, elemento cuya presencia determinaría la existencia de delitos de terrorismo en cualquier supuesto.

Por otra parte, y siguiendo con la voluntad del legislador de agravación de la punibilidad que venía manifestándose desde 1977, la Ley 9/1984 contempla una elevación general de las penas establecidas para cada delito, fija una pena mínima para ciertas conductas, equipara las penas de la frustración y la consumación (art. 3). Pero además, establece un procedimiento de atenuación de las penas para los casos de desistimiento con propósito de reinserción social (art. 6). En este sentido cabe destacar que al igual que la LO 2/1981 contempla la figura del “arrepentimiento” como atenuante muy privilegiada, siendo ésta la primera vez en que el legislador español la implementaba con fuerza, a la vista de los resultados que se habían obtenido en Italia con el pentitismo.

En el campo procesal y en relación a la suspensión de garantías, la LO 9/1984 prácticamente reprodujo el contenido de la LO 2/1981, destacando la posibilidad de suspender las actividades, declarar su ilicitud y posterior disolución de asociaciones o entidades con o sin personalidad jurídica (art. 20); se mantiene el plazo máximo de la detención en diez días (art. 13); se posibilita la incomunicación del detenido (art. 15), se faculta a las Fuerzas de Seguridad del Estado para proceder a registros domiciliarios sin previa autorización judicial (art. 17); la suspensión de cargos públicos (art. 22) y la clausura de medios de radio difusión (art. 21).

La LO 9/1984, como puede observarse, una vez más “exageró y exasperó”²²¹ el tratamiento jurídico para los delitos relacionados con el terrorismo, aumentando las penas y restringiendo notablemente el sistema de libertades. Sin embargo tuvo un efecto no deseado por el legislador, y es que dio la posibilidad al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas adoptadas en materia de terrorismo en dos históricas sentencias: 196/1987 de 11 de diciembre y 199/1987 de 16 de diciembre que sentaron un precedente importante para las posteriores reformas legislativas que se sucedieron²²².

2.d. Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal.

La LO 9/1984 fue parcialmente derogada por el Tribunal Constitucional en STC 199/1987 de 16 de diciembre declarando inconstitucionales algunos de sus preceptos, y fue la Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo de reforma del Código Penal la que le derogó definitivamente e introdujo de nuevo los delitos de terrorismo en el derecho penal común (arts. 174 y ss. y 233 último párrafo). Pero el hecho de que los delitos de terrorismo hayan sido reincorporados a la legislación penal y procesal comunes no significó un gran avance porque se siguieron aplicando las mismas disposiciones que preveía la derogada Ley especial 9/1984 de 26 de diciembre, aunque en ambas se pretendía privar a la normativa antiterrorista de su carácter excepcional²²³. Los principios que orientaron esta reforma pueden circunscribirse a una mayor severidad en las penas unido a un tratamiento privilegiado para el caso de arrepentimiento, y la consolidación de la denominada suspensión individualizada de derechos, con modificaciones importantes que posteriormente fueron introducidas por el Tribunal Constitucional en Sentencia 199/1987 de 16 de diciembre²²⁴.

²²¹ DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.602.

²²² DEL ROSAL BLASCO, B. 1994, p.603. TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, p.30.

²²³ LAMARCA, C. 1989, p.957

²²⁴ TERRADILLOS, J. 1988, p.67.

2.d.1. La reforma sustantivo penal de la LO 3/1988.

La LO 3/88 vino a concretar lo que LAMARCA denomina un "auténtico proceso de destipificación del terrorismo", que se caracteriza por su reconducción en cuanto agravación de formas de delincuencia común. La noción de banda armada u organización terrorista o rebelde se transforma en el elemento central para establecer un concepto legal de terrorismo²²⁵.

La severidad en las consecuencias jurídicas se observa ya desde el 57 bis.a) que establece una agravación de la pena para los delitos "relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes", la que será siempre aplicada en su grado máximo. Se trata de una agravación de responsabilidad criminal por causa de terrorismo. El concepto de banda armada vuelve a erigirse como elemento esencial en la definición legal de terrorismo, y por tanto para la punición de las conductas, la agravación de penas, y la agravación de responsabilidad de los promotores, directivos y miembros "activos" de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes, que establece el art. 174.3 párrafo primero²²⁶. En este último punto el derecho penal español siguió la tendencia iniciada ya en el CP italiano (art. 260 bis) y en el CP alemán tras la reforma introducida por la Antiterror Gesetz de 18 de agosto de 1976, en el que no solo se agrava la pena cuando la asociación sea de carácter terrorista, sino que se sanciona también la tentativa de crearla²²⁷.

El art. 174 bis a) sanciona los actos de colaboración destacando que al igual que en la ley 9/1984 el legislador establece un catálogo de conductas que cabrían bajo esta denominación²²⁸. En general, se trató de actos preparatorios castigados como excepción a la regla general de la impunidad de los mismos fundado en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas²²⁹. Lo que se castiga es toda forma de colaboración, "inclusive la que se facilita y los actos realizados para obtenerla o buscarla" con lo que se está induciendo a la realización de las conductas mas graves en cuanto quedan minimizadas, al acarrear una sanción idéntica a la de otras conductas menos graves²³⁰. A pesar de ello, un sector doctrinal reconoció a esta LO 3/88, que en general tratándose de los actos preparatorios, presentó una "acertada novedad" en el sentido de que suprimió la obligada imposición de la pena en un grado inferior que establecía la normativa precedente²³¹.

El art.174 bis b), prácticamente idéntico al art. 8.1 de la derogada LO 9/1984, innovó en cuanto a establecer una pena diferenciada para los "integrantes y colaboradores con los

²²⁵LAMARCA, C. 1999, p. 30; 1989, p.959; 1985, p.206; PRIETO SANCHÍS, 1990, p.265

²²⁶ LAMARCA el art. 174.3 sostiene que se trata de un tipo agravado desde que sanciona con mayor severidad un verdadero supuesto de asociación ilícita previsto por el CP. (1989, pp.964-965).

²²⁷ Mas ampliamente, TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, p.71 y ss.; LAMARCA, Carmen; "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", en *ADPCP*, núm. 42, sept-dic. 1989, p.967 y ss.

²²⁸ Se castiga así al que "obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes" (art. 174 bis a.1), considerándose como actos de colaboración "la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas o elementos" (art. 174 bis a.2). Ampliamente, desde una visión jurisprudencial basada en las sentencias de la Audiencia Nacional. MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.198-200.

²²⁹ Así STS de 2 de febrero de 1987: "un acto preparatorio especialmente castigado como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla de impunidad de tales actos, radica, como pone de relieve la doctrina científica y el propio legislador en su motivación legiferante, en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas...". Más ampliamente, TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, pp. 84-90.

²³⁰TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, p.87, LAMARCA, C. 1989, p.966

²³¹LAMARCA, C. 1989, p.965

objetivos de la organización”, y para los “promotores y organizadores del hecho”²³². La doctrina mayoritaria atribuyó a esta norma el carácter de innecesaria toda vez que el problema podía resolverse aplicando las reglas del concurso de leyes, por cuanto el delito de asociación ilícita terrorista se configuraría como un tipo autónomo, ajeno a las distintas actividades delictivas que se cometen²³³. La doctrina minoritaria aludiendo al principio de la consunción estimó que el tipo de asociación quedaría absorbido por el delito común realizado²³⁴.

Por último, otra manifestación de la severidad en las penas se contempló en el art. 233, párrafo final que castigó con mayor pena si los delitos son cometidos en contra de miembros de las Fuerzas Armadas, de Seguridad del Estado, Policía de las Comunidades Autónomas o Entes Locales. La doctrina estimó que no se trataba propiamente de una agravación de la responsabilidad criminal sino de una cláusula de extensión del sujeto pasivo en razón de su especial trascendencia para la seguridad pública por el cargo o autoridad que ostenta la víctima que le hace ser generalmente blanco de los ataques de las organizaciones terroristas²³⁵.

La excesiva punición de las conductas terroristas resulta contrarrestada con el tratamiento privilegiado que la LO otorga a los “terroristas arrepentidos”. El art.57 bis b) estableció una atenuación de la pena hasta en dos grados e incluso su remisión total²³⁶ para el sujeto que voluntariamente hubiere abandonado las actividades delictivas y haya colaborado con ello, a disminuir situaciones de peligro, a evitar resultados de daño o a identificar o capturar a los culpables, esto es, exige una colaboración activa²³⁷.

No obstante las anteriores consideraciones, existen en la LO 3/88 aspectos penales que efectivamente retornan al régimen común:

- a) Elimina la equiparación entre delito frustrado y consumado volviendo así a la regla general en materia de ejecución del delito.
- b) Deroga el delito de apología del terrorismo²³⁸, conducta que pasa a estar regulada por el CP. Empero, como contrapartida desaparece la regla sobre responsabilidad criminal que excluía en los casos de apología y provocación, la aplicación de reglas especiales sobre autoría en

²³²Un sector de la doctrina estimó que la norma generaba confusión pues al señalar la pena aplicable para los integrantes y colaboradores describía la conducta y sancionaba con una pena determinada a menos que por razón del delito cometido correspondiere un pena mayor. Al referirse solo a “la conducta” de los “integrantes y colaboradores” y no la de los promotores y organizadores, parecía ser que según la interpretación literal al momento de determinar la pena para estos últimos no podría ser aplicable el precepto. TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, p.91.

²³³ Así LAMARCA, C. 1989, pp.968-969; TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, p.91; ARROYO ZAPATERO; “*La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo*”, en CPC, núm.15, 1981, p. 405; GARCÍA PABLOS, A.; “*Asociaciones ilícitas y bandas terroristas*”, en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, p.350, MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 7ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, p.597.

²³⁴ Así GIMBERNAT quien de manera verbal expresó esta opinión. Cita de LAMARCA, C. 1989, p.968 nota 41. MESTRE DELGADO indica que este criterio había sido acogido en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en reiteradas ocasiones (1987, p.194, cit. 247)

²³⁵ Así TERRADILLOS BASOCO, J. p.93, LAMARCA, C. 1989, p.970.

²³⁶ La remisión total se concede solo “cuando la colaboración activa del sujeto hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación de las bandas armadas elementos terroristas o rebeldes” y queda condicionada en todo caso a que el sujeto no vuelva a cometer delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, terroristas o rebeldes. Si las condiciones que establece esta norma hubieren sobrevenido cuando el sujeto se encuentra ya cumpliendo condena, el art. 98 bis consagra un tratamiento excepcional para la obtención de la libertad condicional; ampliando este beneficio permite su concesión cuando el condenado hubiere cumplido una tercera parte de la condena frente a las tres cuartas partes que se requieren con carácter general por el art. 98 CP.

²³⁷ Ampliamente Infra Cap.VII, V. *La atenuación punitiva por colaboración con la justicia*. Considérese también lo expuesto en cap.III, III, 2.d. *Las medidas premiales en los delitos de terrorismo*.

²³⁸ Para TERRADILLOS, la derogación de la apología como nomen iuris propio se había producido con la STC 199/1987 de 16 de diciembre que confió dicha materia a los arts. 216 bis a) y 268 del CP. TERRADILLOS, J. 1988, pp.30-31. LAMARCA, en opinión contraria sostiene que es la LO 3/88 la que les deroga definitivamente ya que el Tribunal Constitucional en la citada sentencia solo se refirió a un tema específico: la suspensión de derechos para los presuntos autores. LAMARCA, C. 1989, p.977.

- delitos de imprenta o a través de determinados medios de difusión (arts. 13 y 15 del CP y 4 LO 9/84).
- c) Suprime la obligatoriedad de la pena accesoria de inhabilitación
 - d) Suprime la declaración de ilicitud y disolución de las asociaciones que conforman las bandas armadas u organizaciones terroristas²³⁹.
 - e) Efectúa el reconocimiento del principio de territorialidad en materia penal y limita la competencia de tribunales españoles para el enjuiciamiento de los delitos cometidos dentro del territorio²⁴⁰.
 - f) Por el art. 10.15, párrafo penúltimo introdujo la reincidencia internacional para los delitos de terrorismo, lo que supuso continuar con la tendencia de la LO 9/1984 de consagrar la extraterritorialidad de la ley penal, pero restringiéndola. La excepción al principio de territorialidad penal obedecía a una necesidad de reforzamiento de los principios de protección o justicia universal ante el inminente carácter internacional que había venido adoptando el terrorismo²⁴¹, pero a la vez supone el riesgo “de agravar la pena de quien en su país luchó por las libertades democráticas”, aunque esto era mucho mas sostenible con la derogada ley 9/1984 ya que la reincidencia internacional ahora suponía que la condena anterior por el Tribunal extranjero, lo fuere por “delito relacionados con la actividad de bandas armadas, terroristas o rebeldes”²⁴².

En cambio, la reforma no se pronunció sobre la equiparación de los delitos de terrorismo y rebelión, pues siguió utilizando el vocablo "rebelde" y eso, entendemos, siguiendo a LAMARCA en relación con la equiparación que de dichas conductas hace el Tribunal Constitucional en cuanto "formas de ataque al sistema democrático"²⁴³.

2.d.2. La reforma procesal penal: La LO 4/1988. Regulación procesal vigente.

La L.O. 4/1988, de 25 de mayo congruente con la reforma experimentada en el campo sustantivo penal, reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en varios aspectos. a) el ámbito de aplicación de la normativa antiterrorista, b) el derecho a la libertad personal y a la inviolabilidad del domicilio que experimentan una restricción sobre la base del aumento de las atribuciones de la autoridad gubernativa (amplias facultades represivas), c) limitaciones en el derecho a defensa, en el que destaca el refuerzo de la intervención del Ministerio Fiscal contra el principio de igualdad, d) la restricción en el derecho a las comunicaciones. No se pronunció en cambio respecto de la competencia jurisdiccional, tema que como veíamos ha suscitado una acalorada discusión doctrinaria, ni sobre la equiparación de los delitos de rebelión y terrorismo.

a) A juicio de Carmen LAMARCA, el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa antiterrorista experimentó una restricción y por tanto, la suspensión de derechos que autoriza el art. 55.2 de la CE sólo es aplicable a las conductas de pertenencia o colaboración con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes. Se excluiría por tanto las conductas de apología de las mencionadas organizaciones o actividades, como preveía la legislación anterior²⁴⁴.

b) En cuanto al derecho a la libertad personal y la amplitud de las facultades de la policía, ésta afecta fundamentalmente a los plazos de detención y a los registros domiciliarios.

²³⁹ Carece de sentido declarar la ilicitud, como dice GARCÍA PABLOS, de “asociaciones de facto” (1984, p.350).

²⁴⁰ Coincidiendo con Carmen LAMARCA en este punto, la supresión de la competencia de tribunales españoles para el juzgamiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional tiene mas bien un efecto simbólico ya que existen otras vías en Derecho Español que justifican la ultraterritorialidad en materia penal para los casos de terrorismo: el Convenio Europeo para la represión del terrorismo y la LOPJ (art. 23.4). (LAMARCA, C. 1989, p.975).

²⁴¹ ARROYO ZAPATERO, 1985, p.175

²⁴² TERRADILLOS, J. 1988, p.69.

²⁴³ LAMARCA, C. 1993 c), p. 12.

²⁴⁴ LAMARCA, C. 1989, p. 980

b.1) El art. 520 bis de la LECrim prolonga el plazo máximo de la detención preventiva para los autores de los hechos a que se refiere el art. 384 bis (delitos de terrorismo) hasta cinco días previa autorización judicial²⁴⁵, y la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido. Como decíamos en el capítulo III, la ampliación del plazo de detención se encuentra en franca contradicción con el art. 9.3 del PIDCP, con el art. 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, ambos suscritos y ratificados por España, y con el propio art. 17.2 de la CE²⁴⁶.

Se trata como dice Carmen LAMARCA, de una medida "innecesaria y peligrosa"²⁴⁷. No hay necesidad de ampliar el plazo de detención por cuanto el plazo de 72 hrs. que se prevé para casos comunes, resulta incluso excesivo para llevar a cabo las investigaciones si consideramos entre otras cosas el avance tecnológico. La peligrosidad de la medida radica en el hecho de convertirse una puerta abierta para la comisión de delitos de tortura y la aplicación de procedimientos de obtención de una confesión reñidos con los principios del Estado de derecho, con lo que se infringen los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable²⁴⁸. Sobre esta última cuestión se había pronunciado ya el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 199/1987 mostrándose disconforme con un plazo de detención hasta por cinco días.

Carece de sentido ampliar la detención en manos de la autoridad gubernativa, pues es cuestionable el valor probatorio de la declaración prestada por el imputado ante la Policía, especialmente cuando ella no ha sido ratificada ante la presencia judicial²⁴⁹. La jurisprudencia ha sido unánime en señalar que para que ellas tengan el valor de plena prueba deben ser ratificadas por el acusado en el juicio oral, así el sentenciador puede formarse la convicción necesaria para absolver o condenar²⁵⁰. A este respecto GÓMEZ COLOMER indica: "Siendo la única prueba realizada en el proceso, la retractación o negación en el acto del juicio de la declaración ante la Policía, no puede llevar más que a la absolución, puesto que solo el segundo acto es probatorio y nunca el primero, y conforme al art. 741 LECR la convicción judicial se forma en base a la actividad probatoria y no a la sumarial imputación objetiva policial, sin

²⁴⁵ No obstante en relación a la LO 9/84 reduce el plazo que antes alcanzaba hasta los siete días.

²⁴⁶ Mas ampliamente TERRADILLOS BASOCO, J. 1988, pp.105-111, y LAMARCA, C. 1989, p.982 y ss.

²⁴⁷ LAMARCA, C. 1989, p.982

²⁴⁸ GIMBERNAT, E; "*Constitución y Derecho Penal*", en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, suplemento de *Revista de Política Comparada*, nº7, año 1981-82, Madrid, pp.95-96

²⁴⁹ Un tema ampliamente discutido en la doctrina ha sido la validez probatoria del atestado policial. Excede los límites de esta investigación el análisis del procedimiento para los delitos de terrorismo y de la prueba en el mismo. Sobre el valor probatorio de las diligencias practicadas por la policía judicial puede consultarse el interesante artículo de Juan Luis GÓMEZ COLOMER; "*Estado de derecho y Policía Judicial democrática: notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia*", en *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994, pp. 65-93. Véase también BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE; J.R.; "*Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral. Prueba indiciaria*", en *Planes Provinciales y Territoriales de Formación, año 1992, Recopilación de ponencias y comunicaciones*, Vol. II, CCGPJ, Madrid, 1993. ORTELLS RAMOS, M.; "*Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim*", en *Rev. de Derecho Procesal*, 1982, núms. 2-3, pp. 365-427. Asimismo pueden consultarse los manuales de derecho procesal de MONTERO AROCA- ORTELLS RAMOS-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO; *Derecho Jurisdiccional. T. III. Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1996, GÓMEZ DE LIAÑO, F.; *El proceso penal. Tratamiento Jurisprudencial*, Ed. Forum, Oviedo, 1992, el mismo *La prueba en el proceso penal*, Forum, Oviedo, 1991 y ARAGONENES ALONSO, ARAGONESES MARTÍNEZ; *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid, 1986.

²⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha señalado que en caso de que el acusado niegue su declaración extrajudicial, y si ella ha sido prestada con las garantías que la ley establece (previamente informado de los derechos que le asisten y en presencia de su abogado) el Tribunal debe realizar una apreciación conjunta sobre todas las declaraciones producidas. STC 80/1986 de 17 de Junio y STC 217/1989 de 21 de Diciembre, entre otras. Esto se debe a la existencia de la posibilidad que tiene el acusado durante el plenario de explicar la retractación o rectificación de su primera declaración.

perjuicio de infringir el principio de la prohibición del principio de la presunción de inocencia, al no existir mínima actividad probatoria. La condena vendría asegurada, por tanto, existiendo otras pruebas de cargo coadyuvando como otro elemento más la valoración judicial de la retractación”²⁵¹.

b.2) La LO 4/1988 se extiende también al derecho a la inviolabilidad del domicilio ampliando los poderes policiales.

Sabemos que por razones de interés general, el legislador permite violar el domicilio cuando hubiese indicios de encontrarse allí persona que tiene orden de detención o prisión pendiente, o cuando hubiese indicios de encontrarse allí efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para la comprobación del hecho punible. Como examinábamos en el capítulo III, la regla general es que esta entrada y registro por la Policía sea previo mandamiento judicial. Sin embargo, conforme lo indica el art. 553 de la LECR, los agentes de policía están facultados para proceder sin previo mandamiento judicial, y en virtud de su propia autoridad, al registro de un lugar habitado en determinados casos expresamente señalados por el legislador²⁵². Del mismo modo, no hace falta un auto motivado en caso de entrada y registro de lugares públicos.

Es pertinente recordar a estos efectos que la L.O. 3/92 de 21 Febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana dispone que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo pueden proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes, debiendo remitir sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente(art. 21)²⁵³.

Por la ley de 30 de Abril de 1992 se reformó el art. 569 de la LECR indicando que el registro debe ser practicado en presencia del Secretario, o cuando lo autorice el juez, en presencia de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público. De esta reforma se desprendía que la *Policía Judicial* podía extender el acta de la entrada y registro en lugar cerrado practicada por las *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, cuando así se hubiese determinado por el *juez*. A nuestro entender esto contribuía al reforzamiento de las atribuciones del Ejecutivo ya que la intervención judicial se realizaba para la sola "autorización", de donde no existía una tutela efectiva de los derechos del ciudadano: quien practicaba la diligencia era la autoridad gubernativa (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y quien se encargaba de estar presente y elaborar el acta es asimismo la autoridad gubernativa (Policía Judicial). La tutela efectiva de los derechos del ciudadano y el respeto a la división de poderes podría darse en todo caso cuando la intervención judicial se tradujera en la presencia física del juez en la diligencia de registro. La **ley 22/1995 de 17 de julio** modificó esta norma exigiendo la presencia judicial en los registros domiciliarios, lo que sin duda constituye un avance hacia el garantismo.

¿Pero qué ocurre tratándose de las conductas terroristas?. Tras la reforma de la LO 4/1988 por el art. 553 de la LECrim, "en casos de excepcional y urgente necesidad" se faculta a

²⁵¹GÓMEZ COLOMER, J.L. 1994, p.80.

²⁵² El art. 553 de la LECrim señala los siguientes casos: a) Cuando haya mandamiento de prisión frente a una persona y traten de llevar a cabo su captura, b) Cuando un individuo sea sorprendido en delito flagrante, c) Cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad se oculte o refugie en alguna casa.

²⁵³La validez constitucional del apartado 2 de esta norma, que se refería específicamente al caso de delito flagrante fue cuestionada por la doctrina puesto que si bien el art. 18.2 CE permite entrar en el domicilio sin consentimiento del titular, ni mandamiento judicial, en este contexto legal el fin de la norma es la protección de la seguridad ciudadana, y ésta no es un derecho fundamental. Así lo habían declarado ya las SSTC 107/1985 de 7 de octubre; 115/1987 de 7 de Julio; 22/1988 de 18 de febrero, indicando expresamente que al no ser éste un derecho fundamental no puede limitar la libertad individual de la misma forma que un derecho fundamental limita a otro (art. 55 de la CE). Decía GÓMEZ COLOMER que la norma "es claramente inconstitucional, o en todo caso, está de sobra, porque debe prevalecer la libertad por sobre la seguridad" y que "si la protección de la seguridad ciudadana está en función del ejercicio de un derecho fundamental, la garantía de éste está por encima de cualquier otra argumentación", GÓMEZ COLOMER; J.L.; 1994, pp. 85- 86. Por STC 34/1993 de 18 de noviembre, el art. 21.2 fue finalmente declarado inconstitucional.

los agentes de policía para proceder a la inmediata detención cuando se trate de presuntos responsables de los delitos a que se refiere el art. 384 bis LECrim – delitos de terrorismo -, cualquiera que fuere el lugar o domicilio en que se ocultasen o refugiasen, facultándose asimismo para proceder al registro de dichos lugares con motivo de la detención. Del registro ha de darse cuenta posteriormente al Juez competente. La norma, según la doctrina, no ha hecho otra cosa que llevar a la LECrim el art. 16 de la LO 9/84 y su único aporte ha sido el exigir a la autoridad gubernativa comunique al Juez las diligencias practicadas individualizando a los intervinientes en ellas²⁵⁴. Esta norma no ha sido modificada.

Pensamos que el problema central en ello no radica tanto en la comunicación que la autoridad gubernativa haga a la judicial de las razones y motivaciones de la diligencia, de las detenciones practicadas- medidas ambas previstas ya en la anterior legislación, o en la individualización de quienes participaron en los registros domiciliarios, sino mas bien en el hecho de que aquí la barrera de protección para las garantías individuales se retrasa. La intervención judicial se transforma en una mera formalidad si consideramos que el Juez toma conocimiento cuando el registro ya se ha efectuado y el derecho del afectado ya ha sido violado. Se avanza hacia un derecho penal garantista en los delitos comunes reformando en 1992 la LECrim y se exige presencia judicial en los registros domiciliarios, pero se cristaliza el tratamiento para los delitos de terrorismo manteniendo la "salvedad", la "excepción", "en casos de grave y urgente necesidad", casos cuya calificación corresponde por ley a la autoridad gubernativa (Policía).

c) En cuanto a la merma al derecho a defensa, dos fueron sus fuentes: la medida cautelar de incomunicación y un trato privilegiado para la intervención del Ministerio Fiscal.

c.1. En relación a la incomunicación. El art. 520 bis.2 de la LECrim no varió sustancialmente el contenido de la antigua ley por cuanto continuó admitiendo la posibilidad a la autoridad policial de decretar la incomunicación del detenido, y la sujeción en todo momento a la autoridad judicial había sido introducida por STC 199/1987 de 16 de Diciembre. En concreto el Tribunal Constitucional se había manifestado contrario a la posibilidad que otorgaba la LO 9/84 a la autoridad gubernativa para decretar la incomunicación del detenido “sin la simultánea solicitud al órgano judicial competente” y la LO 4/88 acogiendo este criterio si la exigió. No obstante, mientras el juez no se pronuncie, la incomunicación queda en manos de la administración de manera automática²⁵⁵.

La incomunicación supone, a nuestro entender, un recorte en el derecho a la defensa desde que el detenido no tiene derecho a designar abogado defensor sino que le es impuesto el de oficio, y se impide la comunicación de la detención a los familiares y la privación del derecho a entrevista reservada con su abogado defensor en base a los arts. 520 y 527 de la LECRIM, normas sobre las cuales la reforma no se pronunció.

c.2. En cuanto al reforzamiento del Ministerio Fiscal como factor de esta limitación del derecho a defensa, el art. 504 bis de la LECrim permitía suspender la excarcelación del procesado preventivo por delito del art. 384 bis, hasta por un mes, por la sola interposición de un recurso por parte del Ministerio Fiscal. Este precepto supone una conculcación al principio de igualdad entre las partes al consagrar la “prepotencia” del Ministerio Fiscal, mistificando la naturaleza del proceso al detraer a la autoridad jurisdiccional sus poderes consustanciales de conocimiento²⁵⁶. Posteriormente esta norma fue declarada inconstitucional por STC 71/1994 de 3 de Marzo. (RTC 1994, 71).

²⁵⁴TERRADILLOS BASOCO, J. p.113, LAMARCA, C. 1989, p.984, 1993 b, p.14

²⁵⁵TERRADILLOS, J. 1988, p.110

²⁵⁶ Así, TERRADILLOS, J. 1988, p.104, LAMARCA, C. 1989, p.984 nota 85.

Existía pues, una infracción al principio de legalidad en materia procesal, toda vez que esta misma norma suponía la imposición de una pena anticipada²⁵⁷. Recordemos que en sentido similar, el actualmente vigente art. 384 bis (*artículo Yoldi*) durante el debate parlamentario, continuó con la orientación del art. 22 de la LO 9/1984, en cuya virtud se aplica una “verdadera pena” de suspensión en su cargo o empleo público al sujeto “procesado”, no condenado, tanto a las personas integradas en bandas armadas, como también a las relacionadas con ella. Compartiendo la opinión de TERRADILLOS, esta disposición significa un ataque al principio constitucional de la presunción de inocencia ya que esta medida privativa de un derecho fundamental se yergue sobre la base de meros indicios²⁵⁸.

d) En cuanto a la intervención y observación en las comunicaciones²⁵⁹.

De acuerdo al art. 18.2 CE, este derecho puede verse afectado por una resolución judicial cuando se tuvieren indicios de obtener mediante la apertura de la correspondencia del imputado el descubrimiento o la comprobación de un hecho o circunstancias importantes para la investigación del delito (art. 579.1 LECrim). Conviene recordar también que la interceptación en las comunicaciones realizada sin los requisitos legales está tipificada como delito en el art. 192 CP. Para todos los casos, la ley (LECRim) impone determinados requisitos para proceder a la detención y apertura de correspondencia²⁶⁰. Dos son los supuestos: Por una parte la apertura de la correspondencia y por la otra la detención de la misma. La *apertura* se refiere tan solo a la correspondencia postal, siendo inutilizable en el caso de la correspondencia telegráfica por cuanto esta por su naturaleza es siempre abierta. Es el juez de instrucción el único facultado para abrirla y examinar su contenido (art. 586.1 de LECrim), de manera tal que la Policía Judicial no puede proceder a realizar esta actividad, ni siquiera por delegación de la autoridad²⁶¹. La *detención* de la correspondencia se refiere a la simple retención de la misma para que posteriormente sea examinada por las personas que la ley determina. A diferencia de lo que ocurre con la apertura, la facultad de detener la correspondencia es delegable por el órgano jurisdiccional, y se da comúnmente por razones de celeridad y eficacia en el procedimiento²⁶².

²⁵⁷ALVAREZ COBOS, 1983, p.180

²⁵⁸TERRADILLOS, J.1988, pp.98-101.

²⁵⁹El contenido de la garantía constitucional del secreto en las comunicaciones (art. 18.2 CE) ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional en S 114/1984 de 29 de noviembre.

²⁶⁰ 1) Debe tratarse de correspondencia privada postal o telegráfica que el procesado remita o reciba (art. 579 LECR).Se excluye, conforme a la LECrim la correspondencia cruzada entre personas distintas al procesado, lo que no significa que estas personas deban exhibirla al juez si es de interés para el proceso,

2) Deben existir indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante del proceso. (art. 579.1 LECrim).Conforme al art. 18.1 LO 4/1988, en caso de Estado de excepción constitucional, las comunicaciones pueden ser intervenidas si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público, esto es, se amplía la disposición, y

3)El Juez de instrucción debe dictar un auto motivado especificando las circunstancias concretas (nombres de remitentes o designatarios) de la correspondencia que deba ser detenida y examinada o los telegramas de los que haya que entregar copias (art. 583 LECrim). En caso de encontrarse en estado de excepción no es necesario el auto motivado del juez para proceder a la apertura de la correspondencia, pero la autoridad gubernativa, tras la intervención de la comunicación deberá comunicar inmediatamente el hecho al juez en escrito motivado (art. 18.2 LO 4/1988).

²⁶¹El acto ha de realizarse con intervención de determinadas personas: Por una parte, el imputado, que debe ser citado para presenciar el acto, y puede acudir ya sea por sí mismo o a través de representante. (art. 584 LECrim). O bien no acudir a esta apertura, sea porque no quiere hacerlo o por encontrarse en rebeldía. En tal caso según lo dispone el art. 585 de la LECrim, la diligencia se realizará en la forma prevista por la ley y sin su presencia. Por otra parte, debe estar presente el Secretario judicial quien dará testimonio fehaciente del acto realizado (art. 588 LECR) levantando un acta especificando lo que hubiere ocurrido, acta que debe ser formada por el Juez y los asistentes. El art. 586 de LECR establece que aquella correspondencia que no sirviere a la investigación deberá ser entregada al procesado o a su representante inmediatamente después de su apertura, a alguien de su familia si estuviere en rebeldía, y si no hubiese persona a quien entregarla, la conservará el Juez hasta que aparezca (art. 587 LECrim).

²⁶²Conforme lo indica el art. 580 de LECR, están facultados para detener la correspondencia: a) El Juez de Instrucción o el Juez Municipal (art. 563 en relación art. 580), b) La Policía Judicial (art. 563 LECrim en relación art. 580), c) El administrador de Correos y telégrafos o el Jefe de la oficina donde la correspondencia se hallare (art. 580 párrafo II LECrim). La correspondencia detenida debe ser remitida al Juez de Instrucción (arts. 581 y 582 LECrim)

En caso de estado de excepción, solo puede proceder a la diligencia la autoridad gubernativa (art. 18.ILO 4/1988).

Tratándose de otros tipos de comunicaciones, distintos de la postal o telegráfica (fax, comunicación telefónica o telex) de los arts. 18.3 CE y 579. 2 y 3 de LECrim se desprende que por autorización constitucional, el Juez de Instrucción está facultado para ordenar su intervención hasta por tres meses, y para prorrogarla por iguales períodos mediante auto motivado. Hasta aquí la suspensión no plantea mayores dificultades. El problema se produce cuando el legislador establece una salvedad para determinados casos y se ha preocupado de regular expresamente que "en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes" la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, puede ser ordenada por el Ministerio del Interior, o en su defecto por el Director de la Seguridad del Estado²⁶³, debiendo comunicarlo inmediatamente al Juez de Instrucción quien podrá revocar o confirmar la medida en un plazo máximo de tres días (art. 579.3 LECrim)²⁶⁴.

Este precepto fue alcanzado por la LO 4/88 que dejó su texto en los términos explicados. Es cierto que se ampara en el art. 55.2 CE que autoriza la suspensión de derechos, pero no parece ser que el espíritu de la Carta Fundamental sea posibilitar que la competencia para decretar la observación quede en manos de la autoridad administrativa, concretamente el Ministerio del Interior, o en su defecto, el Director de Seguridad del Estado. Competencia que - como enfatizábamos- tiene tratándose de "casos urgentes" relacionados con las investigaciones acerca de conductas de terrorismo. Ello supone una "alteración de la regla de competencia" normal que corresponde a la autoridad judicial²⁶⁵. Ahora bien, la LO 4/1988 innovó en lo referente a su ámbito de aplicación subjetivo. Por una parte, recogiendo lo preceptuado por el anterior art. 17 de la L.O. 9 /1984, la medida de intervención en las comunicaciones puede ser aplicada respecto de los *procesados*, pero además a *las personas que presenten indicios de responsabilidad criminal*, así como respecto de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, como por ejemplo el teléfono de un vecino o del establecimientos comerciales de cuya utilización se sospechare. En ambos casos la competencia pertenece a la autoridad judicial, con la salvedad antes dicha, en casos de urgencia relacionados con la investigación de hechos terroristas es la autoridad administrativa quien tiene la facultad de decretarla.

Esto significa, de acuerdo con Carmen LAMARCA, que la norma no se refiere solo a casos de terrorismo, sino que también a las investigaciones que se lleven a cabo con ocasión de un delito común, y por tanto "desde esta perspectiva, que se incrementa la necesaria intervención judicial no es tranquilizador, pues no es su ausencia lo que inquieta..." sino mas bien el hecho de que "la observación afectará no solo a los responsables de hechos criminales, sino a toda persona que utilice el medio de comunicación, singularmente el teléfono, que se sospeche es usado por el delincuente"²⁶⁶.

Finalmente, la LO 4/1988 *no se pronuncia sobre la competencia* que se asigna para el conocimiento y juzgamiento de los hechos relativos al terrorismo. En una "disposición transitoria"²⁶⁷ faculta a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional para

²⁶³Tratándose de un Estado de excepción, el art. 18.1 LO 4/1981 permite que previa autorización del Congreso de diputados, que la autoridad gubernativa intervenga conversaciones telefónicas, sin que se prohíba expresamente que se escuche el contenido de las mismas.

²⁶⁴En relación al régimen jurídico aplicable a esta medida, véase STS de 18 Junio de 1992 (RA 6102, caso Naseiro).

²⁶⁵LAMARCA, C. 1989, p.985.

²⁶⁶LAMARCA, C. 1989, p.986.

²⁶⁷ La norma no parece tener la transitoriedad a la que se alude al no señalar límites cronológicos de aplicación en parte alguna. Mas ampliamente, TERRADILLOS, J. 1988, pp.127-131. Sobre el papel de la Audiencia Nacional puede consultarse la obra de MESTRE DELGADO, E., 1987 y el artículo de MONTON REDONDO, "La Audiencia

continuar conociendo de las causas por delitos cometidos en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes. La creación de ambas instituciones, como veíamos mas atrás, había generado una fuerte crítica en cuanto órganos ejecutantes de la legislación excepcional, suponiendo una excepción al derecho al Juez Natural y al principio de inmediación, crítica a la que nos sumamos. Se impide, como reitera C. LAMARCA, “la fiscalización directa y personal por parte del juez natural” cuya consecuencia práctica es que se contribuye a la creación de “un espacio policial autónomo”²⁶⁸, cuestión que político criminalmente no queda del todo clara ya que pareciera ser que la mantención de esta judicatura encuentra su razón de ser en el campo político y en la necesidad de una mayor eficacia en la operatividad policial²⁶⁹.

Además, como manifiestan ARROYO ZAPATERO y SERRANO PIEDECASAS la existencia de esta jurisdicción especial obstaculiza el rol de mediación social del Poder Judicial, esto es, su función de intervención y mediación en los conflictos y en defensa de los intereses sociales²⁷⁰. Es sin duda difícilmente compatible la eficacia y oportunidad de la intervención judicial ante la suspensión de los derechos fundamentales con el nombramiento de jueces especiales y sobre todo tratándose de casos de terrorismo en los que prácticamente es la policía la que califica los hechos como tales delitos y procede inmediatamente a la suspensión de derechos que autoriza la Constitución.

Pero en cambio, en relación al procedimiento aplicable, el art. 779, párrafo tercero de la LECrim, establece la aplicación del *procedimiento abreviado* para delitos de terrorismo (art. 384 bis) que, reiterando una idea apuntada en un capítulo anterior, no parece ser el proceso idóneo para el enjuiciamiento de delitos que acarrear penas tan graves.

En suma, desde 1988 el tratamiento procesal de los delitos de terrorismo no ha sufrido grandes modificaciones, aparte de la declaración de inconstitucionalidad que del art. 504 bis de la LECrim realizó el Tribunal Constitucional en STC 71/1994 de 3 de marzo, pareciendo con ello limitar la intervención del Ministerio Fiscal para la salvaguarda del principio de igualdad.

3.- Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995

Coherente con la tendencia que se observaba a nivel europeo de la reforma de los códigos penales se plantea a nivel de Europa y que en España venía advirtiéndose desde 1978, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre dio a luz a un nuevo Código Penal, como respuesta a la urgente necesidad de reformar la legislación existente para adecuarla a las nuevas necesidades sociales, económicas y políticas²⁷¹. Su importancia ante todo es sin duda política, es el primer Código penal aprobado democráticamente por un Parlamento elegido en sufragio

Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y su competencia objetiva en materia penal”, en RPDI, 1979, pp. 341-535, además de la bibliografía citada anteriormente.

²⁶⁸LAMARCA, C. 1985, p.399, 1989, pp.980-981

²⁶⁹TERRADILLOS, J. 1988, p.131.

²⁷⁰ARROYO ZAPATERO, 1985, p.203, SERRANO PIEDECASAS, 1988, p.213

²⁷¹Ha sido objeto de discusión tanto a nivel político como académico la "necesidad" y "oportunidad" del CP. Quienes le consideraron necesario y oportuno se basan en que, el anterior CP no era un texto que otorgara seguridad jurídica ni parecía adecuarse a la Constitución, ni reflejaba ya las transformaciones sociales sufridas desde que fuera dictado por primera vez (150 años), pese a las sucesivas reformas. En este sentido se manifiestan Diego LÓPEZ GARRIDO y Mercedes GARCÍA ARÁN M.; *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Eurojuris, Madrid, 1996, p. 26. Quienes consideran inapropiado el momento aluden a una precipitación del legislador en razón de ciertos condicionamientos circunstanciales, lo que indudablemente se refleja en errores de técnica legislativa (GARCÍA PABLOS, Antonio; *"Líneas político criminales del nuevo Código Penal"*, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 19-21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita (ed.), Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, pp. 32 - 33. Destacando "el desprecio a la seguridad jurídica" manifestado en la reforma de preceptos contemplados en Proyectos de ley recientes a su dictación, y rescatando el anterior CP, GIMBERNAT, E.; *"El nuevo código Penal: valoración global de los criterios político-criminales que lo informan"*, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 19-21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita (ed.), Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, pp. 28-30.

universal. A nivel jurídico, su importancia radica en el hecho de modificar sustancialmente los criterios político criminales y cuestiones de técnica jurídica que se arrastraban desde 1848²⁷² que ya habían sido advertidas en las constantes reformas penales iniciadas tales como el proyecto de Código de 1980 y el de 1992, y la LO 8/1983 de 25 de junio sobre Reforma urgente y parcial del Código Penal²⁷³.

El llamado “Código Penal de la democracia” continuó con los criterios rectores de las LO 3/1988 y 4/1988 de 25 de mayo que reformaron el CP y la LECrim derogando la LO 9/1984, y mantuvo los delitos de terrorismo en el Código Penal común. El CP de 1995 tuvo por misión ordenar bajo un mismo título normas que se encontraban dispersas en el Código, y los contempla bajo un título especial, recuperando el nomen iuris “terrorismo”²⁷⁴. Sin duda la incorporación de los delitos de terrorismo al texto legal común se adecúa a los criterios del garantismo penal. Lo que no parece adecuarse a ellos es la incorporación de una normativa excepcional a la ley sustantiva y procesal.

La derogación de los principios generales del Derecho Penal común en los delitos de terrorismo, que se manifiesta en la reaparición de figuras y técnicas que habían sido derogadas (delitos completos), así como el excesivo e innecesario rigor de la pena aplicable, penalidad que por lo demás resulta mas elevada que la anterior, se aprecia como “injustificados resabios autoritarios”²⁷⁵. Injustificados, a nuestro entender por cuanto la emergencia penal sustantiva y procesal había demostrado no ser capaz de dar una solución a la violencia practicada por las organizaciones armadas, cuestión ésta que el legislador parece no haber considerado en toda su extensión dando pie con la mantención de la normativa de excepción a la infracción de principios elementales de derecho penal: legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, entre otros. En otros aspectos innova de manera positiva en relación a la legislación anterior.

Los criterios político criminales que se adoptan en la actual regulación contra el terrorismo obedecen a los ya conocidos, de un lado la agravación de las penas, y del otro, una atenuación sobre la base de un tratamiento privilegiado para el caso de los arrepentidos. Podríamos resumir los aspectos mas importantes de la actual ley penal antiterrorista en:

- a) Concepto legal de terrorismo: El CP continúa con la tendencia heredada de la anterior legislación, y sin dar una definición, construye su concepto sobre la base de dos elementos: teleológico y estructural.

En cuanto al *elemento teleológico*, el art. 571 CP exige la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Esto plantea serias dificultades al momento de determinar cuál es el interés jurídico protegido por la norma toda vez que los delitos de terrorismo se ubican dentro de los delitos contra el Orden Público. Por otra parte, serias dificultades planteó al principio la expresión “subvertir el orden constitucional”, ya que la incriminación parecía estar dirigida tan solo a las formas de terrorismo insurgente o subversivo. Serias dificultades por cuanto si entendemos junto con LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN que "no es posible entender el Código sin conocer los objetivos de política criminal sobre los que se apoya"²⁷⁶, tenemos que - por ahora- preguntarnos cuáles serían los motivos que inspiraron al legislador a dejar fuera la punición de organizaciones armadas que, actuando de manera terrorista,

²⁷²VALLE MUÑIZ, J.M.; *Código Penal de 1995. Prólogo*, Ed. Aranzadi, Edición especial VIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de Salamanca, Pamplona, 1996

²⁷³FERNÁNDEZ GARCÍA; Julio; “*El Código penal: Diez años después. Valoración general*”, en *Nuevas Cuestiones Penales*; Ed. Colex, Edición especial X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal; Universidad de Salamanca, 1998, p.11

²⁷⁴FERNÁNDEZ, E.M; GANZEMÜLLER, C.- ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J., VENTOLÁ, F.; *Delitos contra el Orden Público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*. Edit. Bosch, 1998, p. 334.

²⁷⁵GARCÍA PABLOS, 1996, p. 33

²⁷⁶LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN, 1996, p.26

pretendían "preservar el orden constitucional". Quizás porque, como estos mismos autores advierten, el Código Penal en definitiva no es más que una "decisión política objetivada", como cualquier otra ley.

En cuanto al *elemento estructural* el CP continúa exigiendo la "organización" como requisito intrínseco de este tipo de delincuencia bajo los conceptos de "banda armada", "organización o grupo terroristas", tendencia que veníamos observando desde la legislación de 1978. Ellos continúan regulándose como asociaciones ilícitas de los arts. 515 a 521. Sin embargo el CP innova en esta materia ya que en el art. 577 parecen sancionarse conductas de terrorismo individual: "los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupos terroristas....".

Dos breves consideraciones: *Primera*, no queda del todo claro si el espíritu del legislador fue sancionar el terrorismo individual o solucionar un problema de carácter procesal²⁷⁷. Hasta ahora la ley penal siguiendo la tendencia de considerar el terrorismo como crimen organizado, había sancionado el terrorismo sobre la base de la "organización terrorista". Mirando el art. 577, pareciera que el legislador se aparta en cierto modo de esta concepción. *Segundo*, desde el punto de vista sociológico y criminológico es sin duda posible la existencia de terrorismo individual, pero llevar este criterio al campo jurídico resulta injustificado y peligroso.

"Injustificado", porque como veremos, las conductas que pueden caer dentro del tipo dicen relación con formas de delincuencia común para las cuales el ordenamiento penal ya tiene medios sancionatorios suficientes. Las manifestaciones de violencia de ciertos grupos juveniles, el lanzar cócteles molotov, etc. no son - a nuestro entender - delitos de terrorismo, y si se pretende sancionarles como tales nos encontramos ante un problema de prueba. Y ya en el campo procesal penal y no sustantivo: tendrá que probarse que el sujeto "integra" el grupo X y que éste a su vez depende de la organización terrorista. Y tendrá que probarse que las personas que lanzaban cócteles molotov cuentan con una estructura jerárquica, organizada, con una división de funciones, etc. "Peligroso", porque es posible que puedan ser sancionadas como conductas terroristas manifestaciones de violencia política de carácter esporádico o espontáneo.

b) Tipificación de los delitos: El CP hereda la técnica empleada del CP de 1944 y sistematiza los delitos de terrorismo agrupándolos en la sección Segunda del Título XXII del Libro II del CP, que se refiere a los "Delitos contra el Orden Público". Opta así por la incriminación autónoma de los mismos, lo que a juicio de un sector doctrina tiene un "valor y un carácter más sistemático y formal que sustantivo y material"²⁷⁸.

Si en la incriminación autónoma de estos delitos el CP se diferencia de la legislación inmediatamente anterior, en lo que no innova es al mantener su tipificación como delitos comunes cuya penalidad se agrava ante la presencia de elementos subjetivos (la finalidad) y objetivos (la estructura u organización). Esto es, las formas de exteriorización del terrorismo se traducen en delitos comunes: estragos, incendio, atentados contra la vida, la integridad y la libertad, depósito de armas o municiones, todos los cuales ya habían sido previstos por anteriores legislaciones. En lo que sí innova es en la tipificación de los atentados contra el patrimonio cometidos con el fin de recaudar fondos para la organización terrorista. El CP asimismo abre una puerta para que entre bajo la rúbrica de terrorismo cualquier supuesto (siempre que se cumpla con la citada finalidad), con una "cláusula residual" (art. 574).

²⁷⁷En este sentido LAMARCA, C. 1999, pp.12-14, en cambio FERNÁNDEZ, E.M., GANZEMULLER y otros, sostienen que el CP 1995 "permite formular un concepto de terrorista individual o terrorista solitario". Ob. cit. 1998, p.338

²⁷⁸ Así POLAINO NAVARRETE; M. "*Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo*", en *Curso de DP. Español*, dirigido por COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, 1997, p.902.

La severidad en las penas la encontramos por ejemplo en: 15 a veinte años de prisión por la comisión de delitos comunes como estragos e incendio (art. 571); 20 a 30 años cuando se tratare de delitos contra las personas (art. 572.1), con posibilidades de ser agravada en el caso de cumplirse alguna condición especial en el sujeto pasivo, esto es, se trate de algún tipo de autoridad (art. 572.2), pena de prisión de seis a diez años para el depósito de armas o municiones lo mismo que para su mera tenencia o suministro. Y esta agravación se observa también desde que se sanciona con la misma pena la pertenencia a una organización terrorista que la colaboración con la misma cuando se cometieren delitos comunes o contra las personas (arts. 571 y 572).

c) Formas de participación: Dos temas interesa destacar; la tipificación y sanción de las conductas de colaboración, y la elevación de la penalidad - en relación a la comúnmente prevista por el CP- para los promotores y directores de la organización.

La sanción a las conductas de colaboración se encuentra prevista de manera dual: específicamente para los que "colaboren o actúen al servicio de" las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, situación prevista por los arts. 571 y 572, en cuyo caso, se equipara la sanción a la de los "pertenecientes" a las citadas organizaciones. La colaboración se contempla de manera genérica en el art. 576 tipificándose la conducta de manera autónoma cuando no se llegare a la comisión de los delitos comunes previstos por los arts. 571 y 572. Si bien el art. 576, en relación al derogado art. 174 bis a) comentado, reduce el marco punitivo, amplía su ámbito de aplicación haciendo una extensión de la punición incompatible con dicha reducción. El art. 572 agrava - en relación a la LO 3/1988- la sanción correspondiente para los promotores o directivos, sin distinguir para tales efectos entre las conductas de autoría en cuanto promotores o directivos y la conducta de participación como mero integrante de la asociación ilícita.

d) Íter críminis: De manera similar a la anterior legislación, el art. 578, amparado en la autorización que le confiere el art. 18 del CP, adelanta la barrera de protección penal y contempla la punición de las conductas de provocación, conspiración y proposición para cometer delitos de terrorismo.

e) Apología del terrorismo: El CP de 1995 suprimió la punición general de la apología y la substituyó por la apología como forma de provocación, esto es, exigiendo que se incite directamente a cometer un delito. La provocación de acuerdo a las reglas del CP solo ha de castigarse en los casos concretos previstos por el texto legal, en los que se incluye el terrorismo. Pero si bien en ello se advertía un cierto progreso en esta especificación: "incitación directa a cometer el delito", no quedó resuelto el conflicto libertad de expresión v/s razón de Estado que constituye la médula de la punición de esta conducta. Dicho conflicto se ha visto exacerbado por la **LO 7/2000** que creó un nuevo tipo penal que castiga la "*exaltación del terrorismo*".

f) Derecho penal premial: El art. 579.3 CP, modificado por la **LO 7/2000**, consagra un tratamiento privilegiado para los terroristas arrepentidos, premiando con una atenuación de la pena los comportamientos de abandono de las actividades delictivas, confesión de los hechos y la colaboración con la justicia. Se faculta a la autoridad judicial para imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, y se elimina la posibilidad de otorgar la remisión total de la pena, esto es, el indulto judicial.

Sin perjuicio del análisis que tendremos oportunidad de realizar destaquemos que esta figura ha suscitado una polémica doctrinaria en la que se alega que ha sido nuevamente la razón de Estado la que se impone por sobre el respeto a las garantías mínimas y a los principios generales de derecho penal sustantivo y procesal. El reproche moral al arrepentimiento en cuanto forma de delación, la dificultad para su acceso ya que exige la "colaboración activa" (que solo están en condiciones de proporcionar quienes conozcan datos sobre la organización), el peligro para el establecimiento de la verdad procesal al convertir a la confesión en la prueba

reina del proceso, instituto propio del sistema inquisitivo, y la innecesariedad de contemplar esta norma toda vez que a la misma rebaja de pena podría llegarse a utilizar las vías que el CP contempla para casos comunes (art. 66)²⁷⁹, son entre otros algunos de los problemas que trataremos.

III.- CONCLUSIONES.

I.- EN CUANTO A LA LEGISLACIÓN CHILENA:

1.- Conforme a lo expuesto, el tratamiento jurídico del terrorismo en Chile como delitos de nomen iuris propio comienza tardíamente en su historia jurídica. Desde la irrupción del régimen militar en 1973 el legislador recurre a disposiciones más gravosas para los derechos de las personas sobre la base de una nueva concepción de la seguridad del Estado que se orientaba por la Doctrina de Seguridad Nacional. Poco a poco la legislación fue concretando el objetivo de reprimir a la disidencia política, especialmente en torno a la represión de las asociaciones consideradas ilícitas. No solo se contaba con el tipo del Código Penal, sino que además estaba el de la LSE, y posteriormente en 1977 con la promulgación de la Ley de Control, de Armas, N°17.798, se crea un tipo penal específico: formación de grupos de combate armados o partidas militarmente organizadas. No es sino hasta 1984 que se dicta una ley específicamente destinada a reprimir las conductas de terrorismo.

Conviene tener presente que con la promulgación de la Constitución de 1980 comienza “el proceso de institucionalización autoritaria”. Esta idea resulta clave para comprender el por qué sostenemos que en Chile debe hablarse de violencia política y no de terrorismo. La Constitución de 1980 fue elaborada por el Consejo de Estado, organismo que la Junta Militar había creado en 1975, y que carecía de representación popular. Como hemos señalado, sus miembros fueron designados por Augusto Pinochet en su calidad de presidente de la República, y su aprobación tuvo lugar mediante plebiscito en un escenario político marcado por la represión y la falta absoluta de garantías para los ciudadanos. Solo cuando ya los destinos políticos de Chile se encaminaban hacia una transición democrática, la Constitución de 1980 fue objeto de una reforma. Reforma que se realizó en 1989, aún con Pinochet a la cabeza del gobierno. Y aunque en esta última se intentara adecuar su normativa al marco legal que imponen los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, ello no obsta a reconocer que los orígenes de la Constitución de 1980 son antidemocráticos. Cabe preguntarse entonces si es posible la “democratización” a posteriori de un texto legal viciado desde su nacimiento, democratización que sirviera para sostener las bases de legitimidad del actual régimen de gobierno. En nuestra opinión, sólo la existencia de una Asamblea Constituyente que representando a los ciudadanos elabore una nueva Carta Fundamental, puede crear un nuevo orden democrático y fortalecer las bases de legitimidad sobre las que se asienta el Poder político.

Es en este texto constitucional donde por primera vez se habla de terrorismo. La Carta Fundamental en su artículo 9º, ya examinado, contrapone el terrorismo “en cualquiera de sus formas” a los derechos humanos. Esta noción de terrorismo, rica en amplitud, tiene una ventaja y una desventaja igualmente poderosa: podría caber en ella la sanción al terrorismo de Estado, pero a la vez conductas que no tienen que ver con el terrorismo, por ejemplo, la violencia social contra un gobierno ilegítimo, o la criminalidad organizada del narcotráfico.

Siendo los delitos de terrorismo extremadamente graves, el constituyente encargó al legislador la elaboración de una Ley Orgánica Constitucional que regulara las conductas de terrorismo, y a la vez se preocupó de establecer sanciones accesorias de inhabilitación y la pérdida de ciudadanía para el condenado; y la suspensión del derecho a sufragio para el procesado. A este respecto cabe acotar que no parece adecuarse al Estado de derecho, el hecho

²⁷⁹LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p. 206

de que se suspenda el derecho a sufragio a quien aún no se ha probado responsabilidad, un procesado. Asiste a este “no condenado” la presunción de inocencia contemplada en el art. 19 n°3 de la CPRCH. Tampoco se adecua al Estado de derecho, ni parece perseguir una real solución al problema del terrorismo, el que se contemplen penas accesorias tan severas. Estamos hablando de una inhabilitación de 15 años para ejercer cargos u oficios públicos, para ser director de establecimientos educacionales dirigente gremial o sindical, etc. Estamos hablando de que el “terrorista” deja de ser ciudadano.

Si al terrorismo se le cierran los canales de participación política, se le proporciona un legítimo argumento para continuar existiendo. No puede pedirse que se reinserte a la sociedad a quien se le niega el derecho a participar, a quien se le niega la posibilidad de “experimentar” la convivencia democrática. Parece ser que el constituyente, en un criterio retribucionista, olvida que con el terrorismo solo cabe como solución la negociación política.

A lo anterior se suman las graves consecuencias en materia procesal y de garantías. La Constitución Política faculta en el art. 19 n°7 para detener a los presuntos responsables por delitos de terrorismo, hasta por diez días, en cuarteles policiales, y para incomunicarlos en dicho lapso. Se atribuyen por tanto, facultades a la autoridad administrativa en desmedro no solo de la autoridad judicial, sino del propio detenido: Primero, la calificación de los hechos corresponde a los agentes policiales que detienen. Segundo, carece de sentido privar al juez de la presencia del detenido durante este lapso ya que la declaración que ante él presta es la única que tiene valor probatorio pleno. Tercero, se convierte a la prueba de confesión en la “reina” del proceso ya que no vemos otra finalidad en esta detención que la obtención de una confesión extrajudicial, que puede haber sido obtenida bajo apremios ilegítimos o tortura.

2.- La Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

La ley 18.314 de 1984 nació como consecuencia del mandato constitucional contenido en el art. 9°, con dos objetivos claramente diferenciados expresados en el Mensaje Legislativo: por una parte, sancionar al terrorismo asegurando la protección de los derechos y garantías constitucionales, pero por la otra “agilizar los procedimientos” otorgando amplias facultades a la autoridad administrativa, especialmente policial. En su contenido esta ley refleja claramente cual era la respuesta del gobierno militar al clima de violencia política que cada vez mas se acrecentaba en el país, producto del descontento popular. El adversario político era ahora “terrorista”.

En lo sustantivo penal, es la primera vez que en la legislación chilena se contempla a los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio, consagrándoles en una ley penal especial que contiene para los mismos un tratamiento jurídico penal y procesal penal también excepcional. Pero, no se advertía en parte alguna un concepto de terrorismo, ya que el largo catálogo de conductas descritas carecía de un elemento subjetivo que permitiera diferenciar al terrorismo de otras conductas de violencia. El terrorismo se convirtió en el “cajón de sastre de todas las conductas relacionadas con la disidencia política, especialmente las de violencia social. Coincidimos con la doctrina ya citada en cuanto a que esta técnica legislativa llevaba a la contraposición de la ley con el concepto constitucional de terrorismo que lo sindicaba como contrario a los derechos humanos.

El tratamiento procesal seguía las directivas que da la Constitución, y así se dota a la autoridad administrativa de amplias facultades en materia de detención, proceder a la incomunicación del detenido por todo el tiempo de la detención, entre otras. Con respecto a ésta última, no existía plazo límite y, por tanto, no era de extrañar que los inculcados o procesados sufrieren incomunicaciones de veinte, treinta o más días. Creemos que el hecho de que sea la autoridad administrativa la que califique la situación para proceder a la detención, y lo haga sin necesidad de mandato judicial, riñe con el principio de separación de poderes y legalidad en la medida en que al juez se le priva de su natural función. Más aún cuando la ley contempla esta

facultad de manera amplia, esto es, la autoridad administrativa, puede proceder a la detención sin mandato judicial, aún cuando ya se hubiere iniciado un proceso. ¿No está ejerciendo entonces la autoridad administrativa funciones judiciales?. Se infringe claramente el principio de legalidad en materia penal que establece que la facultad de juzgar las causas civiles y criminales corresponde a los tribunales de la República, y que nadie, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias puede arrogarse esta facultad (art. 73 de la CPRCH). Por otra parte, la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos pertenecía a la justicia militar, toda vez que el CJM otorgaba el carácter de delitos militares a las conductas de terrorismo, para efectos de la competencia.

En síntesis, las imperfecciones de que adolecía la ley 18.314 eran: la ausencia de un concepto de delitos de terrorismo producto de una diversificación extrema de las conductas, agravación excesiva de la penalidad, que incluso llegaba a la pena de muerte en algunos casos, se alteraban las reglas del iter críminis hasta el punto de castigar como consumado el delito frustrado, además de las procesales ya comentadas.

3. Reformas a la ley 18.314.

Siendo la LCT un arma lo suficientemente eficaz para neutralizar a la disidencia política, y una vez iniciado el lento proceso hacia un cambio político en el país, se hizo necesaria su reforma. Especialmente cuando en 1989 se había realizado una reforma constitucional tendiente a resguardar en mejor forma los derechos y garantías individuales. Han sido, qué duda cabe, las *Leyes Cumplido*, las que marcan este proceso de transformación, con la intención de dar pronta solución al problema de los presos políticos del gobierno militar. Por la ley 19.027 de enero de 1991 se modificó la LCT, y por la 19.047 se modificaron la LSE, LCA, Código de Justicia Militar, Código Penal, Código de Procedimiento penal, entre otros.

La ley 19.027 transformó completamente la ley 18,314 sobre conductas terroristas, pudiendo destacarse:

En cuanto al concepto de terrorismo, intenta eliminar el criterio objetivista definiendo el terrorismo sobre la base de un catálogo de delitos comunes cometidos con determinadas finalidades. ¿Por qué se produce este cambio?. Porque ya el legislador, adecuándose al cambio político, ya no entiende el “terrorismo como ideología” sino como un “método de acción criminal” que puede ser utilizado por actores políticos de derecha e izquierda, por narcotraficantes, por religiosos, etc. Esta nueva concepción no logra solucionar el problema de convertir al terrorismo como el cajón de sastre de las demás conductas, ya que no contiene una descripción específica ignorando por completo que la finalidad en el terrorismo es en último término política. Sí considera, en cambio, a finalidades que “tradicionalmente” han integrado el concepto de terrorismo, finalidades que parecen ser mas bien “medios en la conducta” o un “resultado” de la actividad terrorista, más que elementos subjetivos específicos²⁸⁰.

En cuanto a la penalidad, más que racionalizar las penas, como argumenta la doctrina, la ley otorga un marco mas amplio al juez para su aplicación. No se trata de penas únicas, sino que el sentenciador tiene la posibilidad de deslizarse por una escala mas expedita. La regla general es que las penas establecidas en la ley penal para las conductas comunes se agravan en uno, dos o tres grados.

En cuanto a la sanción de actos preparatorios no se realizaron grandes modificaciones. La ley 19.027 agrava la pena asignada a la tentativa aplicando la pena mínima asignada por la ley al delito consumado. Se sanciona también la amenaza de cometer alguno de los delitos de terrorismo con la misma pena asignada a la tentativa. En esto debe reconocerse que ya la amenaza no es considerada un tipo autónomo como ocurría con el antiguo art. 1º nº15.

²⁸⁰ Infra Cap.VI, Apdo. 3º, *Elementos básicos del tipo de injusto en las legislaciones chilena y española...*

Finalmente la ley 19.027 opta por reproducir el antiguo art. 7 de la ley 18.314 al disponer que la conspiración para cometer delitos de terrorismo se castigará con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados, y solo elimina la simple proposición para delinquir. Se trata de una alteración en las reglas generales sobre penalidad, en las que se sancionan actos con una rebaja de pena sobre la base de que la consumación del delito aún no ha llegado a verificarse a pesar de la exteriorización de los propósitos terroristas. Consideramos que si bien es cierto que el mismo legislador faculta para sancionar actos preparatorios en determinados casos, no parece adecuarse al *principio de proporcionalidad* la severidad de las penas a que puede llegarse²⁸¹.

En cuanto a la organización terrorista, ella no es un elemento del concepto de terrorismo, sino un tipo penal específico: asociación ilícita terrorista. Y estrechamente ligada a ella se encuentra el delito de secuestro estableciéndose una presunción sobre el carácter terrorista del secuestro cometido por una asociación de este carácter, sin importar la finalidad que se persigue con el secuestro. En otros términos, una asociación ilícita con el objeto de financiar su infraestructura comete un secuestro exigiendo rescate. Por el solo hecho de cometerlo la citada organización el secuestro pierde el elemento subjetivo que exige el art. 1° para convertirse en “objetivamente terrorista”. la pena a la que se puede llegar sumando ambos delitos resulta excesiva.

Por último, la ley 19.027 no modificó las normas relativas al arrepentimiento eficaz, estableciéndose una atenuación de la misma hasta en dos grados. Pero el legislador quiso ir más allá y “experimentar” con este derecho penal premial cuya influencia adquirió de la legislación comparada: el testigo de la corona, el pentiti, el arrepentido. Promulgó la ley 19.172 de 1992 que reguló mas detalladamente el arrepentimiento.

En el aspecto procesal lo más relevante fue la eliminación del carácter de delito militar que el CJM atribuía al terrorismo. La competencia dejó de pertenecer a los Tribunales Militares y pasó a ser de los Tribunales Ordinarios. Quizá lo más destacable de esto es que sobre la base de la nueva tipificación legal, los delitos cometidos bajo el régimen militar fueron objeto de recalificación para adecuarlos a la nueva ley, y pasaron a ser conocidos por la justicia ordinaria.

Cabe hacer una salvedad a este respecto y es que, aún cuando se priva a los tribunales militares del conocimiento y fallo de las causas por delitos de terrorismo, también se contemplan tribunales especiales dentro de la jurisdicción común. La regla general es que los delitos de terrorismo sean conocidos por el juez del crimen que corresponda al lugar de los hechos; sin embargo, cuando el proceso se iniciare a requerimiento de alguna autoridad, quien deberá conocer es un Ministro de la Corte de Apelaciones especialmente designado para estos efectos. Y existe un caso en el que pueden continuar conociendo los tribunales militares: cuando el delito fuere cometido por militares o por éstos y civiles conjuntamente.

Se mantienen en lo demás las normas de la ley 18.314 relativas a la ampliación del plazo de detención, incomunicación, allanamientos y registros, intervención en las comunicaciones, y prisión provisional, a cuyo examen ya nos abocamos.

4.- *Garantías constitucionales que se ven afectadas por la ley 18.314.*

5.1.- *Principio de legalidad*

²⁸¹ Así por ejemplo, la tentativa de “colocar, lanzar, o disparar bombas o artefactos explosivos” (art. 2 n°4) sería sancionada con presidio mayor en su grado mínimo, esto es, cinco años y un día a diez años de prisión; y la conspiración para cometer este mismo delito puede llegar a la misma sanción o a lo sumo presidio menor en su grado medio, esto es, quinientos cuarenta y un día a tres años de presidio. Imaginémos una conducta como la desplegada por jóvenes que en una manifestación conspiran para arrojar cócteles molotov, o que dan comienzo a la ejecución del acto y éste no llega a consumarse. No es en absoluto una pena proporcional.

A través del examen realizado hemos podido observar que la ley 18.314 en muchos aspectos se contraponen al *principio de legalidad* consagrado en el art. 19 n°3 de la CPRCH, Siguiendo la clasificación que de las garantías de dicho principio hace MIR PUIG²⁸² podemos apuntar que:

En relación a las *garantías criminal y penal, nullum crime, nulla poena sine lege*, los incisos 7° y 8° del art. 19 n°3 de la CPRCH, señalan que: nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, y que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado, esto es, la irretroactividad en materia penal y el principio pro reo. La garantía criminal nos exige que el delito se halle determinado por la ley, esto es, la *tipicidad*. De acuerdo a lo expuesto, la amplitud de los tipos penales de terrorismo contenidos en la ley 18.314 vulnerarían este principio.

Se infringe también el principio de legalidad cuando el art. 19 n°3, inciso 6° CPRCH, establece *que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal* y la ley 18.314 vigente presume de derecho en el art. 1° N°1 la finalidad terrorista de intimidar a la población por el hecho de cometerse el delito mediante determinados medios de comisión especialmente dañinos o destructivos.

La falta de especificidad en la descripción del tipo y los errores en la técnica legislativa han llevado también a un problema de concurso de leyes con el art. 8° de la LCA, provocando que los tribunales infringieran, en no pocas ocasiones, el *principio del non bis in ídem*, al procesar dos veces por un mismo hecho; y el *principio de cosa juzgada*, al condenar dos veces por un mismo hecho. También se ha dado que, ante la interposición de recursos de amparo, los tribunales resolvieren el concurso de leyes en favor de la ley que contemplara la sanción más alta. Y un concurso de leyes se produce también con la exacta descripción típica de las figuras de secuestro terrorista y secuestro sancionado por la LSE²⁸³.

En relación a la *garantía jurisdiccional*, el art. 19 n°3 inciso 5° indica que, toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento. La sola existencia de un procedimiento con reglas especiales relativas a la suspensión de derechos fundamentales, nos da una luz en torno a la violación de las garantías. Es cierto que las sentencias de los tribunales se han fundado en procesos previos, y la duda nos cabe en cuanto han sido en todos los casos “legalmente tramitados”. Las amplias atribuciones a la autoridad administrativa, en desmedro de la función natural del juez, la ampliación del plazo de detención, las incomunicaciones prolongadas, ¿no son acaso una puerta abierta para que los procesos no se tramiten legalmente?. Acertada fue la ley 19.027 al suprimir la competencia de los tribunales militares para los procesos sobre delitos de terrorismo. Naturalmente el tribunal militar era “juez y parte” en el proceso, toda vez que se trataba de un ataque al orden establecido por su gobierno.

5.2.- Principio de igualdad ante la ley

²⁸²MIR PUIG, Santiago. *DP. PG.*, 4ª edición; Barcelona, 1996, pp.76 y ss.

²⁸³Infringiendo el *non bis in ídem*: L.R.R., acusado de participar en el MJL, fue procesado y condenado por la justicia ordinaria como cómplice en el delito de asociación ilícita terrorista (Rol 53.809 del 17° Juzgado del Crimen de Stgo) y procesado por la Justicia Militar como autor del delito del art. 8° de la LCA (Rol 43-91 de la Fiscalía Militar de Osorno). P.O.M., acusado de pertenencia al FPMR fue absuelto por la Justicia Ordinaria del delito de asociación ilícita contenido en el art. 4° de la LSE (Rol 12-91 de la Corte de Apelaciones de Santiago), y condenado por la Justicia Militar, como autor del delito contemplado en la LCA (Rol 345-94, II Fiscalía Militar de Stgo.) . P.M.H. fue procesado y condenado por el delito de asociación ilícita terrorista (Rol 3557-93, Min. de Corte de Apelaciones Juan Araya E.) y procesado y luego absuelto del delito contemplado en el art. 8° de la LCA (Rol 270-96, Corte de Apelaciones de Santiago).

El art. 19 n°3, inciso 1° de la CPRCH, asegura a todas las personas, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. La existencia de una ley penal especial para regular las conductas de terrorismo, con un tratamiento sustantivo penal y procesal penal especial, parece vulnerar este principio.

PICKERING, manifestándose a favor de la existencia de una legislación especial manifiesta que su necesidad se encuentra en la incapacidad de los instrumentos políticos, jurídicos y militares para hacer frente al terrorismo, lo que supuestamente ha obligado al Estado a abordar políticas de aislamiento para estos sectores, políticas de aislamiento en relación al resto de la sociedad, intentando obtener su aquiescencia para una represión mas fuerte²⁸⁴. Pensamos que han sido razones político criminales de protección a determinados bienes jurídicos lo que ha llevado a la adopción de una legislación especial. Cuando se dictó la ley 18.314, Chile vivía una Dictadura Militar, y por tanto una ley especial para proteger su propio orden político, nació casi naturalmente. En un gobierno democrático no se justifica su existencia ya que los instrumentos políticos y jurídicos de derecho penal común, resultan suficientes para prevenir y sancionar delitos de terrorismo. No hay razón para consagrar una legislación especial que lejos de haber sido el paradigma de solución a los problemas de violencia política, ha llevado mas bien a la vulneración de derechos fundamentales de las personas.

5.3.- *La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.*

La garantía consagrada en el art. 19 n°5 de la CPRCH también se ve afectada por la LCT, toda vez que la autoridad administrativa puede proceder a efectuar allanamientos, registros domiciliarios, e intervenir las comunicaciones. El art. 14 LCT confiere al juez la facultad de adoptar esta medida en relación al procesado. Pero se privilegia a la autoridad administrativa desde que se le faculta para solicitar al tribunal la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones, registros privados o a la observación, por cualquier medio, de personas sospechosas de la comisión o preparación de delitos de terrorismo.

Reparemos a qué autoridades administrativas les confiere esta facultad: Ministerio del Interior, Intendentes, Gobernadores y Comandantes de guarnición, es decir, autoridades políticas interesadas en reprimir a la disidencia política. El derecho penal debe ser utilizado en beneficio de la sociedad en su conjunto y no de un sector de ella. Observamos aquí una infracción al *principio de igualdad*. En segundo lugar, cualquier persona podría verse afectada por la medida, por mínima que fuere su relación con una asociación ilícita. No es necesario detallar los innumerables casos de registros, allanamientos e intervención en las comunicaciones de los domicilios familiares y personas afines de quienes son detenidos por delitos de terrorismo. Y en tercer lugar, nada soluciona la norma con establecer que la resolución que adopte la medida, debe serle notificada, ya que la propia ley le niega la posibilidad de entablar recursos.

5.4.- *El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.*

La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal. Dos cosas queremos destacar: *Primero*, en cuanto a la ampliación del plazo de detención establecida constitucional y legalmente para los casos de terrorismo, ya hemos manifestado nuestra posición crítica: prevalencia de la “eficacia” de la investigación por sobre el derecho a ser interrogado por el juez, autoridad a la que corresponde esta función, convierte a la confesión en el medio de

²⁸⁴A juicio del autor, “se ha visto como necesario crear unidades policiales y de seguridad con capacidad tecnológica suficiente...” y “se han debido dictar legislaciones especiales que contemplan, no solo una mayor severidad en las penas aplicables, sino también la incorporación al ordenamiento jurídico positivo de nuevos tipos penales, correlativos a las novedosas formas de comisión de estos delitos”. “Conjuntamente con ello, se han tenido que introducir modificaciones importantes El autor advierte en todo caso que debe “determinarse la competencia” que se atribuye a la autoridad administrativa (policía) para que cumplan su función sin violentar las garantías constitucionales. PICKERING, 1988, pp.22-23.

prueba por excelencia del proceso, abre la puerta para la violación de derechos fundamentales como la integridad psíquica y física en los interrogatorios policiales, etc. Diez días de privación de libertad del “terrorista” son insuficientes para avanzar en una investigación sobre organizaciones armadas, y demasiados para mantener a una persona en un cuartel policial sin posibilidad de ser interrogado por el juez competente. No tiene justificación la ampliación del plazo de detención en relación con el común de los delitos.

Segundo, la Constitución asegura a todas las personas *el derecho a ser procesado en libertad* (art. 19 n°7 letra e) desde que impone limitaciones al juez para prolongar la prisión preventiva. Tratándose de los casos de terrorismo, hemos dicho, la Constitución “obstaculiza” la concesión de libertad para los procesados por delitos de terrorismo. La dificulta, pero no la niega, como hace el art. 17 de la ley 18.314. La norma de la LCT es, por tanto, contraria a lo que la Constitución Política establece.

6.- En síntesis, las bases de la reforma efectuada por las Leyes Cumplido y que impregnaron la actual LCT pueden reducirse a:

- a) El necesario respeto a las garantías constitucionales del debido proceso legal y especialmente derecho a defensa jurídica, a objeto de solucionar los problemas que su irrespeto durante el gobierno militar causó a numerosas personas procesadas por tribunales militares.
- b) En estrecha conexión con lo anterior, la necesidad de propiciar la reconciliación nacional, objetivo claro del gobierno y fundamento principal de la necesidad de que los presos políticos de la dictadura fueran juzgados conforme a los principios constitucionales y principios contenidos en instrumentos internacionales ratificados por Chile.
- c) La necesidad de establecer a partir de ese momento lo que debía entenderse por delitos políticos (delitos contra la seguridad del Estado); delitos de terrorismo, y delitos militares.
- d) El restablecimiento de un sistema de penas “racional, proporcional y justo” a los delitos contemplados en los textos legales objeto de modificación.

No obstante y como hemos podido observar, si bien la Ley 19.047 y la 19.241 intentaron mejorar la ley original, aún subsisten serios y graves problemas en torno al concepto de terrorismo, la técnica de tipificación que induce a problemas concursales y la sanción de actos preparatorios, la suspensión de garantías, etc.

II.- EN CUANTO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Tras el análisis realizado hemos podido advertir una característica subyacente en la ley española en materia del terrorismo a lo largo de la historia, que se traduce en una oscilación constante entre su tipificación como delitos de nomen iuris propio dignos de un tratamiento por una legislación de carácter especial, y su tipificación como delitos comunes agravados por la finalidad terrorista y en este sentido incorporados a la legislación ordinaria primero de manera dispersa, y finalmente sistematizada, pero sin privarles de un tratamiento “excepcional”.

1.- El proceso de reforma penal en esta materia se inicia en España a partir de 1976 en medio de la preparación de la transición de un régimen político autoritario a otro democrático. Las primeras reformas, por tanto tuvieron por objeto adaptar la legislación penal al cambio político que se experimentaba y en ese sentido se abocaron a la tarea de implementar las vías de participación democrática a través de las elecciones que finalmente tuvieron lugar en 1977. Durante el primer gobierno democrático y sobre la base de los *Pactos de La Moncloa* se continúa un proceso liberalizador que alcanzó a los delitos de terrorismo, los que desaparecen como delitos de nomen iuris propio definitivamente con la Ley 82/1978 de 28 de diciembre, y pasan a considerarse delincuencia común: asesinato, lesiones, detenciones ilegales, coacciones, estragos.

Existe pues, a partir de este momento un afán despolitizador de las conductas de terrorismo. Por otra parte, tras el frustrado golpe de Estado por parte del Ejército en 1981 y contrariamente a lo que sucedía en la época franquista, se produce la "vis atractiva" del delito de terrorismo que atrae al de rebelión militar, esto es, el legislador sobre la base de la finalidad política lo que pretende es reprimir de manera general todas las conductas delictivas que se opongan al Estado.

La consideración de los delitos de terrorismo como delitos comunes no implicó empero un tratamiento jurídico ordinario. A la agravación de las penas, la manifestación más elocuente desde el punto de vista sustantivo - y en este sentido coincidimos con Carmen LAMARCA- es prácticamente la única medida que en este sentido se puede adoptar²⁸⁵, se une por sobre todo la aplicación de medidas especiales en el plano procesal que suponen la suspensión de derechos fundamentales que riñen con los principios del Estado de derecho. Manifestaciones de ello son las limitaciones que se imponen al derecho a la libertad personal (ampliación de los plazos de detención), inviolabilidad de domicilio y secreto en las comunicaciones, y la creación de jurisdicciones "especializadas" e independientes para el conocimiento de los delitos de terrorismo, como lo fue en su época el viejo Tribunal de Orden Público, y actualmente la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción.

Este último punto, como hemos visto, ha suscitado una grave polémica entre sectores políticos y académicos. Al margen de lo que cada uno tenga en mente respecto a si la Audiencia Nacional es un "verdadero tribunal de excepción", o "parte de la justicia ordinaria", cuestión que preferimos denominar: jurisdicción especial dentro de la ordinaria, por razones de formalidad legislativa (LOPJ y CE) ya examinadas, lo que verdaderamente es preocupante es la contradicción con el derecho al juez natural y con el principio de inmediación, lo que significa un obstáculo a la tutela jurisdiccional efectiva.

Cierto es que el sistema democrático debe contar con los instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente a las mas graves formas de criminalidad, y así lo elevó a rango constitucional la legislación española al autorizar la suspensión de garantías en el art. 55.2 de la CE. Lo que no puede aceptarse es que haciendo primar la razón de Estado se contemple un derecho excepcional cuya peligrosidad radica en una extensión del ámbito de aplicación de la normativa antiterrorista para reprimir otro tipo de delincuencia, delincuencia común como ocurrió en el infortunado caso de "Nani", o delincuencia de tipo social como ocurre por ejemplo en la violencia que se desata en huelgas de diversos sectores de la población (obreros, estudiantes, etc.) Son éstos "resabios injustificados de autoritarismo" que critica GARCÍA PABLOS²⁸⁶ y la doctrina en general. Recogiendo las palabras de ARROYO ZAPATERO: "la Política criminal desde 1977 es *contradictoria*, se encuentran en ella elementos de libertad, democracia y autoritarismo...los elementos de autoritarismo se centran fundamentalmente en la lucha contra el terrorismo"²⁸⁷.

A la despolitización de los delitos de terrorismo siguió la tendencia contraria. En 1984 el legislador nuevamente les consideró como delitos de nomen iuris propio a través de la LO 9/1984 para reincorporarlos al Código Penal por la LO 3/1988 manteniéndose en el CP de 1995 cuya mayor innovación fue la de sistematizar bajo un mismo título delitos que se hallaban dispersos, rescatando la técnica de tipificación del CP de 1944.

Desde el momento de la "destipificación" del terrorismo y su reconducción hacia formas agravadas de delincuencia común, como hemos examinado, la legislación ha sido objeto de reformas constantes cuya necesidad aparece cuestionada tanto por la oportunidad y necesidad de tanta reforma, como por el atentado - y no pocas veces- de la seguridad jurídica. Esto es lo que

²⁸⁵ LAMARCA, C.; obs. cits. en el texto 1985, 1989, 1993 c).

²⁸⁶ GARCÍA PABLOS; ob. cit en el texto, 1996.

²⁸⁷ ARROYO ZAPATERO; 1981, p.379.

LAMARCA ha designado como un "proceso de motorización legislativa" que mas bien ha obedecido a la aplicación de determinadas estrategias políticas, lo que ha significado que las constantes reformas "en no pocos casos... se han limitado sencillamente a un mero cambio técnico en el sistema de producción normativa"²⁸⁸. La incorporación tanto sustantivo penal como procesal penal de los delitos de terrorismo no denota, a nuestro entender, progresismo jurídico, que se habría dado en todo caso si la despolitización de las conductas de terrorismo se hubiese llevado a cabo mediante la efectiva aplicación de la legislación ordinaria. Se trata mas bien de una cuestión de "imagen" de despolitización del terrorismo que venía adoptando el legislador en los últimos años.

2.- Otro aspecto que nos interesa destacar es el concepto legal de terrorismo que se ha vertido en la ley penal española. De la evolución legislativa expuesta se desprende que en la legislación española la característica fundamental radica en la carencia de una definición legal de "terrorismo" y la existencia de un concepto que se construye sobre la base de dos elementos: estructural y teleológico.

En cuanto al elemento estructural, por lo menos hasta la LO 9/1984, se erige inclusive por sobre el elemento teleológico, hasta el punto de poder considerar "irrelevante el terrorismo individual"²⁸⁹. Los conceptos de "banda armada" u "organización terrorista" han sido objeto de análisis doctrinario y jurisprudencial, alegándose un problema de interpretación de los mismos cuya consecuencia era la infracción al principio de legalidad. Pero actualmente se ha llegado - como veremos en la tercera parte de esta investigación - a ciertos criterios uniformes en cuanto a los elementos que integrarían estos conceptos.

Mayor problema lo suscitó la expresión "elementos terroristas o rebeldes" que consideró la LO 9/1984. Primero, la referencia "rebeldes" denotaba este afán del legislador de atraer hacia el terrorismo el delito de rebelión. Segundo, abría paso a la sanción del terrorismo individual. Esto último se plasmó en el CP de 1995. Si bien el legislador acierta al suprimir la referencia a "elementos terroristas o rebeldes", en el art. 577 del CP sanciona a "los que sin pertenecer a banda armada..." realicen delitos de terrorismo. No se sabe si lo que subyace a la norma es la sanción al terrorismo individual o la sanción de conductas de colaboración para evitar los obstáculos procesales que en materia de prueba pudieren suscitarse.

3.- Las dificultades que en el plano sustantivo, y como manifestación de la excepción, plantea la punición de las conductas de colaboración equiparadas a las de autoría ha estado también presente a lo largo de la historia legislativa del terrorismo. A ello se unen la llamadas cláusulas residuales en las que se sanciona bajo este título "cualquier acto de colaboración", con lo que se infringe el *principio de legalidad*. Existe pues una contradicción con este principio desde que se acude reiteradamente a términos carentes de una total precisión, tales como "delito relacionado con la actividad de..." que preveía el antiguo art. 57 bis a) del CP de 1978, y en la actual regulación del CP de 1995, "cualquier otra infracción" (art. 574 CP), "lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración..." (art. 576.1), "cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación" (art. 576.2 CP).

La sanción de actos preparatorios y de formas delictivas como la inicial "apología del terrorismo" que consagró la LO 9/1984, cuestionada por STC 199/1987, derogada finalmente con la LO 3/1988 y confiándola a la figura común de apología, dio también puntos álgidos en la discusión doctrinaria. Chocan en esta figura la razón de Estado y la libertad de expresión. El sistema democrático tiene que defenderse pero, ¿es necesario llevar la defensa al extremo de quebrar el Estado de derecho con la punición de conductas que bien pueden ser manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión?.

²⁸⁸ LAMARCA, C.; 1989, p. 956.

²⁸⁹ Así, LAMARCA, C. 1985, p.188

Debe reconocerse en este ámbito el avance que supuso el CP de 1995, y es que, como advierten LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, recondujo la apología a una forma de "provocación" del delito, suprimiendo la punición general existente. La actual regulación exige que se "incite directamente a la comisión de un delito" (art. 18 CP). Pero esto a su vez proporciona un argumento más para quienes creemos que sería adecuado a los principios del Estado de derecho suprimir esta figura, ya que si es considerada una forma de provocación, no tiene sentido su tipificación como delito autónomo ya que para ello bastarían las reglas generales sobre provocación que contempla el CP. La **LO 7/2000** exagera la contradicción entre razón de Estado y libertad de expresión, al crear el tipo penal de "exaltación del terrorismo" (art. 578 CP).

4.- La legislación antiterrorista en los últimos años se ha caracterizado por el tratamiento combinado de la agravación de la penas para los delitos comunes que son la forma de exteriorización de terrorismo, con un tratamiento privilegiado para los "terroristas arrepentidos". En esto, la ley española adoptando el modelo que tanto éxito tuvo en Italia con el fenómeno del pentitismo, ha procurado establecer un sistema atenuatorio de la pena para quienes "abandonen la actividad delictiva, confiesen los hechos y colaboren con la justicia".

Hemos intentado desde el capítulo III proporcionar una visión general de los argumentos a favor y en contra de la adopción del derecho penal premial, constatando que una vez mas parece imponerse la razón de Estado por sobre cualquier otra consideración política, ética, moral y jurídica. Si las antiguas LO 9/1984 y 3/1988 contemplaban inclusive la posibilidad de otorgar la remisión condicional de la pena, hoy el legislador (CP 1995) contempla tan solo la posibilidad de atenuarla, pero a la vez dificulta el acceso al premio ya que exige no solo el abandono de las actividades delictivas y confesión de los hechos, sino que además la "colaboración activa", dando lugar a problemas de interpretación ya que no se sabe qué exactamente se entiende por "colaboración activa", y a problemas de delimitación del ámbito de aplicación subjetivo pues parece ser que solo quienes conocieren datos importantes de la organización resultarían favorecidos.

Todo ello sin perjuicio de la infracción al *principio de igualdad* que supone la aplicación del derecho penal premial a solo algunas formas de delincuencia. Aunque nos hemos manifestado contrarios a esta institución, creemos que de aplicarse entonces debería tener un carácter general. ¿Por qué aplicar estas medidas especiales a los terroristas si la ley pretende contribuir a esta imagen de despolitización de sus conductas?. ¿Por qué tratarles excepcionalmente si se supone que se ha iniciado un "proceso de normalización" de la legislación extraordinaria?.

5.- La legislación de excepción adquiere quizás mas importancia, como se ha dicho, en el campo procesal penal. A los reparos efectuados en torno a la existencia de una jurisdicción "especial" o "especializada" que supone la atribución de competencia para el conocimiento de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales de Instrucción, se une la consolidación de la "suspensión individualizada de derechos" que consagra el texto constitucional.

Como veíamos, el art. 55.2 en cuya virtud pueden verse limitados los derechos a la libertad personal, inviolabilidad de domicilio y secreto en las comunicaciones, ha sido fuente de críticas doctrinarias. El art. 55.2 de la CE no impone sino que "autoriza" la suspensión de derechos fundamentales en determinados casos, lo que significa que la suspensión no debe tener un carácter permanente²⁹⁰. Contra esta "facultad" que la Constitución "autoriza" parece

²⁹⁰Como dice TERRADILLOS: "Dentro del marco constitucionalmente predeterminado caben, pues, medidas con las que afrontar situaciones de emergencia. Su uso no debe, en consecuencia, ser piedra de escándalo para nadie. Pero hay que reconocer que el legislador ordinario ha utilizado con largueza esa posibilidad. En primer lugar, porque mientras la Constitución no impone, sino que autoriza, él ha dado paso definitivo de convertir en permanente lo que

arremeter el legislador desde la última reforma procesal (LO 4/1988) que coherente con la misma reforma sustantivo penal (LO 3/1988), e incluso con la experimentada con el CP de 1995 se manifiestan en un sentido agravatorio, como ha venido ocurriendo paulatinamente desde que se dictó la Ley 9/1984. El tratamiento cada vez más "agravatorio" de los delitos de terrorismo desde el punto de vista sustantivo penal lleva a resultados difícilmente compatibles con la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad.

Por ejemplo, al equiparar las severas penas de conductas de autoría, formas de colaboración, evitando, por tanto, los posibles problemas de prueba que pudieren plantearse a nivel procesal. Se admiten asimismo tipos de autor tanto para castigar como para privilegiar, con lo que se abre paso a la aplicación de un derecho penal basado en el sujeto en contraposición al derecho penal del hecho, en que lo que ha de primar es la conducta desplegada por el individuo. En efecto, la finalidad perseguida y la personalidad del imputado pasan a ocupar el lugar del hecho tiñendo el sistema de un moralismo que apunta a la descalificación personal del delincuente.

Por otra parte, recordando una idea ya anotada, la suspensión de derechos no tiene un carácter "individualizado" sino generalizado, ya que afecta potencialmente a toda la población. Si a las objeciones planteadas en torno a indeterminación en el campo sustantivo de las conductas de colaboración, a la punición de actos preparatorios, etc. contrarias a los principios de legalidad y certeza jurídica, debemos añadir el peligro que representa la aplicación de medidas especiales a otro tipo de delincuencia, punto al que ya nos hemos referido en estas conclusiones.

En cuanto al régimen de suspensión de garantías, hemos planteado tanto en éste capítulo como en el tercero, nuestras objeciones en relación al refuerzo que experimenta la autoridad administrativa en sus atribuciones obstaculizando el papel de mediación social que corresponde a la autoridad judicial en cuanto protectora de los intereses del individuo y la sociedad. Nos preguntábamos qué sentido tiene el reducir con la LO 4/1988 el plazo de detención a cinco días, si continúa siendo un plazo mayor que el ordinario. Carece de sentido ampliar el tiempo de privación de libertad del individuo en manos de la autoridad policial cuando es su declaración ante el juez la que en definitiva tiene valor probatorio. Carece de sentido y además, insistimos, deja abierta una puerta para la utilización de procedimientos destinados a obtener una confesión al margen de los principios del Estado de derecho. Al transformar a la confesión en "prueba reina" del proceso penal, nos revierte al sistema inquisitorio. Peligrosa resulta la intervención en las comunicaciones, cuestión que si bien no objetamos en relación al procesado, sí se objeta su extensión en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, como veíamos, esta intervención puede efectuarse, conforme a la ley inclusive en el teléfono del vecino que ni siquiera sospecha que aquel a quien buenamente ayuda pertenece a una organización armada.

Como síntesis a lo expuesto podemos decir que en la ley española desde que se consolida la despolitización del terrorismo (L.O. 3 y 4 /1988 de 25 de mayo) y actualmente con el CP de 1995 se ha observado un tratamiento especial para los delitos de terrorismo caracterizado fundamentalmente por un endurecimiento de las penas y un tratamiento altamente privilegiado de la figura del terrorista arrepentido, y adoptan una política "policial" para afrontar la criminalidad terrorista. Ello demuestra claramente que se hace primar la razón del Estado por sobre la razón jurídica, razón del Estado en virtud de la cual, como ha dicho TERRADILLOS, el fin puede justificar los medios, pero, desde la óptica del Estado de Derecho lo importante son los medios que se utilicen para combatir una u otra forma de criminalidad, por tanto, es inconcebible que en un Estado Democrático se adopte una ley penal basada en la "ideología de la seguridad" a partir de la cual, el fin de protección de la seguridad del aparato estatal, ya no de los ciudadanos, se convierta en lo primordial.

parecía una situación transitoria... Y en segundo lugar porque ha procedido a un recorte permanente de derechos fundamentales...". TERRADILLOS, J. 1988, pp.14-15.

III.- Consideración final.

La respuesta penal frente a las conductas de terrorismo se ha visto marcada por los criterios de excepcionalidad en su tratamiento, tanto desde el punto de vista sustantivo penal como procesal. En el caso chileno la tendencia ha sido a aplicar directamente leyes especiales, apartadas de las normas comunes. En el caso español, el procedimiento a partir del CP ha sido el de normalizar la excepción, se trata de una "normalización del procedimiento de urgencia"²⁹¹. La verdad es que no parece existir demasiada diferencia entre una ley especial, y delitos de nomen iuris propio integrados en el CP, si en ambos los criterios orientadores son básicamente los mismos.

La consagración de un derecho excepcional para el tratamiento jurídico del terrorismo transforma las finalidades del Estado de Derecho: ya no se trata de proteger la paz pública, la "seguridad ciudadana" sino que de un problema de "persecución - represión" extraordinaria de la delincuencia no tan solo terrorista, sino además la común, y especialmente delitos sociales²⁹². Por otra parte, el recorte de las garantías individuales y el aumento de las facultades de la autoridad gubernativa en desmedro de la autoridad judicial ha tenido una explicación política: la necesidad de la defensa de los ordenamientos constitucionales frente a fenómenos en los que los mecanismos normales de defensa y protección que prevé el ordenamiento jurídico resultan ser insuficientes. Concordamos con BERDUGO y BARATTA en que "es absolutamente necesario el mantenimiento de aquello que es el fundamento del estado de derecho: las libertades individuales y la división de poderes, pues el partir de esta base constituye el único camino adecuado en nuestra sociedad hacia un estado democrático de derecho"²⁹³.

Como señalan DEL BARRIO y LEÓN REYES; la mejor ley antiterrorista sería la que no existiera. Esta afirmación es válida cuando miramos hacia el terrorismo insurgente o subversivo, pensando que el terrorismo no puede remover las bases de legitimidad de la democracia, que por regla general no se trata de demostrar capacidad de atacar al Poder político, sino de demostrar que el Estado no puede contra ellos. Pero ¿y qué ocurre cuando el terrorismo emana del propio Estado?

¿Cuál es el concepto jurídico que debe darse al terrorismo?, ¿Por qué es necesario sancionar el terrorismo como delitos de nomen iuris propio?, ¿o puede prescindirse de esta calificación en las legislaciones que contienen instrumentos adecuados para sancionar este tipo de conductas?. En el capítulo siguiente intentaremos dar una respuesta a esta interrogante guiándonos por el principio de protección de bienes jurídicos y la intervención mínima del derecho penal.

²⁹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, p.57.

²⁹² GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, p. 56.

²⁹³ BERDUGO, 1981, p.57, BARATTA, 1977, pp. 22-23

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA PENAL**

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO
Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a
los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.

Tesis Doctoral

Vol. II

Myrna Villegas Díaz

Dirigido por: Prof. Dr. José Ramón Serrano Pineda
Prof^a. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA PENAL**

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO
Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a
los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.

Tesis Doctoral

Vol. II

Myrna Villegas Díaz

Dirigido por: Prof. Dr. José Ramón Serrano Pineda
Prof^a. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez

TERCERA PARTE

ANÁLISIS SUSTANTIVO PENAL DEL TERRORISMO A LA LUZ DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE CHILE Y ESPAÑA.

CAPÍTULO VI

HACIA UN CONCEPTO JURÍDICO DEL TERRORISMO. LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE TERRORISMO.

SUMARIO: Preliminares; **APARTADO PRIMERO:** *Sobre el concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España.* I. Concepciones doctrinarias (con algunas notas jurisprudenciales). II. Concepto jurídico del terrorismo en las legislaciones de Chile y España: descripción legal; **APARTADO SEGUNDO:** *El bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.* I. Consideraciones previas, II. Contenido material del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Toma de posición, III. Criterio de valoración jurídico penal del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Toma de posición, IV. El bien jurídico protegido a la luz del concepto dogmático de terrorismo en las legislaciones chilena y española, V. Toma de posición: el ordenamiento constitucional democrático como bien jurídico protegido. Algunas consideraciones en torno a los bienes jurídicos individuales afectados en los delitos de terrorismo; **APARTADO TERCERO:** *Elementos básicos del tipo de injusto en las legislaciones chilena y española.* I. **Tipo Objetivo.** 1.- Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: *¿requisito sine qua non del injusto?*. 1.1.- Legislación chilena: sujeto activo; 1.2. Legislación española: sujeto activo: a) La banda armada, organización o grupo terrorista, b) terrorismo individual; 2. Sujeto pasivo, 2.1. Opiniones doctrinales, 2.2. Toma de posición; 3. La conducta típica, 3.1.- Legislación chilena: a.- La utilización de la violencia como método en la comisión de los delitos, b.- El “temor”, alarma pública o terror como “medios” en la conducta; 3.2. Legislación española: a.- Actos realizados por sujetos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; b.- Actos realizados por sujetos no relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; II. **Tipo Subjetivo,** 1.- *El dolo y los elementos subjetivos de lo injusto,* A.- Rechazo de la consideración de las finalidades exigidas como móviles del delito, B.- Rechazo de la teoría del dolo específico, C. Toma de posición: Las finalidades como elementos subjetivos de lo injusto., C.1.- Rechazo de la consideración de elemento subjetivo de lo injusto trascendente, C.2.- Toma de posición: los elementos subjetivos de lo injusto como de tendencia intensificada, D.- Especial consideración acerca del dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, 2. *Legislación chilena:* examen de las circunstancias contenidas en el art. 1 de la ley 18.314; 3. *Legislación española;* 4. Digresión sobre culpabilidad y delincuente por convicción. **Conclusiones.**

I.- PRELIMINARES

Ciertamente desde las Ciencias Sociales y Políticas la conceptualización del terrorismo puede- sin caer en relativismos- admitir una multiformidad. Dan cuenta de ello las numerosas definiciones que desde esta óptica hemos tenido oportunidad de conocer en la primera parte de esta investigación¹.

Una definición sociológica, política, y hasta criminológica, a nadie afecta, salvo en cuanto a las visiones particulares de lo político, lo social, lo económico y de las ciencias sociales en general, etc. Pero cuando se trata de *delitos de terrorismo*, esto es, tipos penales sancionados por el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, conforme a determinados lineamientos político criminales, entonces la responsabilidad es infinitamente mayor. Todos los ciudadanos, en mayor o menor medida pueden resultar afectados por dicha normativa, sea como eventuales sujetos activos del delito en cuestión, sea como víctimas, o como Estado en ejercicio de su ius puniendi.

El derecho penal es, como se sabe, un medio de control social “altamente formalizado”² cuyos lineamientos político criminales se dirigen a garantizar la protección de un determinado sistema social. La comprensión del modelo de sociedad que se pretende regular es entonces

¹Seguimos la opinión unánime de la doctrina. Véase por todos, BUENO ARÚS, F. “*La legislación Penal y Penitenciaria comparada en materia de terrorismo*”, en *Terrorismo Internacional*, dirig. por Salustiano DEL CAMPO, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, p. 115. Para las definiciones, supra Capítulo II.

² MIR PUIG, Santiago. *DP.PG.*, Impreso por Tecfoto, S.L., Barcelona, 1ª reimpresión, noviembre 1996, p. 5.

indispensable para entender los criterios político criminales que se siguen, y este modelo de sociedad responde al sistema capitalista de medios de producción bajo la forma de Estado de Bienestar, formalizado a través del Estado social y democrático de derecho³. De allí que el derecho penal en cuanto “técnica de definición, comprobación y represión de la desviación”⁴ ha de ajustarse a las limitaciones que le impone el Estado de derecho: el principio de legalidad y el de protección de bienes jurídicos, como máximos representantes de tales restricciones. No puede permitirse en el área penal caer en “relativismos generales o simples apreciaciones intuitivas”⁵.

La función de tutela del ordenamiento penal respecto de valores e intereses que tienen relevancia constitucional, indica que es la Carta Fundamental la que de manera *positiva* impone las restricciones. A decir de CARBONELL: “no solo delimita el campo de acción del Derecho Penal... sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos”⁶. Por tanto, cuando hablamos de un derecho penal democrático, hablamos de un orden normativo que se basa en una Carta Fundamental aprobada *libremente* por todos los ciudadanos. La Constitución no contiene una política criminal concreta, ni por tanto establece unos criterios fijos, pero sí marca unas líneas programáticas generales y un sistema de valores⁷. Su legitimidad nace como consecuencia del hecho de ser el instrumento regulador de la convivencia en democracia, que garantiza intereses colectivos y no particulares de un sector, clase social, partido político o coalición de los mismos⁸. Aún así, la Constitución, votada libremente por todos los ciudadanos erige como principios nucleares la libertad, la igualdad y la justicia, principios que al verse afectados en gran parte por la legislación de excepción, aparecen como “dogmas formales, vacíos de contenido”, y cuyo reconocimiento constitucional no conforma “el punto de partida del sistema jurídico penal, sino más bien el punto de llegada”⁹.

El derecho penal, en cuanto instrumento *necesario aún* para garantizar la convivencia social, “no puede ignorar” estas líneas constitucionales programáticas. De ahí la importancia del denominado *programa penal de la constitución*¹⁰, pero también es cierto que pueden emplearse

³ A esta afirmación, de carácter general, debemos hacer algunas precisiones: En el caso de España, tal como hemos expuesto en el Capítulo I, parece haberse producido un estancamiento en el desarrollo del modelo de Estado de Bienestar, toda vez que no puede pensarse seriamente que estructural y políticamente ella responda a las características de las sociedades europeas que han llegado a ser de capitalismo avanzado o capitalismo maduro (caso alemán, caso italiano, entre otros). Lo mismo puede decirse del caso chileno, en el que el sistema democrático post dictatorial tiene al menos catorce años de desventaja en relación al caso español. El modelo chileno pretende adecuarse estructural y superestructuralmente al de las democracias occidentales. Así lo demuestran las reformas políticas y jurídicas que han existido desde 1990 en adelante, pero ni siquiera puede decirse, por su propia naturaleza de país tercermundista, que se encuentre en la fase inicial del Estado de Bienestar, aunque en materia penal se habla de la protección al Estado democrático de derecho.

⁴FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, 1989, p.209.

⁵PICKERING. 1988, p. 25.

⁶CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996 b., p.80.

⁷CARBONELL MATEU, J.C. 1996 b., pp. 80-81.

⁸ Aunque también es cierto, y como se ha señalado en el capítulo I, que en las democracias occidentales, en muchas ocasiones, quienes gobiernan no son tanto los ciudadanos como los grandes partidos políticos, portadores de programas globales, y que no siempre reflejan el sentir de aquellos. A ello se suma el hecho de que estos mismos ciudadanos se encuentren sumidos en una sociedad de consumo salvaje, en la que gran parte de culpa tienen los mass media, todo lo cual no hace sino distanciarles cada vez más de la participación política. Nótese que, en general, cada vez más aumenta el porcentaje de abstención en las votaciones populares. En España en las elecciones parlamentarias de marzo de 2000, solo el 70,07% del electorado concurrió a las urnas, 7,3 puntos menos que en 1996. Fuente: *El País*, 13 marzo 2000. En Chile en las elecciones presidenciales de dic. y en. 2000 (1ª y 2ª vueltas) votó solo el 87, 45% del electorado, considerando que en este país el sufragio es obligatorio (a diferencia del caso español). Fuente: *La Tercera*, 17 enero 2000.

⁹ SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Ed. Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. XXII.

¹⁰ El programa penal de la Constitución determina los límites del ius puniendi del Estado. Tanto en la Constitución chilena de 1980 como en la española de 1978, estos límites se configuran sobre la base de los valores de la igualdad,

“fórmulas que permitan compatibilizar la proclamación del pluralismo igualitario con la defensa real de las coordenadas básicas de un sistema que solo sirve a unos pocos”¹¹. Como acierta SERRANO PIEDECASAS “que no todos los ciudadanos son iguales ante la ley, es una realidad aquí y allá”¹². A estas últimas reflexiones parece apuntar el hecho de la existencia de una legislación antiterrorista plagada de contradicciones con los principios constitucionales, contradicciones que hemos hecho patentes in extenso en esta investigación, a través de nuestras críticas al denominado derecho penal de excepción.

1. ¿Por qué es necesario definir o intentar delimitar jurídicamente el terrorismo?.

Primero, es necesario definir lo que debe entenderse en un ordenamiento jurídico por delitos de terrorismo a objeto de dar una protección *ex ante* a conductas que atentan contra los derechos humanos. El terrorismo, de cualquier clase (insurgente o estatal), y como acierta DOMÍNGUEZ VIAL, "en forma directa o indirecta, constituye una agresión simultánea en contra de los derechos humanos, la libre determinación del pueblo, el Estado de Derecho y cualquier forma de vida democrática que busque hacer realidad esas normas"¹³.

Segundo, y al alero de lo anterior, la exigencia de proporcionar un concepto dogmático de terrorismo tiene por objeto diferenciarlos claramente de los delitos políticos. Decíamos que el terrorismo in stricto sensu es un delito político, puesto que su finalidad tiene este carácter. Ambos se caracterizan también por ser actos violentos contra las personas, su vida, su integridad corporal, su salud, su libertad, que se concreta en conductas que son propias de los delitos comunes, como el homicidio, lesiones, secuestros y daños. El problema es que tampoco está claro en la doctrina qué es lo que debe entenderse por delitos políticos, ya que en definitiva, *la forma de valorar la violencia política que se despliega mediante la comisión de delitos comunes, dependerá de la existencia de concepciones políticas e ideológicas de quien ejerce el Poder político*. Lo que para unos es terrorismo, para otros es lucha revolucionaria, lo que para unos son delitos de terrorismo, para otros son delitos políticos.

Esto último es particularmente notorio en Chile, donde actualmente existen una serie de personas procesadas y condenadas por la comisión de “delitos terroristas”, esto es, delitos cometidos con posterioridad a la llegada de la democracia, principalmente durante los primeros años de la transición. Para quienes defienden el sistema democrático, estas personas son “terroristas”, y sin embargo no puede desconocerse que las bases sobre las cuales se ha erguido la democracia en Chile plantean más de alguna duda sobre su legitimidad original, como se ha expuesto en el capítulo I. De allí que, en nuestra opinión, no pueda calificarse tan “ligeramente” de terroristas a quienes se oponen a este sistema, argumentando que se trata de una continuación de las políticas impulsadas durante la dictadura del General Pinochet¹⁴. Como decíamos al iniciar esta investigación, pensamos que el problema del terrorismo en Chile ha sido manipulado políticamente (también desde el derecho penal). A la vista de los cambios políticos

libertad y justicia (art. 1 CPRCH y arts. 1 y 9 de la CE) y los derechos fundamentales (art. 19 CPRCH y arts. 14, 15, 16, 20, 21, 22 y 28 CE). Además de ello se encuentran las normas que específicamente se refieren al derecho y al sistema penales. Los más principios fundamentales del derecho penal, como se sabe son: *legalidad* (determinación, certeza o taxatividad, irretroactividad de la ley penal, non bis in idem, *proporcionalidad* (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad en las penas), y *culpabilidad*.

¹¹TERRADILLOS BASOCO, J. “*Constitución y Ley penal: La imposible convergencia*”, RFDUCM, 1986, núm. Monográfico 11, de EDP en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, p.660.

¹² SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1999, p. XXII.

¹³ DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990, p. 14.

¹⁴ Sobre estas consideraciones personales, más ampliamente y en relación a las políticas penales que se aplican en relación a los privados de libertad por estos hechos, VILLEGAS, Myrna. “*¿Cuál es el terrorismo que opera en Chile?. Se involuciona en el sistema penal*” (febrero 1999), en <http://www.presos.org>, (Red de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Chile) y “*La domesticación por el castigo en la custodia de los reclusos. ¿Y el Estado de Derecho?*” (febrero 2000) en <http://www.presos.org>, y <http://www.eurosur.org/rebellion>. Rev.electrónica Rebelión, España.

del país en marzo del año 2000 (primer gobierno socialista después de 1970) es probable que ya no sean los sectores de izquierda los que patrocinen “el terrorismo” sino que- al igual que el caso colombiano- el terrorismo pase a estar en manos de grupos paramilitares. Siendo este terrorismo más condenable incluso que aquel, porque por regla general profita del aparato estatal o se ampara encubiertamente en él, es que se hace absolutamente necesario determinar cuáles son los criterios que han de seguirse en una definición legal del terrorismo, y específicamente cuál será el criterio de valoración en la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo y mantener su carácter de delitos de nomen iuris propio.

Retomando la idea anterior, a nuestro entender, el núcleo de la distinción entre ambas categorías de delitos (terroristas- políticos) radica en la naturaleza del sistema político al que se ataca: Cuando se trata de un régimen autoritario, totalitario, o “democrático formal”¹⁵, podemos hablar de delitos políticos. Más cuando lo que se ataca es la convivencia democrática en una *democracia material*, sea para subvertir el orden constitucional o preservarlo, pretendiendo además intimidar a la población para “imponerle” u obligarla a aceptar un régimen distinto, a través de actos que se traducen en el ataque a derechos fundamentales, entonces hablamos de delitos de terrorismo¹⁶.

Tercero, partiendo de la realidad legislativa, un derecho penal de excepción, sea como ley penal especial (caso chileno), sea como excepción inserta en el derecho común (caso español), que incide especialmente en el campo de las garantías constitucionales, el legislador debe ser estricto en la tipificación, para impedir la extensión indebida de la punibilidad hacia conductas que no constituyen terrorismo.

Cuarto. El principio garantista por esencia del derecho penal es el de la protección de bienes jurídicos, esto es, los tipos penales se construyen sobre la base de la existencia de un interés que debe ser protegido jurídicamente. La doctrina mayoritaria ha entendido que en el caso del terrorismo hay un bien jurídico de relevancia a proteger y por ello se ha pronunciado a favor de la tipificación de los delitos de terrorismo como *delitos de nomen iuris propio*¹⁷.

Un sector doctrinal minoritario estima que no puede aprehenderse el terrorismo como un concepto unívoco a partir de un bien jurídico determinado. Ello porque el terrorismo no afectaría un bien jurídico particular, aunador de criterios en torno a la formación de un concepto preciso. Los hechos punibles a través de los cuales el terrorismo se materializa se encuentran ya tipificados en el ordenamiento penal común. LEMKIN decía en 1933 que las conductas particulares que entran bajo la rúbrica del terrorismo, ya están previstas por los códigos penales de los distintos países, como delitos distintos, y el móvil sólo puede ser tomado en cuenta para la determinación de la pena¹⁸.

¹⁵ Por ejemplo, la “democracia” peruana bajo el mandato de Fujimori.

¹⁶ Concordamos con las apreciaciones de DOMÍNGUEZ VIAL en cuanto a que: “...la gran diferencia entre un delito político y un delito terrorista descansa en que el primero quiere abrir paso a un valor universal, negado por un orden determinado y el segundo trata de imponer un concepto absoluto y dogmático. El primero busca hacer crecer la libertad, el segundo imponer una conciencia particular, la que parte por negar la de los otros, la soberanía popular y la libre determinación del pueblo”. DOMÍNGUEZ VIAL. 1990, p. 8.

¹⁷ En este sentido en la doctrina española LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985; SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988; TERRADILLOS BASOCO, J. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, entre otros. En la doctrina chilena DEL BARRIO, 1990. GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991; DOMÍNGUEZ VIAL, 1990; PICKERING. 1988.

¹⁸ LEMKIN, H. “*Faut-il créer un nouveau delit de droit des gens, nommé terrorisme*” en R.P.D.C., 1933. La cuestión de si el terrorismo ha de subsistir o no como delincuencia autónoma ha propiciado pronunciamientos diversos. Sobre el sistema adoptado por la propuesta de Anteproyecto de CP 1983 SOLA DUEÑAS mostró sus reservas sobre la configuración de unos delitos específicos de terrorismo, cuando el ataque a bienes jurídicos que con ellos se produce tiene ya de por sí una suficiente gravedad, aunque reconociendo que el hecho de la pertenencia o cooperación con una organización que trata de socavar el orden constitucional democrático mediante la realización de los delitos más

Es cierto que el bien jurídico en los delitos de terrorismo suscita polémica. La nebulosa concepción del mismo en las legislaciones nacionales conduce a pensar como lo hace el autor recién citado. Por ejemplo, en la legislación española los delitos de terrorismo se ordenan bajo la rúbrica de delitos contra el orden público, y en Chile no queda claro si protegen la seguridad pública o simplemente bienes jurídicos individuales. Estimamos que el terrorismo afecta un interés jurídico colectivo por sobre los intereses individuales protegidos por el ordenamiento penal común, y que debe vincularse a los derechos humanos en cuanto criterio de determinación del objeto de tutela jurídica penal. Por tanto desde el principio mencionado es necesario que se contemple como *delitos de nomen iuris proprio*. Los tipos penales comunes no dan abasto. Ante todo porque consideramos que si la convivencia en *una democracia material* exige grave sanción para quienes desde la disidencia cometen actos que afectan los derechos humanos, debemos también exigir que los actos de terrorismo llevados a cabo por agentes del Estado sean también sancionados en igual manera. Quizá debería existir un plus añadido a la conducta derivado de su posición de garante de la protección a los derechos inherentes a la persona.

Quinto, si miramos más allá de las fronteras nacionales, advertimos la presencia del principio de “jurisdicción universal” para la sanción de determinados actos que atentan contra los derechos humanos, entre ellos el terrorismo. Claro está que no se trata tanto de actos de terrorismo subversivo o insurgente, como de actos de terrorismo de Estado. De ello da cuenta, por ejemplo, el art.23.4 de la LOPJ española que consagrando este principio considera el terrorismo desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional como delito contra bienes jurídicos internacionales, admitiendo la primacía de las normas internacionales sobre el derecho interno de los países¹⁹.

Por otra parte, los preparativos para la creación de un Tribunal Penal Internacional destinado a sancionar los crímenes más graves en Derecho Internacional, y la elaboración de su estatuto estuvieron marcados por una ardua discusión en torno a los delitos que podrían caer bajo la competencia del mismo. Como se señaló en el Capítulo IV, la competencia de este tribunal es subsidiaria a las jurisdicciones nacionales y se circunscribe a los crímenes contra la Paz, los crímenes de guerra y los delitos de genocidio. A pesar de que existían posiciones que abrogaban por su inclusión, los delitos de terrorismo no fueron considerados dentro de la competencia del tribunal de manera expresa. Lo que motivó esta exclusión fue precisamente la dificultad conceptual que encierra. Si no hay acuerdo ni aun en las jurisdicciones nacionales acerca de cual es la definición de terrorismo, con menor razón podría lograrse un acuerdo a nivel internacional. La necesidad y urgencia del establecimiento de esta institución no podía verse retrasada por una discusión bizantina entre los Estados acerca de lo que cada cual considera como delito de terrorismo.

Argumentando a favor de esta exclusión, pensamos que el contemplar los delitos de terrorismo de manera específica dentro de la competencia de un TPI conlleva el peligro de incriminar penalmente no tanto a los Estados que cometen actos de terrorismo, sino a grupos que toman las armas para derrocar a un determinado gobierno o sistema. En otras palabras, al TPI se le estaría otorgando una atribución que no le corresponde, cual es decidir qué organizaciones, dentro de un conflicto armado interno, son las terroristas y cuáles no, con la consiguiente posibilidad de realizar discriminaciones ideológicas arbitrarias. Además, juzgar a

violentos tiene la suficiente entidad como para dar lugar a una tipificación autónoma, que concurriría en su caso con la del concreto delito cometido. SOLA DUEÑAS, Angel de. “*Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Sección Segunda del Capítulo VIII del Título XVIII del Libro II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983)*”, en *Documentación Jurídica*, núm 37/49, enero- diciembre de 1983, T. II, pp.509 y ss., esp. pp.521 y 529.

¹⁹En este sentido, véase GUTIÉRREZ, J.C. y VILLEGAS, M. 1999, pp.50-58; GARCÍA ARÁN, M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., LÓPEZ GARRIDO, D., SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Contra la Impunidad*, Dictamen auspiciado por la *Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas* sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina, Impresión de Gráficas Alberdi, Madrid, Octubre de 1998. AA.VV. *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, coord. por GARCÍA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO, Edit.Tirant Lo Blanch, 2000.

las “organizaciones criminales”, supondría desvirtuar la naturaleza del tribunal que se orienta hacia el juzgamiento de individuos. Y por último, frente a las divergencias políticas al interior de cada uno de los Estados, la sucesión de conflictos internacionales habría sido una contante en materia de la procedencia o improcedencia de la extradición y el derecho de asilo.

Concordamos con Carmen LAMARCA²⁰ en que la ambigüedad en el concepto de terrorismo supone la renuncia a la búsqueda de un concepto ontológico del mismo. Pero a lo que no puede renunciarse es al intento de encontrar un concepto jurídico que considerando las dimensiones material, histórica y social en el que el fenómeno se desarrolla, sea capaz de aunar conductas que aparecen como contradictorias, al menos en la teoría jurídica (terrorismo insurgente o subversivo v/s terrorismo de Estado).

2. - ¿Cuáles son los elementos esenciales que nos permiten arribar a un concepto dogmático de terrorismo?

El terrorismo supone la realización de un delito común, una conducta delictiva tipificada previamente y que por la concurrencia de otros elementos o requisitos, se transforma en un delito específico, un delito de nomen iuris propio²¹. Así ocurre tanto en la ley penal especial chilena sobre conductas terroristas (L. 18.314) como en el CP español de 1995, según se ha esbozado en el capítulo anterior. Pero esta concurrencia de requisitos, al menos así ocurre en el caso de la legislación española, “no quiere decir que todos los delitos contenidos en el Código puedan convertirse en un delito de terrorismo”²² aunque se contemple una cláusula residual referida a “cualquier otra infracción” (art. 574 CP 1995).

Partimos de la base que las conductas de terrorismo se caracterizan por atacar frontalmente a los derechos humanos, a través de una violencia que a la postre va adquiriendo los caracteres de indiscriminada. Este criterio ha de ser el primero que nos servirá en la valoración del bien jurídico que se pretende proteger. No obstante, como expone LAURA ZUÑIGA, “aún entendiendo los derechos humanos como valores guía, es preciso apoyarlos en categorías empíricas para no caer en un abstracto formalismo”²³. A esto debe agregarse como elementos esenciales en los delitos de terrorismo- y que lo diferencian de los delitos comunes, que también pueden atentar de una u otra manera contra los derechos humanos- la finalidad última de carácter político, que utiliza como medio la finalidad de intimidar a la población, y el elemento estructural. Sobre el *elemento teleológico* que le distingue hemos señalado que éste se erige sobre el objeto de alterar el orden constitucional, en un sistema democrático, esto es, sea para subvertirlo o para mantenerlo. A ello se añade lo que advertíamos antes, la finalidad de intimidar mediante la violencia y el ataque a derechos humanos fundamentales a un destinatario colectivo, representado por la sociedad, para inducirlo a la colaboración en la finalidad política que se persigue.

La tendencia a la despolitización de los delitos de terrorismo en algunas legislaciones, como la chilena, ha ido más allá de privar a éste de la benignidad en el tratamiento jurídico que

²⁰LAMARCA. 1985, p.32.

²¹ En este sentido MARTÍNEZ CARDÓS para quien el terrorismo no es una circunstancia cualificativa del delito común, sino un tipo penal en sí mismo, en “*El terrorismo: aproximación al concepto*”, en AP n°1, 1998, marg. 485. También E.M. FERNÁNDEZ, C.-GANZEMÜLLER, y otros: “el terrorismo supone la realización de un acto criminal...y que por el hecho de la concurrencia de otros elementos...se van a transformar en un delito nuevo”, *Delitos contra el Orden Público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*. Edit. Bosch, 1998, p. 337.

²²FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 337. En el mismo sentido EBILE, J. *El Delito de terrorismo: su concepto*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 124. Como destacan estos autores, es claro que ciertos delitos o faltas no pueden dar lugar a la punición de actos de terrorismo, como por ejemplo el aborto, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas etc.

²³ZUÑIGA, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Edit. PPU, 1993, p.61.

se otorga a los delitos políticos. Ha existido una “especie de psicosis por restar al terrorismo toda connotación política y evitar que le favorezcan, de alguna manera, los aires de benevolencia que soplan en favor del delito político”²⁴. Esto no ocurre en la legislación española y en general en las legislaciones de las democracias occidentales en las que sí se reconoce esta finalidad, sin que ello implique que jurídicamente se beneficie del tratamiento a los delitos políticos.

Pero además el terrorismo se caracteriza por ser una *estrategia*, o como denomina REINARES desde las Ciencias sociales, un *método tendencialmente exclusivo*²⁵ que no puede desarrollarse sin la existencia de una organización poseedora de una estructura jerarquizada; disciplinada, compartimentada y con un cierto apoyo logístico. Esto es, una organización clandestina e ilegal²⁶. Quizá sea éste el elemento que mayores dificultades causa a la hora de tomar una postura a favor o en contra de la subsistencia del terrorismo como delincuencia autónoma, lo que nos lleva a la interrogante acerca de la necesidad de incluir el elemento organizativo en el injusto penal como requisito *sine quan non* de la conducta terrorista.

Por una parte, nos encontramos ante la dificultad de que se pueden llegar a transgredir las barreras de la punibilidad ya que la exigencia de la organización como elemento del tipo, permite la punición de conductas de mera colaboración alterando las reglas generales. Es en la organización con su jerarquía interna y delimitación de funciones donde encontrarían su explicación las conductas de colaboración y la punición de actos preparatorios. Pero por otra parte, no se entiende el cómo podría restringirse el ámbito de punibilidad hacia las formas más graves de violencia política, excluyendo los actos de violencia social, o los del llamado "terrorismo individual".

Pensamos, que en la tipificación de los delitos de terrorismo debe atenderse, a los derechos humanos, como criterio de valoración del bien jurídico protegido, pero asimismo al elemento teleológico, “si no queremos incluir - dice TERRADILLOS- en el cajón de sastre del terrorismo a todas las formas graves de criminalidad”. Esto es “debemos valorar el elemento político y centrarnos en la violencia ejercida al margen de los cauces institucionales con la intención, precisamente de destruirlos o cuando menos, desconocerlos”²⁷.

En el presente capítulo abordaremos la no fácil tarea de proporcionar los elementos básicos para la elaboración de un concepto dogmático de terrorismo. Para ello se hace necesario comenzar con el análisis de algunas definiciones doctrinarias, seguidas de una descripción general del concepto dogmático en las legislaciones de Chile y España. Será general, por cuanto seguidamente nos abocaremos al examen de la estructura de los delitos de terrorismo, a la luz de ambas legislaciones.

²⁴GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.2.

²⁵ REINARES. ob. cit.; 1993, pp. 42 y 47. Mas ampliamente, Supra Cap. II.

²⁶Por esto resulta extraño que alguna jurisprudencia y algunos autores, reconociendo la necesidad de una estrategia, admitan el terrorismo individual. Así el TS ha definido el terrorismo como: “Una actividad planificada que, ‘individualmente’ o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido” (STS de 27-11-97). Prohija tal concepto, GARCÍA CALVO y MONTIEL, R. “*Terrorismo y tipificación penal*”, en AP nº48, 25-31 dic. 2000, margs. 1019-1025, esp. marg. 1020.

²⁷TERRADILLOS BASOCO. 1988, p.55. En igual sentido LAMARCA, C. 1985, pp.449-450; ARROYO ZAPATERO, Luis. “*Terrorismo y Sistema Penal*”, en *Reforma, Política y Derecho*, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.163, el mismo, “*La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*”, en CPC, nº15, 1981, pp. 404-406. SERRANO PIEDECASAS. 1988, pp.177-178. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “*Garantías ante la suspensión de derechos fundamentales*”, en *Rev. Sistema*, Nº 42, mayo de 1981, pp. 57-78, esp. p. 73; GARCÍA ARÁN y otros. *Contra la Impunidad...*, ob. cit., 1998, p. 48; GARCÍA ARÁN, M. “*Terrorismo*” en AA.VV. *Crimen Internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 128-144. esp. p.133.

APARTADO PRIMERO: SOBRE EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO EN LA DOCTRINA Y SU DESCRIPCIÓN EN LAS LEGISLACIONES DE CHILE Y ESPAÑA.

I.-CONCEPCIONES DOCTRINARIAS (con algunas notas jurisprudenciales)²⁸.

Múltiples han sido los esfuerzos de la doctrina para lograr un concepto unívoco del terrorismo, sin embargo no ha podido lograrse un consenso ya que la determinación de su dimensión penal se ve indisolublemente unida a criterios político criminales que guían la actuación en el campo jurídico de cada Estado²⁹. Ni siquiera ha podido lograrse un consenso en torno a cuáles son los criterios que han impedido la formación de este concepto en la semántica positiva³⁰. Para Carmen LAMARCA es la utilización frecuente del término en el campo sociológico y político y la ausencia de un soporte legislativo uniforme lo que determina la falta de consenso³¹. Para Joaquín EBILE es la historia la que proporciona las razones. Primero, el hecho de que el término terrorismo adquiera relevancia solo a partir de la Revolución Francesa y el gobierno de Robespierre, y la segunda porque la represión del terrorismo quedó en manos de la legislación interna de cada Estado tras ese episodio histórico³². Para DEL BARRIO y LEÓN REYES, dando razón a EBILE, estiman que existen además razones intrínsecas: la heterogeneidad, que a su juicio, reviste el fenómeno terrorista³³.

Más convincente nos parece BUENO ARÚS, cuando afirma que es la naturaleza - en stricto sensu- de delito político que posee el terrorismo, lo que determina la falta de consenso ya que, la decisión de valorar un hecho como delito político y no como delito de terrorismo es "una decisión política, y, por lo tanto, discrecional, variable, oportunista, esencialmente relativa, no sometida a reglas racionales"³⁴. Similares son las opiniones de Eric DAVID y Paul MERTENS cuando se refieren al concepto de terrorismo acuñado en los Tratados Internacionales. Para DAVID, no puede arribarse a un concepto de este fenómeno ya que la medida de la incriminación de hechos como delictivos varía según cada Estado³⁵. Y MERTENS, recalcando esta posición indica que la ambigüedad en la definición del terrorismo se debe a la parcialidad con la que se enfrenta el fenómeno: "Les terroristes, ce sont tout les autres, les opposants"³⁶.

²⁸ Considérense las definiciones que se han pronunciado desde las ciencias sociales. Supra, Cap. II.

²⁹Sobre las dificultades para la formación de un concepto de terrorismo véase LAMARCA, C. 1985, pp.31 - 94.; EBILE, Joaquín. *El Delito de terrorismo: su concepto*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985; SERRANO PIEDECASAS; J.R. 1988, pp.162- 174; PONTARA, G. "Violenza e Terrorismo. II problema de la definizione e della giustificazione", en *Dimensioni del terrorismo político* L. Bonanate (Ed.), Franco Angeli, Milano, 1979, pp.25-98; ASSOCIATION BELGE DE JURISTES DÉMOCRATES. *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1974; SOTTILE, A. "Le terrorisme international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haya*, vol. 65, n°3, 1938, p.95-96; PELLA "Les Conventions de Genève pour la prevention et la répression du terrorisme et pour la creation de la Cour Penale Internationale". *RDPC*, vol. 18, 1938, p.418.; LEVASSEUR, G. "Les aspects répressifs du terrorisme international" en GUILLAUME, G. *Terrorisme International*, A. Pedone, París, 1977; LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 14 - 16; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp.141- 198; RAMÓN CHORNET. 1993, 53-129. MARTÍNEZ CARDÓS, Leandro. "El terrorismo: aproximación al concepto" en *Actualidad Penal*, n°26/1998.

³⁰Un análisis in extenso acerca de las dificultades en DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp.141- 198.

³¹ LAMARCA, C. 1985, p.31.

³² EBILE. 1985, p.13.

³³ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 145.

³⁴ BUENO ARÚS. 1984, p.117. En la misma opinión SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, p. 166.

³⁵ DAVID, Eric. "Le terrorisme en Droit International (definition, incrimination, repression)" en *ABJD. Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, 1974, p. 110.

³⁶MERTENS, Paul. "L'introuvable acte de terrorisme", en *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, cit., 1974, pp. 27- 49, esp. p. 49. El autor realiza la ambigüedad e imprecisión del concepto de terrorismo ya desde el título de su artículo, se refiere nada menos a que al "incontrable" acto de terrorismo.

Los autores han intentado erigir algunos conceptos siguiendo criterios tanto objetivos como subjetivos. Desde la perspectiva objetiva es la modalidad de acción empleada para cometer el delito lo que prima, especialmente la utilización de medios dañosos y de gran poder destructivo. Desde la perspectiva subjetiva se reclama para el terrorismo el carácter de la finalidad o móvil político, o bien la finalidad de producir terror. Sin embargo, no podemos afirmar que en la mayoría de estas aproximaciones conceptuales dichos elementos aparezcan en forma pura y exclusiva, por el contrario, se ven imbricados tanto de elementos subjetivos como objetivos. Intentaremos clasificar estas concepciones.

1.- Desde la *perspectiva objetiva* pura, la dimensión penal del terrorismo viene determinada por la naturaleza de los medios empleados por los agentes para cometer los actos correspondientes.

QUINTANO RIPOLLÉS para arribar a un concepto jurídico penal del terrorismo realiza una amputación sistemática excluyendo de su definición al terrorismo de Estado y al terrorismo insurreccional, o de masas³⁷. Eliminados “los actos eventualmente terroristas colectivos... y los de proyección individualizada” puede perfilarse mejor la noción de terrorismo, entendiendo por tal: “la violencia ejercida por procedimientos de riesgo general, singularmente por los de empleo de explosivos, que entrañan un riesgo o un resultado lesivo para la comunidad social”³⁸.

Dos precisiones interesa realizar en relación a esta definición. *Primero*, el carácter de delito contra la comunidad social” que QUINTANO atribuye a los delitos de terrorismo, entendiendo por aquellos “los que arriesgan o lesionan, en vez de los valores o intereses de una determinada persona o institución, los que se dirigen contra una indeterminada generalidad, aunque de modo inmediato atenten asimismo contra personas concretas”. Luego, la característica fundamental en un concepto jurídico de los delitos de terrorismo, sería el medio comisivo empleado, el que debería ser catastrófico³⁹. La finalidad política es relegada a un segundo plano, aunque reconoce que no sería conveniente caer en un extremo objetivismo. Concordando con QUINTANO pensamos que una definición que pretenda excluir la finalidad política de este tipo de delitos, implica el peligro inminente de poder utilizar la legislación antiterrorista, para castigar otro tipo de actos que no poseen ese carácter. *Segundo*, el reconocimiento del delito de terrorismo como *delito de riesgo general* a la sociedad permite distinguir el terrorismo de la violencia de masas o social que se da en una insurrección o en una guerra civil; de las conspiraciones y formas de violencia política como la sedición. Y asimismo permite diferenciar los delitos de terrorismo de los delitos políticos, ya que aquellos ponen en riesgo a toda la población, mientras que los delitos políticos atacan valores relacionados con la organización política del Estado⁴⁰.

Este criterio objetivo fue el adoptado en España por la LO 8/ 1984 de 26 de Diciembre, en la que los delitos de terrorismo aparecen tipificados a partir de los medios de comisión de las

³⁷ El terrorismo de Estado, expone, no tiene mayor relevancia en el campo del derecho penal interno, más sí en el campo penal internacional, donde puede ubicarse los actos del Estado terrorista dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad o genocidio. El terrorismo insurreccional o de masas, lo asimila a las figuras de rebelión o sedición, que si bien muestran afinidades con el terrorismo “generalmente lo desbordan”. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo IV, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967. p. 24.

³⁸ *Idem*, p. 25.

³⁹ Sigue este criterio GARCÍA VALDÉS, para quien el terrorismo es “aquella conducta delictiva que, mediante medios de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando a estos efectos, medios selectivos o catastróficos”. GARCÍA VALDÉS, C. *La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas*, en *RFDUMC* n°6, Monográfico, 1983, p.319 y ss. y en *ADPCP*, III, 1984, pp.93 y ss. y en *Temas de Derecho Penal*, Madrid, 1992, p.243 y ss.

⁴⁰ Si terrorismo, explosiones, estragos e incendios, son los modos concretos o de riesgo real, por oposición a las situaciones de riesgo remoto, y el terrorismo es considerado “un riesgo general a la sociedad” puede caber en esta concepción el terrorismo de Estado, en la medida que está reconociendo en el terrorismo, un contenido de violencia aguda indiscriminada, desatada sobre la sociedad para aislar a uno o más sectores políticos.

conductas. Algo similar ocurrió con la primigenia ley 18.314 (Chile) en la que, sin hacer alusión a finalidad alguna el legislador optó por tipificar una serie de conductas como delitos de terrorismo, muchas de las cuales no tenían relación una con la otra. La ley 18.314 modificada por la ley 19.027 de 1991 tampoco está exenta de este problema. La tipificación vigente de los delitos de terrorismo se yergue sobre determinados delitos comunes que han de cumplir con una de las dos finalidades descritas en el art. 1º. Se trata de un concepto jurídico que encuadra mas bien dentro de una perspectiva mixta en el que se consideran elementos subjetivos pero condicionados- por así decirlo- a elementos objetivos, de manera tal que le examinaremos en el punto correspondiente a esta perspectiva.

Por ahora nos interesa destacar que el objetivismo en esta ley vigente se observa en: *Primero*, el legislador considera delito de terrorismo los comunes enumerados en el art. 2 cuando tengan la finalidad de producir temor en la población o parte de ella, de ser víctima de delitos de la misma especie, temor que se presume de derecho sobre la base de la naturaleza de los medios empleados: artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o incendiarios. *Segundo*, en el tipo penal descrito en el art. 2º nº1: envío de efectos explosivos de art. 403 bis del CP. Y *Tercero*, en el tipo penal del art. 2 nº 4: Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas o causar daños.

2.- Desde la *perspectiva subjetiva*, el concepto de terrorismo enfatiza la *finalidad o móvil* que guía al agente. La doctrina se divide en torno a cuál es esta finalidad. Para algunos, el elemento característico es el objetivo de causar terror o intimidar a la población. Para otros, especialmente la doctrina española e italiana, el móvil es de carácter político. Trataremos este último en un párrafo aparte.

2.a. - *Algunas concepciones que acentúan el terror como finalidad o consecuencia de la conducta delictiva.*

La noción de "terror" ha sido la nota característica en las definiciones clásicas de la doctrina y ha sido también la nota característica en el léxico común. El Diccionario de la Real Academia Española, define como terrorismo "la dominación por el terror" o "la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror"⁴¹. En la doctrina, SOTTILE, concibe jurídicamente el terrorismo "un acto criminal perpetrado por el terror, la violencia o una gran intimidación con miras a la consecución de un fin determinado"⁴². Dos precisiones debemos realizar en torno a este concepto. Por una parte, la idea de "acto criminal" implica la comisión de una conducta ya tipificada por la legislación ordinaria, esto es, el delito de terrorismo es un delito común, y por tanto, el calificativo de terrorismo puede añadirse a cualquier delito, siempre y cuando reúna los elementos previstos en la misma definición. Por otra parte, se exigen dos requisitos de la conducta: uno objetivo consistente en cometer el acto criminal a través del terror, la violencia o una gran intimidación, y uno subjetivo: el fin que se persigue, utilizando el terror y la alarma como medios.

Aquí puede observarse claramente la confusión a que aludíamos antes: en este concepto se mezcla el elemento psicológico, el terror, la intimidación, que son consecuencia de la conducta delictiva, con la violencia empleada, esto es la forma de realizar la conducta⁴³. La definición no precisa la finalidad que se persigue, y considerando que SOTTILE reconoce la existencia de un terrorismo común, un terrorismo social, y un terrorismo político, se

⁴¹ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1969.

⁴²SOTTILE, A. "*Le terrorisme international*", en *Récueil des Cours de l'Academie de Droit International*, vol. 65, 1938, p. 96. Véase su concepción desde las ciencias sociales, en Cap. II. IV, 3. Alcances de la expresión "terrorismo".

⁴³LAMARCA, C. 1985, p. 36, DEL BARRIO y LÉON REYES. 1990, p. 166.

subentiende que la finalidad no necesariamente ha de ser política. El terror, "finalidad inmediata" del agente es utilizado como medio para alcanzar ese fin indeterminado. GLASER siguiendo en parte a SOTTILE afirma que el terrorismo puede definirse como "la intimidación o la coacción por la violencia o el empleo de la violencia"⁴⁴. Aquí la forma de comisión, particularmente violenta, es la que permite arribar al objetivo de causar terror.

Por su parte, en España parece asumir esta postura MARTÍNEZ CARDÓS, quien tras aceptar genéricamente la finalidad política en el terrorismo, eleva el "terror" a la categoría de elemento indispensable para un concepto jurídico del terrorismo. Afirma el autor que el terrorismo no es una circunstancia cualificativa del delito común, sino un tipo penal en sí mismo, pues la finalidad de "provocar terror" se eleva a condición sustantiva de la infracción penal⁴⁵.

La jurisprudencia chilena, tratándose del delito de apología del terrorismo acogió en 1988 este criterio como principal señalando que: "terrorismo, según su sentido natural y obvio - dado en el Diccionario de la Real Academia Española - es el conjunto de actos de violencia - esta fuerza que se emplea contra el derecho o la ley - cometidos para infundir terror", entendiéndose que desde el punto de vista jurídico: "terrorismo son todos aquellos actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas, de destrucción o interrupción de los servicios públicos, o de destrucción o apropiación del patrimonio que verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad o el orden público, con fines políticos (SCA de Stgo de 13 de mayo de 1988, *Caso Almeyda*) ⁴⁶. Mas tarde ha optado por reconocer en el terrorismo una finalidad político social.

Un amplio sector doctrinal ha criticado estas definiciones considerando que incurren en redundancias y pleonasmos, al definir el terrorismo en base al término "terror". Se trataría de definiciones "tautológicas" cuya validez se daría mas bien en el campo de derecho internacional⁴⁷ que en el de derecho penal interno.

2.b. - *Algunas concepciones que acentúan el resultado de alarma pública producido por la conducta.*

Otra parte de la doctrina ha tratado de definir el terrorismo acentuando el resultado o efecto de alarma que caracteriza a la actividad terrorista. De esta manera, el terror se incluiría en la definición, como uno de sus elementos y requisitos, configurándose no sólo como característica de la acción delictiva, sino también como objetivo de las conductas que lo componen. Lo que realmente interesa a estas concepciones es la intimidación, la inseguridad que produce no una conducta terrorista, sino un conjunto de ellas. Concordamos con Carmen LAMARCA en que el énfasis que puede dársele a este elemento muchas veces aparece unido al tipo de medios empleados para la comisión de las conductas. Por regla general estas concepciones, en las que se combinan el resultado de alarma social con el modus operandi, restan importancia a la finalidad política que caracteriza el terrorismo. Sin embargo, existe también un sector doctrinal importante que reconociendo la finalidad política pone su atención en el resultado de alarma pública. A ellas nos referiremos a continuación.

⁴⁴GLASER, Stephan. "*Le terrorisme international et ses divers aspects*" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 25 4/1973, p.825. Véase también la definición de ROUX, Supra Cap. II.

⁴⁵ MARTÍNEZ CARDÓS, L. 1998, marg. 485. Le siguen FERNÁNDEZ, E.M. GANZEMÜLLER, C.- ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J., VENTOLÁ, F. *Delitos contra el Orden Público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*. Edit. Bosch, 1998, p.387.

⁴⁶ El concepto jurídico transcrito pertenece a Joaquín EBILE El fallo se apoya además en las concepciones de terrorismo acogidas por SALDAÑA, DONNEDIEU DE VABRES Y VESPASIANO PEÑA, y en las *Conferencias Internacionales para la Unificación del DP* de París (1929), Bruselas (1931) y París (1933, 1935 y 1938).

⁴⁷ Véase por todos LAMARCA, C. 1985, pp. 35 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, D. 1987, pp. 14 y ss.

Una definición clásica es la que aporta JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁸, para quien el terrorismo "no constituye un grupo delictivo, o clase de infracciones, como los delitos *políticos, anarquistas y sociales*, que se distinguen por su índole *evolutiva*, frente al "atavismo" del delito común". Sino que "es más bien un crimen, o serie de crímenes que se tipifican por la *alarma que producen*, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista". De acuerdo a su concepción, el terrorismo tendría como elementos centrales: los medios empleados capaces de causar grandes estragos, las víctimas y el fin inmediato de provocar la alarma o intimidación pública. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, al igual que para QUINTANO RIPOLLÉS, el móvil político carece de relevancia, y el terrorismo tendría un carácter heterogéneo que puede revestir diversas formas de delitos. Reconoce al igual que QUINTANO RIPOLLÉS y CUELLO CALÓN⁴⁹ que el terrorismo puede ser político, social, anarquista, y también un crimen de derecho común⁵⁰. Si en el campo del derecho penal interno, la figura de "los delitos terroristas" fue construida con la finalidad de limitar la benignidad del trato que se otorga internacionalmente a los delitos políticos⁵¹, es lógico que no se entre a indagar acerca del fin ulterior que mueve al agente, cuando los medios son capaces de ocasionar grandes estragos y el fin que se persigue es la intimidación de la población, en el entendido que se trataría de delitos de víctima indeterminada (tanto autoridades como cualquier ciudadano puede resultar afectado).

Una línea similar es la que sigue CARRILLO SALCEDO cuando afirma que las actividades terroristas consisten en la utilización sistemática del asesinato y la destrucción, así como la amenaza de recurrir, para aterrorizar a individuos, grupos, comunidades o gobiernos y forzarles a hacer concesiones en favor de los objetivos terroristas. Se trata, a su juicio, de actividades realizadas con la ayuda de medios extremadamente peligrosos y creadores de violencia. Estos actos son criminales pues tienen por objeto matar o ejercer una amenaza de violencia sobre la vida de individuos víctimas. Sin entrar al fondo de la discusión sobre la calificación del terrorismo- a su juicio, igual que para JIMENEZ DE ASUA, crimen internacional- lo que reside en el terrorismo es su objeto eminentemente criminal⁵².

⁴⁸JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 1158 y T.III, p.237, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires, 1964. Un sector de la doctrina italiana ha seguido también el criterio in comento. Así por ejemplo, para MARINELLI "delito terrorista es aquel delito sólo subjetivamente político, que, no ofendiendo bienes políticos, sino al contrario, bienes absolutamente indeterminados e indeterminables, sea capaz, precisamente por su imprevisibilidad de crear un clima de alarma social grave que pueda debilitar las instituciones y crear un pánico en la comunidad social". MARINELLI. *II delito político*, en *Archivo Penale*, 1976, p. 71 y ss. Cita de LAMARCA, C. 1985, p. 41.

⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967. pp. 24 y ss.; CUELLO CALON, E. *DP. PG*, T.I, Edit. Bosch, 1980, p. 319.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASUA, L. 1964, Tomo II, p. 1159, T.III. p. 238. Debemos aclarar que JIMÉNEZ DE ASÚA se refiere en su obra tanto al terrorismo como un tipo delictivo o un tipo penal de nomen iuris propio (1964, T.III, pp. 237 y ss.), como al terrorismo en su carácter de "delito internacional" o en su aspecto de "crimen del derecho de gentes"(1964, T.II, pp.1149 y 1159). Respecto de éste último, aún reconociendo el carácter de delito internacional, se muestra reticente a su juzgamiento por un tribunal penal internacional, prefiriendo que ellos sigan sometidos al régimen de la ubicuidad (1964, T.II, p. 1156, T.III, p.238).

⁵¹JIMÉNEZ DE ASUA, L. 1964, T.III, p.237. En igual sentido se pronuncian F.J. ÁLVAREZ y M.A. COBOS. "*La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*", en *RFDUCM* n°68, Madrid, 1983, pp. 162-163; y BUENO ARÚS. "*Principios generales de la legislación antiterrorista*", en *RFDUCM* n° monográfico 11, Madrid, 1986, p. 137. JIMÉNEZ DE ASÚA, participante activo en la redacción de los Convenios de Ginebra de 1937, explica que la exclusión del móvil político como elemento fundamental de los delitos de terrorismo obedece a la intención de no impedir que se produzca la extradición de los terroristas: " A instancias nuestras- dice el autor- se formuló en París la definición del delito de terrorismo sin incluir en a descripción objetiva ningún móvil determinado. Tratábamos de impedir que aparecieran en la definición del terrorismo los motivos políticos, lo que hubiese sido un obstáculo para nosotros, ya que la Constitución de España no permitía extraer a los delincuentes políticos y sociales". JIMÉNEZ DE ASUA, L. 1964, T.II, p. 1160.

⁵²CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "*Bilan de recherches de la section de langue française du centre d' étude et de recherche de l' académie*", en *Les aspects juridiques du terrorisme international*, Académie de Droit International de La Haye, 1988, pp. 19- 53, esp. p. 21. CARRILLO SALCEDO adopta una definición similar a la que proporciona desde las ciencias sociales, Paul WILKINSON, aunque éste último especifica que el fin es político, pudiendo definirse sintéticamente el terrorismo político como una intimidación coercitiva. Véase la definición anotada en Cap. II, IV, 3. *Alcances de la expresión terrorismo*.

No menos enfático es en España, RODRÍGUEZ DEVESA para quien "el terrorismo no es un crimen, ni siquiera un delito, es un modo de cometer los crímenes. lo esencial en el terrorismo es infundir terror en un sector determinado de la población de un país para facilitar la implantación de un sistema social o político que difiere del imperante"⁵³. JUILLARD, siendo mas preciso, exige no solo la finalidad potencial de intimidar sino que su efectivo resultado, concibiendo el terrorismo como "el acto de violencia que engendra terror o intimidación en la población de un Estado, que amenaza la vida, la integridad corporal, la salud física o moral o la libertad de víctimas eventuales consideradas colectivamente"⁵⁴.

La dimensión penal del terrorismo en todas estas concepciones exige la presencia de un móvil perfectamente diferenciado, provocar alarma pública, causar intimidación a la población. La forma que puede revestir en cuanto delito es variada, admite una pluralidad de hipótesis pero en todas ellas ha de existir un elemento objetivo común: la utilización de medios especialmente dañosos. Más allá de la finalidad o resultado de alarma, no interesa el fin último que guía la actuación.

En la doctrina española poco a poco fue perfilándose un sector doctrinal, actualmente mayoritario, en el que lejos de prescindir de la búsqueda de una finalidad ulterior en los actos terroristas, se exigía para mensurar penalmente el terrorismo, la existencia de un móvil o finalidad primero matizando lo político con lo social, y finalmente puramente político entendido en su expresión amplia.

La dimensión político social del terrorismo ha sido recogida, entre otros por BARBERO SANTOS para quien los delitos de terrorismo se caracterizan por la utilización de medios que pueden ocasionar estragos, con el propósito de atemorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema socio político o socio económico imperante"⁵⁵. CUELLO CALON, estima que el terrorismo es "la creación mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror en la colectividad y en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas"⁵⁶. Reconoce que el terrorismo es un delito de forma libre toda vez que careciendo de uniformidad, se compone de diversos delitos de distinta gravedad, entre los cuales destacan los atentados contra a personas o contra la propiedad. Tres son los elementos esenciales en ellos: *Primero*, la búsqueda en la creación de un estado de alarma o terror, *Segundo*, la multiformidad en las formas de ejecución (delitos diversos), *Tercero*, la finalidad político-social.

La doctrina, y entre ellas un sector de la chilena, han realizado una crítica a estas concepciones, a nuestro entender de manera demasiado rigurosa. Es cierto que la creación de un estado de alarma o terror, resulta criticable cuando se trata de concebir jurídicamente el terrorismo, esto es, al momento de definir los elementos del tipo penal⁵⁷. La alarma o terror, ese resultado de pánico en la población o sector de ella, se produciría como consecuencia del terrorismo como fenómeno social y no como concepto jurídico. Además, la alusión al terror, implica caer en una tautología innecesaria, como antes decíamos. Por otra parte, reafirmando esta idea, existen suficientes argumentos político criminales como para sostener que es difícil

⁵³RODRÍGUEZ DEVESA. *DP. Español. P:E.*, Madrid, 1977, p.793

⁵⁴JUILLARD, P. "*Les enlèvements des diplomates*". A.F.D.I., 1971, p. 225.

⁵⁵BARBERO SANTOS, Marino. "*Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo, regulados por el decreto de 21 de Septiembre de 1960*", *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 277.

⁵⁶Dice CUELLO CALON: "Las formas más agudas y sangrientas que ha revestido esta delincuencia (social) son los atentados terroristas realizados por medio de explosivos, pero estos hechos no son exclusivos de a delincuencia social, también existe un terrorismo político". CUELLO CALÓN, E. *DP.PG.* Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1980, p. 319.

⁵⁷DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.167 que siguen en este punto a Carmen LAMARCA.

desde el punto de vista penal concebir el terror o la alarma como un resultado realmente creado por el agente que comete la conducta. No puede desconocerse, hoy por hoy, la manipulación del flujo informativo que realizan los mass media.

En relación a la multiformidad que puede revestir la forma de ejecución del hecho, creemos que atenta contra el principio de legalidad y seguridad jurídicas el concebir que la estructura de los delitos de terrorismo se cimente en otro delito que puede ser cualquiera⁵⁸. En cuanto al móvil que describen estas definiciones, la doctrina mayoritaria reconoce en el terrorismo esta finalidad "político -social", aunque su concepto jurídico se erigiría más bien centrando su atención en el elemento estructural (organización terrorista)⁵⁹, unido al resultado de alarma o terror⁶⁰.

Una postura similar es la que ha ido tomando la jurisprudencia chilena después de 1990 al señalar que son delitos terroristas los "actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas, que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático", destacando que los elementos que deben estar presentes en los delitos de terrorismo se encuentran la violencia y finalidad político social (SCA de Stgo, 1992)⁶¹.

Desde los inicios de esta investigación hemos venido sosteniendo que es necesario delimitar la finalidad en el terrorismo, a nuestro entender, política. Y tienen razón quienes realizan un reconocimiento que de ella. Lo que no nos acaba de convencer es la consideración de una finalidad de tipo "social". Cuando realizamos el análisis del terrorismo en su dimensión histórica y social dijimos que los delitos de terrorismo, son delitos políticos en strictu sensu. Otra cosa es que hayan nacido a la vida jurídica, como tipos penales en el derecho interno, para evitar aplicarles el mismo tratamiento que a aquellos en el derecho internacional, especialmente en materia de extradición. Pero, ¿puede decirse que los delitos de terrorismo sean "delitos sociales"?

Delitos sociales según CUELLO CALÓN son "los dirigidos a la perturbación o destrucción del actual régimen social y económico", y estima que puede existir un "terrorismo social" distinto del "terrorismo político". La doctrina mayoritaria, a la cual adhiere CUELLO CALÓN, considera que no existe identificación entre delitos políticos y sociales puesto que, mientras los delitos políticos "solamente atentan contra el orden y la organización política de un Estado determinado", los delitos sociales "tienden a la destrucción del actual régimen político, social y económico de todos los países". Esta postura fue acogida por el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Ginebra de 1892, y por esta razón se negó la benignidad de tratamiento de los delitos políticos, a quienes emplearen medios explosivos para perpetrar hechos delictuosos u homicidios perpetrados por otros medios⁶². Para JIMÉNEZ DE ASUA, en cambio, esta identificación existe desde que considera que los delitos sociales son una especie de delitos políticos *lato sensu*, identificando la criminalidad político -social, con la delincuencia evolutiva⁶³.

⁵⁸En este sentido, DEL BARRIO y LEÓN R. para los cuales "realmente parece una exageración que el delito terrorista pueda estructurarse sobre la base de cualquier hecho delictuoso". DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p. 168.

⁵⁹ Véase DEL BARRIO y LEÓN REYES, pp. 175 y ss, p. 208,

⁶⁰ En esta opinión, GUTIÉRREZ SAHAMOD. 1991, p.2.

⁶¹ SCA de Santiago, de 13 Nov. 1992, *considerando séptimo (caso Edwards)*, en *GJ*. N°149, 1992, p.90

⁶²CUELLO CALÓN, E. 1980, pp. 319-320.

⁶³JIMÉNEZ DE ASÚA, L. 1964, T. III, p. 166 y 182. En sentido similar en cuanto a la identificación entre delitos políticos y sociales se manifiesta MANZINI, aunque la doctrina italiana mayoritaria la niega. MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. 1, 4ª ed. aggiornata dai professori P. NUVOLONE y G.D. PISAPIA., UTET, Torino 1961-1969, Vol. I., p. 430.

En nuestra opinión, cuando hablamos de delitos políticos, hablamos de violencia política, y cuando hablamos de delitos sociales hablamos de violencia social. Es decir, nos remitimos a un campo que es *antesala del campo jurídico*, cuya delimitación es necesaria para la posterior consagración de tipos penales. Coherentes con los planteamientos vertidos en relación a la dimensión histórica y social del fenómeno en estudio, pensamos que el reconocimiento del terrorismo como violencia social se puede subsumir en el derecho penal sustancial en una extensión indebida de la punibilidad, contraria a los principios garantistas, especialmente al principio de legalidad.

La violencia política se caracteriza en esencia por la presencia de un elemento ideológico normativo determinado por una ley histórica, y por tener una intencionalidad estratégica. Si estos elementos faltan, entonces la violencia que pretende destruir el sistema económico y social imperante, como parece apuntar CUELLO CALÓN, es una violencia social. El que los delitos de terrorismo puedan ser considerados delitos sociales parece apuntar, a nuestro entender, a la defensa de un determinado “modelo socio económico”, y creemos, no es precisamente éste el bien jurídico que se pretende proteger en los delitos de terrorismo. ¿Podrían ser considerados actos de terrorismo actos de violencia callejera protagonizados en el curso de una huelga de trabajadores?. ¿Son actos de terrorismo los actos de violencia estudiantil?. ¿Son actos de terrorismo los realizados por los policíalmente denominados grupos X e Y en España?.

Un gran sector de la doctrina con el que concordamos sostiene que la distinción previa entre violencia política y violencia social, permite excluir de la calificación de delitos de terrorismo a actos de violencia individual o espontánea *que no importa un riesgo grave de socavación a las bases del Estado democrático*⁶⁴. En otras palabras, es esta intencionalidad estratégica que se dirige hacia la consecución de una finalidad política, y que se manifiesta a través de la existencia de una organización terrorista, la que permite distinguir la delincuencia terrorista de la delincuencia común. Esto no implica, empero, reconocer en el campo criminológico que el terrorismo pertenezca a la categoría de crimen organizado, y que su tratamiento jurídico deba obedecer a las directivas político criminales del mismo, porque la finalidad en el terrorismo es *política*. Y no implica reconocer que sea el criterio de la “desestabilización del sistema” el que deba ser el que nos guíe para aproximarnos al concepto jurídico de terrorismo. Ningún grupo armado tiene la capacidad de poner en peligro la estabilidad del sistema.

3. - Siguiendo con los razonamientos anteriores cabe señalar que, sin duda, ha sido el *criterio subjetivo que considera en el terrorismo el móvil o finalidad política* el que prima en la doctrina, especialmente en la española e italiana.

En sentido amplio, la doctrina mayoritaria española entiende por terrorismo “toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común”⁶⁵, “un modo de consecución del poder político y un modo de dominación política”⁶⁶. Un camino similar es el que sigue la doctrina mayoritaria en Italia para quienes, desde un punto de vista más bien politológico o sociológico que jurídico, “el terrorismo es una acción llevada a cabo como parte de un método de acción de la lucha política...”⁶⁷, “una acción violenta con fin político”⁶⁸. Para la

⁶⁴Así LAMARCA, C. 1985, pp. 80 y 90; BONANATE y otros. *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, F. Angeli, Milano, 1979, p.129.; SERRANO PIEDECASAS, 1988, p.147.

⁶⁵ARROYO ZAPATERO, Luis. “*Terrorismo y Sistema Penal*”, en *Reforma, Política y Derecho*, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.155.

⁶⁶MARTÍNEZ CARDÓS, L. 1998, margs. 479 a 481.

⁶⁷PONTARA, G. “*Violenza e terrorismo. Il problema de la definizione e della giustificazione*”, in *Dimensioni del Terrorismo Politico*, L. Bonanate (Ed.), Franco Angeli, Milano, 1979, pp.25-98, esp. pp.31-32.

⁶⁸BONANATE, L. *Dimensioni del Terrorismo Politico*, ob. cit. 1979, p.127 y ss.

doctrina mayoritaria en Chile, "terrorismo es, en términos muy amplios, la comisión de delitos comunes con fines políticos"⁶⁹.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional español matizándolo con el ataque que supone a los derechos humanos, el que define el terrorismo como "un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales"(STC. 89/1993). Y una opinión similar ha mantenido el Tribunal Supremo: "El terrorismo es algo más que el crimen común, pues no solo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos" (STS de 25 enero 1993).

Desde la doctrina, especialmente en España, se ha procurado no tanto ofrecer un concepto de terrorismo, como delimitar jurídicamente los elementos que deben integrar el injusto penal. Terrorismo es en términos generales, "la violencia organizada con fines políticos"⁷⁰. La doctrina mayoritaria coincide en que estos elementos son: *Primero*, el hecho de que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia mediante conductas que en sí mismas constituyen delito⁷¹; *Segundo*, a lo anterior suele agregarse el elemento relativo a la alarma o terror que producen los actos. En opinión de la doctrina mayoritaria, carece de utilidad en un concepto jurídico, dado que no es posible determinar objetivamente su dimensión o grado. La alarma debe vincularse más bien al fenómeno en sí que a una tipificación penal concreta⁷². *Tercero*, el terrorismo es un delito de finalidad política, finalidad que viene a ser en definitiva la característica que le diferencia de otras conductas que pueden producir alarma o terror. Esta finalidad política es la de alterar el régimen constitucional del Estado democrático, cuestión que le distingue de sus análogos in stricto sensu, los delitos políticos⁷³.

En la misma opinión, TERRADILLOS BASOCO, como decíamos al iniciar este capítulo, considera que la verdadera valoración para delimitar jurídicamente el terrorismo, ha de centrarse en el elemento político, en esa violencia que se aparta de los cauces constitucionales, porque "la acción terrorista, como acción política que es, supone, en último término, un intento de incidir en el desarrollo de una determinada forma de convivencia, mediante la lesión de bienes jurídicos de importancia trascendental, o a través de la utilización de medios que provoquen alteraciones graves a la vida ciudadana"⁷⁴. A favor también de esta postura se manifiestan SERRANO PIEDECASAS, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVÉ, HORMAZÁBAL MALAREE y LÓPEZ GARRIDO⁷⁵.

En Chile, el concepto de terrorismo propuesto por DOMÍNGUEZ VIAL, en nuestra interpretación, parece alinearse en gran parte a la postura doctrinaria in comento. El terrorismo "podría ser definido como la acción cruel y despiadada de una persona, un grupo o un Estado, desarrollada mediante la agresión directa o indirecta sobre los derechos inherentes a la dignidad

⁶⁹KUNSEMÜLLER, Carlos. *Estudio sobre los delitos contra la seguridad del Estado*, Ed. Jurídica, Santiago, Chile, 1967, p.7. También DEL BARRIO Y LEÓN se alinean en esta postura aunque como veíamos ellos prefieren hablar de finalidad "político social".

⁷⁰LAMARCA, C.1985, p. 95.

⁷¹Ídem, pp.77-79.

⁷²Por todos LAMARCA, C. 1985, p. 77.

⁷³ En este sentido se ha pronunciado la doctrina mayoritaria. Véase entre otros, F.J. ÁLVAREZ y M.A. COBOS. 1983; p. 164; ARROYO ZAPATERO, L. 1985, p. 156; BUENO ARÚS, F. 1986, p. 137, LAMARCA, C.1985; p. 48; SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, p. 175.

⁷⁴TERRADILLOS, J. 1988, p. 55.

⁷⁵SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, p.177; GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, pp. 48 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, pp.133 y ss.; GARCÍA CALVO y MONTIEL, R. 2000, marg. 1020.

humana, al Estado de Derecho fundado en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, a través de actos atroces capaces de producir terror, para imponer a grupos o a toda la sociedad, el sometimiento a las ideas o los propósitos utilitarios de quien es su autor"⁷⁶. Cabe destacar, el acierto de la tesis de DOMÍNGUEZ VIAL en cuanto vincula el terrorismo con los derechos humanos⁷⁷, criterio que en nuestra opinión es el adecuado para efectuar la valoración del bien jurídico que se pretende proteger. Esta postura, como él mismo reconoce, aún no ha sido aceptada universalmente, tanto en las instituciones internacionales como en los organismos no gubernamentales de derechos humanos.

Sostener que *el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos en nada obsta al necesario reconocimiento de la finalidad política* perseguida por los agentes en los delitos de terrorismo, y que éste debe ser el eje rector en la estructuración de los tipos penales de terrorismo.

Esta finalidad política se ha visto en muchos de los conceptos indisolublemente unida, como decíamos, a la existencia necesaria de una *organización o banda armada, una asociación ilícita*. Este es el criterio que sigue la legislación española vigente en el CP de 1995. La doctrina mayoritaria⁷⁸ coincide en que la noción jurídica de terrorismo gira en torno a la existencia de los elementos estructural y teleológico. Es también el criterio que ha seguido el Tribunal Supremo español⁷⁹. Así Carmen LAMARCA, sobre esta base, intenta definir jurídicamente el terrorismo en los siguientes términos: "toda acción violenta con un fin político, desarrollada por grupos organizados que pretendan una alteración del orden constitucional mediante la comisión sistemática de determinados delitos comunes"⁸⁰.

En Chile, partidarios se muestran de este criterio, DEL BARRIO y LEÓN REYES; afirmando que son delitos de terrorismo: "Los actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático"⁸¹. Destacando ambos elementos, estructural y teleológico, aunque añadiendo la provocación de alarma o terror, encontramos a GUTIÉRREZ SAHAMOD, para quien "el delito terrorista es una acción sistemática, planificada, de carácter violento, que atenta contra la vida, la integridad corporal y la libertad de las personas, con fines político - sociales, y que busca provocar el terror o el pánico y la intimidación de la comunidad"⁸².

⁷⁶DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990. p.21. Los subrayados son nuestros.

⁷⁷ Señala el autor: "La fuerza política, incluso la armada se somete a normas coherentes con los derechos humanos y a la libre determinación del pueblo, en cambio el terrorismo – estatal o privado- no lo hace, dando rienda suelta al desprecio más absoluto respecto a la dignidad y soberanía del pueblo, mediante el uso intenso y sistemático de la barbarie y la crueldad extrema indiscriminada". DOMÍNGUEZ VIAL, A. El poder y los derechos humanos, Edit. Terranova, Stgo., 1988, p.58.

⁷⁸ Así, LAMARCA, C. 1985; MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional.*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987; DE PRADA SOLAESA, José Ricardo. "*Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*", en *JpD* n° 25, marzo de 1996, pp. 73-77, CALDERÓN CERESO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*, edit. Bosch, 1999, pp. 1128-1238, entre otros. Mas ampliamente infra Apartado Tercero de este capítulo; *I. Tipo objetivo*.

⁷⁹ STS de 29 julio 1998 (RJ 1998/5855, caso GAL, secuestro Marey), SSTC 199/1987 de 16-12-1987, 12-03-1992 (caso Amedo), 89/1993 de 12-05-1993, STC de 20 Julio 1999, SAN 30/91 de 20- 09-91 (Caso Amedo), Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de Noviembre de 1997 (Sección 1ª, ARP 1998/5944) por el que reafirma la competencia y jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por militares chilenos y argentinos.

⁸⁰ LAMARCA, C. 1985, p. 48.

⁸¹ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 208.

⁸² GUTIÉRREZ SAHAMOD, L. *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación Antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. N° 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo), Santiago, Chile, Octubre de 1991, p.2.

Para otros, el elemento estructural no forma parte de un concepto jurídico de terrorismo. Así, para VIVES ANTÓN, los elementos que definen dogmáticamente el terrorismo son: a) actos graves ejecutados por medios especialmente violentos, aptos para producir terror en la población o en una parte de ella", b) comportan al menos un peligro para la vida, la integridad o la salud de las personas, es decir, para los bienes jurídicos más básicos, y c) dirigidos a subvertir total o parcialmente el orden político constituido⁸³. Interpretación similar es la que realizan GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVÉ, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO y SERRANO PIEDECASAS, para quienes las notas distintivas en el concepto de terrorismo son: 1ª la comisión de delitos comunes, 2ª realizados en el marco de una organización armada, 3ª presididos por una finalidad política⁸⁴. Más preciso es POLAINO NAVARRETE cuando afirma que " en su mayor medida, los delitos de terrorismo son determinados delitos comunes contra bienes jurídicos individuales y colectivos, constituidos en tipos cualificados por ciertas propiedades objetivas de acción o características subjetivas de autoría, que no anulan el contenido material de los injustos típicos ya descritos en la norma penal"⁸⁵.

Si tenemos claro que la finalidad política debe ser reconocida y valorada en un concepto de terrorismo, criterio en el que la doctrina mayoritaria coincide, según hemos examinado, en lo que no existe un aunamiento de criterios en torno al tratamiento jurídico que debe dársele desde el plano sustantivo penal al elemento estructural u organizativo que acompaña la violencia terrorista, esto es, si ha de considerarse o no en el injusto la pertenencia del sujeto activo a una organización terrorista. Sobre ello volveremos en el apartado tercero de esta investigación en el análisis del tipo objetivo de los delitos de terrorismo.

4. - Para finalizar con esta exposición conceptual de la doctrina, existe una corriente de autores que asimilan el concepto jurídico del terrorismo a la *violación del Derecho Humanitario*. La nota común en todas estas definiciones es que ellas se refieren no tanto a o que llamamos terrorismo interno, sino más bien al terrorismo en su dimensión internacional.

Quizá quien mejor desarrolla este criterio sea Eric DAVID para quien el terrorismo puede definirse como "Todo acto de violencia armada que, cometido con un fin político, social, ideológico, filosófico o religioso, viola entre las prescripciones del derecho humanitario, las que prohíben el empleo de medios crueles y bárbaros, el ataque a objetivos inocentes o el ataque a objetivos sin interés militar"⁸⁶, definición que estima no se encuentra recogida en ningún texto de derecho internacional. La finalidad para David resulta casi irrelevante. Tal apreciación fluye de su propuesta conceptual en la que son los medios empleados, capaces de transgredir el derecho humanitario (medios crueles y bárbaros) la nota característica, y que le permite diferenciar entre un terrorismo absoluto y uno relativo⁸⁷. El *terrorismo absoluto* distingue por la especial crueldad de los medios empleados y el carácter inocente del objetivo que se ataca, y es éste quien se identifica con la violación al derecho humanitario. Es, por tanto, ilícito, independientemente del contexto político y social en el que se inscriba (tiempo de guerra o tiempo de paz). El *terrorismo relativo*, en cambio, responde a otras formas de violencia que son toleradas en ciertas circunstancias.⁸⁸

⁸³VIVES ANTÓN. *DP.PE*, Tirant Lo Blanch, 1990, p.83, 1993, p.79; 1996, p.762. Similar postura TERRADILLOS, J. 1988, p.60; GARCÍA VALDÉS. "La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas", en *RFDUCM*, Monográfico n°6, 1983, p.321.

⁸⁴GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, p. 55; GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, pp.141-142.

⁸⁵POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra el Orden Público*, en *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Vol. II, dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, Edit. Marcial Pons, 1997 a), p. 902.

⁸⁶ DAVID, Eric. "Le terrorisme en Droit International (definition, incrimination, repression)" en *ABJD; Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, 1974, p. 125.

⁸⁷Ídem, pp. 114 - 121.

⁸⁸Así por ejemplo, las conductas de sabotaje a vías de comunicación como puentes o vías férreas, cuando son cometidas en tiempo de paz, responden al concepto de terrorismo; pero no responderán a él cuando fueren cometidas

Si quisiéramos circunscribir o precisar lo que implica la violación al derecho humanitario a los elementos que proporciona la definición de DAVID, debemos acotar los que precisa la de Patric JUILLARD⁸⁹, ya anotada, de donde obtenemos que para que dicha infracción se produzca y pueda ser calificada como acto de terrorismo, debe existir: a) un acto de violencia armada cometido a través de medios crueles y bárbaros (DAVID), b) capaz de engendrar terror o intimidación en la población de un Estado (JUILLARD), c) que ataca bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la salud física o moral, la libertad de las personas (JUILLARD), d) cometido con una finalidad "política, social, filosófica, ideológica o religiosa" (DAVID), y e) el destinatario de la violencia o sujeto pasivo son personas inocentes u objetivos sin interés militar alguno como especifica DAVID, o víctimas eventuales consideradas colectivamente, como señala JUILLARD. Quienes son partidarios de estas concepciones, incluso van más allá: ante la imposibilidad de delimitar jurídico conceptualmente el terrorismo en el campo del derecho internacional, proponen como *lege ferenda* su supresión como delitos de nomen iuris propio y su sustitución por la categoría de delitos contra el Derecho Humanitario. Tal es la conclusión a la que llega, entre otros, J.J.A. SALMON⁹⁰.

En nuestra opinión, la referencia al derecho humanitario en un intento por delimitar jurídico penalmente el terrorismo, esto es, y no lo olvidemos, "en la construcción de tipos penales de terrorismo" no hace sino proporcionar una vaguedad cuya consecuencia sería la infracción a los principios de legalidad penal y seguridad jurídica ante todo. Primero, porque "no toda violación al Derecho Humanitario es un acto de terrorismo, aunque, ciertamente, todo acto de terrorismo constituye una violación al derecho humanitario"⁹¹ que, como sugieren SALMON y DAVID, se caracteriza por el ataque a objetivos inocentes a través de medios inútilmente crueles o bárbaros. Conductas de violencia política armada que en tiempos de paz, decíamos, pueden ser consideradas delitos de terrorismo, no lo serían eventualmente, en tiempos de guerra, esto es, en caso de un conflicto armado. *Segundo*, y en conexión con lo anterior, esta ambigüedad resulta peligrosa si consideramos que la existencia de un conflicto armado viene demostrada por el control del territorio por parte de una de las partes en antagonismo. Significa esto que en el campo del derecho interno el ámbito de la punibilidad de las conductas tiene límites difusos, pudiendo ampliarse o restringirse, con la consiguiente infracción a los principios de derecho penal ya mencionados.

El marco punitivo de las conductas de derecho penal interno estaría sometido a un concepto ajeno a la legalidad del Estado: el reconocimiento de un conflicto armado. Reconocimiento que harían actores distintos: la comunidad internacional, por ejemplo. Si la comunidad internacional reconoce la existencia de dicho conflicto por el hecho de mantener un grupo insurgente el control de un determinado territorio dentro del Estado, esto viene a legitimar políticamente todas las conductas delictivas desplegadas por el mismo, es decir, a considerarlas delitos políticos y no terrorismo. Y lo que es más peligroso aún, pueden legitimarse conductas que provengan de quien tiene la mayor posibilidad *objetiva* de utilizar medios crueles en contra de personas inocentes: el propio Estado. ¿Qué ocurre, por ejemplo, con las víctimas inocentes que como efecto colateral produce la postura de una bomba en centros públicos?, ¿O con las masacres de población civil irónicamente denominadas "efectos colaterales de la guerra"?, ¿O con el homicidio de miembros destacados de una organización política insurgente?.

Creemos que el derecho penal interno, no resiste la inclusión del "derecho humanitario" para la tipificación de las conductas de terrorismo. Esta tarea pertenece más bien al Derecho

en tiempo de guerra. Sólo podrían ser consideradas terrorismo cuando violaren las normas del derecho humanitario para la guerra. DAVID, 1974, pp. 118 y 120.

⁸⁹ JUILLARD, P. "*Les enlèvements des diplomates*". A.F.D.I., 1971, p. 225.

⁹⁰ SALMON, J.J.A. *Conclusions du colloque*, de *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, ob. cit., 1974, pp. 273-274.

⁹¹ RAMÓN CHORNET. 1993, p.112.

Internacional para la guerra, único campo en el cual estas conductas podrían ser sancionadas, no tanto como delitos de terrorismo como de genocidio o crímenes contra la humanidad. Cuestión distinta es si en lugar de violación al derecho humanitario, hablamos, como hace DOMÍNGUEZ VIAL, de *violación a los derechos inherentes a la dignidad humana*⁹².

5.- Digresión acerca del Terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno⁹³.

El que los delitos de terrorismo vulneren los derechos inherentes a la persona humana mucho aportará en la acalorada discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de sancionar bajo esta rúbrica al denominado "Terrorismo de Estado".

Como decíamos en el Capítulo II, las violaciones reiteradas, planificadas y sistemáticas a los derechos humanos son la característica intrínseca a los procedimientos terroristas llevados a cabo por agentes del Estado; y representa una continuación de las políticas de este último, concebido como institución, aunque por medios extralegales, esto es, contraviniendo el ordenamiento jurídico diseñado por ese Estado. Con esto salvamos la contradicción, aparentemente insoluble, que la doctrina advierte⁹⁴ y que puede deducirse del concepto jurídico que proporciona la legislación española en el CP de 1995: concebir el terrorismo como un ataque contra el orden estatal establecido implica que dicho ataque no puede llevarse a cabo desde el mismo orden estatal.

Para un sector de la doctrina resulta insostenible el concepto de "terrorismo de Estado" en el campo del derecho penal interno, porque el uso de la violencia por parte del Estado, sería siempre legítimo. "Desde la óptica del derecho interno - dice LAMARCA- el Estado nunca puede ser terrorista; cuando utiliza su fuerza se dice, en el plano jurídico- positivo, que se halla en el uso legítimo de la fuerza"⁹⁵, ya que "la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado"⁹⁶. Para MESTRE DELGADO, es inconcebible que en un Estado democrático de Derecho, los detentadores el poder utilicen la violencia indiscriminada contra determinados sectores de la población⁹⁷. El Estado "puede ser moralmente perverso, pero no delincuente" y hablar de terrorismo de Estado constituye "una imagen metafórica y retórica" a juicio de LAMARCA⁹⁸.

Opinión contraria sostiene SERRANO PIEDECASAS, para quien "toda acción terrorista constituye una conducta penalmente reprochable", cualquiera que fuera la forma que revista, si se ejercita contra un Estado de derecho, o no siéndolo, si los medios empleados confieren al acto el desvalor de un delito contra la humanidad⁹⁹.

Es probable que Carmen LAMARCA¹⁰⁰ tenga razón cuando dice que el concepto de "Estado terrorista" en el campo del derecho penal interno es una imagen "metafórica y retórica",

⁹²DOMÍNGUEZ VIAL, A. 1990, p. 21.

⁹³ Desde la perspectiva sociológica y política, Supra Cap. II, punto II, 3.b.1. *La violencia del Estado*, y punto IV, 2.b. *El terrorismo de Estado*.

⁹⁴ GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, pp. 48-49; GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, pp.133 y ss.

⁹⁵LAMARCA, C.1985, p. 33

⁹⁶LAMARCA, C. "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", en ADPCP, 1993 a, pp.535-559, esp. p. 541.

⁹⁷ MESTRE DELGADO, E. 1987, p.31

⁹⁸LAMARCA, C. 1993 a), p. 541. También en contra de la posibilidad de sancionar el llamado terrorismo de Estado conforme al CP español de 1995, FERNÁNDEZ- GANZEMULLER y otros, 1998, p.338, nota 123.

⁹⁹SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988, p. 166.

¹⁰⁰ LAMARCA, C. "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", en ADPCP, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988, p.541.

porque sin duda conduce a un "debate nominalista estéril" que discurre en un "círculo vicioso"¹⁰¹. Lo que no puede resultarnos metafórico y extraño es la utilización de procedimientos verdaderamente "terroristas" para reprimir a la disidencia política, no ya tanto en un Estado autoritario o totalitario como las dictaduras militares, donde no cabe duda de la existencia de terrorismo de Estado, sino también, en el Estado democrático de derecho, como bien advierte WALDMANN¹⁰², idea que tampoco desconoce Carmen LAMARCA¹⁰³. Lo que interesa es determinar si las conductas contrarias al ordenamiento jurídico llevadas a cabo por agentes del Estado, que con una finalidad política determinada, y que vulneran derechos fundamentales, pueden ser calificadas como delitos de terrorismo. Entendemos junto con GARCÍA ARÁN y otros, que si el concepto de terrorismo de Estado, aún en quienes niegan su concepción jurídico penal interna, se erige sobre la base de una utilización legítima de la fuerza o la violencia por parte de las instituciones estatales, no puede pensarse que esta fuerza sea utilizada "a la vez, legítima e ilegítimamente"¹⁰⁴.

Los agentes del Estado, bajo el amparo institucional, pueden, utilizar la violencia de forma ilegítima, cuando desarrollan una actividad al margen de la legalidad vigente. Dos ejemplos nos bastan en Europa: los GAL en España, y los comandos de la muerte del Gral. Aussares en la guerra de Argelia¹⁰⁵. En Latinoamérica, las dictaduras chilena (1973) y argentina (1976) en las que, derechamente, se desconocía el principio de legalidad.

¿Por qué habríamos de sancionar a título distinto del de terrorismo este tipo de conductas?. "Por supuesto- dice Carmen LAMARCA, en 1985 - los funcionarios al servicio del Estado pueden cometer delitos, pero éste es un problema diferente; los órganos estatales convierten en formalmente legítimas sus decisiones de poder"¹⁰⁶. Esta enfática postura será más tarde flexibilizada ante las actuaciones desplegadas por los GAL, señalando que en el marco del Estado de derecho "obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros" pero "se excluye por principio cualquier imputación institucional" ya que la responsabilidad por hechos ilícitos es personal¹⁰⁷. Es decir, las decisiones de poder del Estado no siempre serán legitimadas formalmente, y cuando ello no

¹⁰¹GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, p. 49; GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, p.134.

¹⁰²WALDMANN, P. "Represión estatal y paraestatal en Latinoamérica", en *Rev. América Latina Hoy*, Nº19, Junio/95. Más ampliamente en Cap. II.

¹⁰³LAMARCA, C. 1993 a, pp. 541-542.

¹⁰⁴GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, p. 49; GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, p.135.

¹⁰⁵ Sobre los antecedentes históricos de la violencia política en España y Francia, véase Supra Cap. II, II, 4. *Causas y orígenes del desarrollo de la violencia política y el terrorismo....*

¹⁰⁶ LAMARCA, C. 1985, p. 34.

¹⁰⁷ LAMARCA, C. 1993 a), p. 542. Advertimos la dificultad que ha tenido la autora para continuar manteniendo su postura inicial vertida en su obra ya citada de 1985. Del artículo citado se deduce que han sido los delitos cometidos por los GAL, los que han contribuido a esta matización de sus opiniones. En él efectúa una crítica a la STS de 12-03-1992 y a la SAN 30/91 de 20-09-1991 sobre el caso *Amedo*, manifestando que a su juicio los GAL constituyen una asociación ilícita, y en la medida que se reconozca su finalidad política, una banda armada u organización terrorista, y que resulta inexplicable que a los procesados ni siquiera se les condenara por el delito de asociación ilícita común (vid. ob.cit. pp.556-558). Más tarde, con ocasión de la STS de 29-07-1998 sobre el secuestro a *Segundo Marey* por personas integradas en los GAL, manifestó verbalmente su opinión en cuanto a que los hechos debieron ser sancionados conforme a los delitos de terrorismo (*Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo*, II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999). Considerando la riqueza conceptual, jurídica y política que Carmen LAMARCA despliega en toda su obra, pensamos que su opinión inicial (1985) se ha matizado de manera favorable, opinión que en caso alguno quiso amparar la utilización ilegítima de la violencia estatal, sino analizarla desde un plano estrictamente jurídico. Frente a sus apreciaciones creemos que la discusión en torno a si cabe o no hablar de "terrorismo de Estado" desde el plano sustantivo penal se torna inútil, toda vez que coincidimos en lo fundamental: evitar la impunidad del abuso de poder del Estado, calificándoles como delitos de terrorismo cuando sus actuaciones respondieren a las respectivas configuraciones típicas del terrorismo.

ocurra, el Estado debe responder mediante la sanción personal a los funcionarios que se encargaron de cumplir esas mismas decisiones estatales.

El terrorismo de Estado nace al alero del abuso de poder, y que consiste en una extralimitación de los funcionarios en las atribuciones que jurídicamente les han sido encomendadas, o bien en cumplimiento de otras funciones que “no son jurídicamente” encomendadas. Es cierto que en el primero de los supuestos, la ley penal común contempla estas situaciones protegiendo los intereses de las personas, como ocurre por ejemplo en el caso de las detenciones ilegales. Pero ¿qué ocurre cuando estas acciones obedecen a un plan sistemático diseñado por el mismo poder político imperante para la eliminación de la disidencia política?

Bastante es ya la discusión en la doctrina acerca de si las personas jurídicas pueden tener o no responsabilidad penal. Si ni siquiera hemos aceptado que las organizaciones puedan tener responsabilidad penal, con menor razón se aceptará que el Estado tenga responsabilidad en conductas que revisten todas las cualidades como para ser calificadas como delitos de terrorismo. Y lo que es más irritante, generalmente quienes resultan inculpados o sancionados son personas que obedecen órdenes superiores, órdenes que jamás se llega a saber – judicialmente- de dónde provienen exactamente. ¿Por qué por regla general las investigaciones judiciales “se detienen” llegados a un cierto eslabón en la cadena de autoridades implicadas en los hechos?. Se puede sancionar incluso a un ministro de Estado, pero “no puede irse más allá” en esa “cadena”. No nos parece que sea ésta la actitud que debe asumirse en una democracia.

El terrorismo, como sostiene la doctrina mayoritaria, a la que adscribimos, se refiere a la utilización de la violencia como un instrumento para intervenir en la conciencia política de la población, mediante la creación de una inseguridad colectiva¹⁰⁸. Sea la creación de un "estado de terror", como le llaman algunos, de "alarma pública", como señalan otros, lo cierto es que se produce una alteración de la tranquilidad de los ciudadanos a través de la utilización de procedimientos que apartados de la legalidad vigente lesionan bienes jurídicos tan trascendentales como son los derechos inherentes a la persona humana. Se lesiona por tanto, el orden constitucional que garantiza su respeto.

¿Por qué el insurgente que comete un secuestro con la finalidad de subvertir el orden constitucional responde a título de delitos de terrorismo y el funcionario estatal que con la finalidad (supuestamente) de mantenerlo, comete un secuestro idéntico responde por un delito común considerándose que su responsabilidad es personal?¹⁰⁹. ¿Sólo porque la finalidad terrorista es subvertir el citado orden?. Esto nos debería llevar a concluir forzosamente que los delitos de terrorismo han sido concebidos en función de una determinada ideología política, y esto sí que nos parece inviable jurídicamente toda vez que los tipos penales se construyen sobre la base de *conductas*, a lo que se *añade* el elemento *político*. Una diferencia arbitraria de esta naturaleza está reñida con los principios del Estado democrático y de Derecho. Lo que debe preocuparnos no es si se tiene la intención de subvertir o mantener el orden constitucional, sino su alteración efectiva. Y máxime cuando se trata de conductas que realizan representantes del Estado amparados en la "impunidad" que éste les puede proporcionar.

La conducta desplegada por funcionarios estatales (o personas vinculadas) y que responde a estas características, no solo puede sino que *debe ser sancionada como delito de terrorismo*. Ello porque el Estado es el primer llamado a respetar la legalidad, el orden constitucional, convirtiéndose en garante de la seguridad ciudadana y del respeto a los derechos

¹⁰⁸En España, véase por todos TERRADILLOS BASOCO, 1988, p.55. En Chile, véase por todos DOMÍNGUEZ VIAL, 1990, p. 21.

¹⁰⁹ Es lo que ha ocurrido en los casos GAL y el del Gral. Aussares (Francia). Los GAL nunca han sido condenados a título de terrorismo (p.ej. SAN n°30/91 de 20-9-1991, caso Amedo, y Sentencia de 29-7-1998, Caso Marey. Aussares ni siquiera ha sido procesado por los crímenes cometidos con motivo de la guerra de Argelia, sino tan solo por el delito de apología de crímenes de guerra (véase antecedentes históricos de la violencia política en Francia, Supra Cap. II).

y garantías constitucionales. Luego, la conducta desplegada por sus funcionarios tiene un mayor desvalor de acción, que debería ser contemplada como un elemento especificador del injusto, pensamos incluso para quienes que no siendo “legalmente” funcionarios, actúan en el marco de esa estrategia de eliminación de la disidencia política, puesto que el Estado no debe, bajo ningún concepto ni contexto, “abusar del poder” y vulnerar las premisas fundantes del Estado de derecho, especialmente la referida al respeto a los derechos inherentes a la persona humana. El sistema democrático debe garantizar su propia abstersión interna, en el entendido de que no puedan gozar de la impunidad actos de terrorismo que sean amparados desde las instituciones del Estado.

II. - CONCEPTO JURÍDICO DEL TERRORISMO EN LAS LEGISLACIONES DE CHILE Y ESPAÑA: DESCRIPCIÓN LEGAL.

Con el objeto de adentrarnos en el análisis de la estructura de los delitos de terrorismo, hemos considerado pertinente describir en este apartado el concepto legal de las legislaciones chilena y española. Decimos describir y no analizar por cuanto creemos la reflexión jurídica acerca de un determinado fenómeno delictual ha de hacerse a la luz de los tipos penales que la legislación vigente contempla. Es decir, no podemos reflexionar sobre conceptos claves como bien jurídico protegido, organización terrorista, medios empleados, sin considerar el objeto de esta investigación: el análisis comparado de los delitos de terrorismo.

1. - Concepto de terrorismo en la legislación chilena.

Tal y como hemos examinado latamente en el capítulo anterior, el concepto de terrorismo en la ley 19.027 de enero de 1991, que modificó la ley 18.314 sobre conductas terroristas, se construye sobre la base de la calificación como terroristas a determinados delitos comunes que persigan algunas de las finalidades descritas en la ley. Con ello el legislador obvia una definición genérica proporcionando un catálogo de delitos a los que se añade un elemento subjetivo.

El Artículo 1° de la ley 18.314, señala en su texto: “Constituirán delitos terroristas, los enumerados en el artículo segundo, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que el delito se cometa 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, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.

2ª Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

El artículo 2° contiene cinco numerales en los que se detallan los tipos penales: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

1. - Los de homicidio, sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d, 315 y 316; el de descarrilamiento contemplado en los artículos 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.

2. - Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3. - El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial, o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4. - Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.
5. - La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas".

De ambos preceptos se desprende que es el *elemento teleológico*, la finalidad perseguida, la que otorga el carácter terrorista a los actos criminales ya tipificados por la ley penal común. Esta finalidad, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española vigente, no tiene un carácter político, sino que alude al significado semántico del término terrorismo. Al igual que las concepciones subjetivas ya examinadas, para el legislador chileno la finalidad terrorista debe consistir: Por una parte, en la intimidación o temor a la población o un sector de ella; y por la otra, en obtener decisiones de la autoridad en un sentido determinado, decisiones que pueden ser de diversa índole: económicas, sociales, políticas, etc.

En esto advertimos una fuerte influencia de la legislación española contenida en el CP de 1944, en cuyos arts. 260 y ss. se sancionaba los delitos de terrorismo vinculándoles con el concepto de estragos y el uso de medios explosivos, aunque en ellos sí se requería la presencia de una finalidad política, cual era la de atentar contra la seguridad del Estado¹¹⁰. En lo que nos interesa, nótese que la redacción del art. 261 sancionaba a quienes " con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población, o a clases o sectores determinados de la misma... utilizaren armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas".

La idea sobre la que el legislador chileno ha discurrido se cimenta en la necesidad de marcar la diferencia entre la consideración de terrorismo como ideología y como método de acción criminal. La apreciación del terrorismo como ideología se encontraba contenida en la antigua ley 18.314 que se reformó con la ley 19.027, ya que ella sancionaba más bien conductas atentatorias contra la seguridad del Estado, es decir, conductas políticas. La naturaleza del terrorismo, en este nuevo concepto, apunta a destacar su carácter de estrategia criminal que lesiona bienes jurídicos fundamentales, sin importar la finalidad que persigan sus autores: "Lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población"¹¹¹.

Estamos de acuerdo con la caracterización que se realiza de los actos de terrorismo, no obstante creemos que la omisión acerca de la finalidad política permite extender abusivamente el ámbito de la punibilidad hacia conductas distintas del terrorismo, como por ejemplo, la violencia política que se desata en el marco de un gobierno autoritario, o conductas de violencia social en cualquier contexto político. De todas maneras se advierten los esfuerzos del legislador por limpiar de objetivismo y casuismo la tipificación de los delitos de terrorismo al contemplar elementos subjetivos para la construcción de los tipos penales, supuesto que las conductas ya se encuentran contenidas en la ley penal común o especial¹¹².

¹¹⁰Recordemos que esta normativa se mantuvo hasta 1978, época en que se promulga la Constitución Política. Los arts. 260 y ss. del CP fueron derogados por la Ley 82/78 de 28 de diciembre que acorde con las intenciones de destipificación y despolitización del terrorismo, hace desaparecer estas figuras, como nomen iuris propio, y las subsume en los tipos penales comunes, evitando toda referencia a la finalidad y al elemento organizativo. Mas ampliamente Cap. V, II.2.; *La legislación española frente a los delitos de terrorismo. Aspectos penales y procesales*.

¹¹¹Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 que modifica la ley sobre conductas terroristas y fija su penalidad, Boletín 3-07 (90)-1, en *Historia de la ley 19.027*, cit. p. 1.

¹¹²En esta opinión GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.12, para quien el concepto acuñado en la ley exige una mayor precisión que permite distinguir las conductas terroristas de las de delincuencia común.

Es probable, en nuestra opinión, que lo que se haya pretendido con este concepto, es dar un cumplimiento demasiado literal a la voluntad del constituyente en lo relativo a la consideración de los delitos de terrorismo como delitos comunes y no políticos para todos los efectos legales, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo a través del indulto particular (art. 9 CPRCH). Pareciera ser que el constituyente reconoce implícitamente en el terrorismo una finalidad política al realizar esta declaración. Empero, el concepto constitucional destaca como característica esencial su contradicción con los derechos humanos¹¹³.

La doctrina en Chile ha señalado que este concepto constitucional ha de ser el soporte o fundamento sobre el cual debe constituirse el concepto legal de terrorismo, y sobre esta base sostuvo la inconstitucionalidad de fondo de los tipos penales contenidos en la antigua ley. La enfática declaración del terrorismo como esencialmente contrario a los derechos humanos, significa que el constituyente hace una referencia general al terrorismo, y que por tanto prescinde de una delimitación de su contenido. Para Jorge MERA este concepto "no puede ser otro que el natural y obvio del término, de acuerdo con las normas de interpretación de la ley vigentes entre nosotros, el cual, en lo esencial es coincidente con su acepción técnico jurídica"¹¹⁴. Como consecuencia, el concepto de terrorismo no puede emanar de una ley de quórum calificado, como pretende la ley 18.314, sino que emana de la Carta Fundamental, y es a este concepto al que debe adecuarse la ley encargada de tipificar los delitos de terrorismo.

Estas reflexiones que la doctrina hacía en torno a la antigua ley 18.314, tienen una validez independiente de las reformas que ella pudiere haber sufrido. En efecto, advertimos la necesidad de circunscribir el concepto de terrorismo a las conductas que sean contrarias a los derechos humanos, como ordena el constituyente, privándoles del tratamiento menos severo que se otorga a los delitos políticos. Esto es, *la Carta Fundamental en ningún momento desconoce que la finalidad en el terrorismo sea política*, de hecho se ocupa precisamente de privarle de ese carácter político "para los efectos legales", porque dichas conductas lesionan bienes jurídicos de la mayor importancia atendida su estrecha conexión con los derechos humanos.

Esta circunscripción al concepto jurídico que proporciona la Carta Fundamental no siempre se advierte en las conductas tipificadas por la ley. Quizá pueda advertirse que la ley intenta adecuarse a la Constitución, cuando de la interpretación del texto legal vigente se deduce que: a) la finalidad en el terrorismo es la de intimidar a la población, esto es, la creación de un estado de inseguridad colectiva; b) se utilizan medios que causan un daño indiscriminado; c) para atentar contra bienes jurídicos trascendentales como la vida, la integridad física, o la libertad de las personas. Y esto aunque no se observe en parte alguna la referencia a lo teleológico político.

Pero no se observa esta adecuación al concepto constitucional de terrorismo, cuando el acto realizado, aún teniendo la finalidad de intimidar a la población, no tenga la capacidad de producir ese estado de inseguridad colectiva. Ni tampoco cuando el legislador alude a una finalidad indeterminada de "arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias". No puede calificarse como terrorista el secuestro perpetrado por una asociación ilícita para exigir a la autoridad que reparta alimentos y vituallas en una población, aunque su finalidad inicial haya sido el lucro para financiar la organización. A lo sumo se trata de una conducta de violencia social, o de un delito medio para cometer el delito de asociación ilícita. Y con menor razón puede calificarse como terrorista un secuestro perpetrado por una organización cuya finalidad es solamente lucrativa¹¹⁵. Quizá porque se advirtió esta falencia en la ley es que posteriormente el

¹¹³ Supra Cap. V; II.1, 1.b.2. *La Constitución Política de 1980...*, y 2.1.a. *¿Y el concepto de terrorismo?*.

¹¹⁴ MERA, Jorge, 1984, p. 7 y ss.

¹¹⁵ La Corte de Apelaciones de Santiago consideró en cambio que el secuestro es terrorista ya que en él se advierte la violencia y una finalidad político social, además de la transgresión a un derecho fundamental como es la libertad. S. C.A. de Santiago de 13-11-1992, causa Rol N° 14.711-92 (*Caso Edwards*).

legislador, a través de la ley 19.241 de 28 de agosto de 1993 se encargó de especificar que el secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista, sería siempre considerado como terrorista.

La misma crítica puede efectuarse tratándose del atentado contra la integridad corporal del Jefe de Estado, desde que no se especifica en el tipo la gravedad de las lesiones, llegándose al absurdo de calificar como terrorista una conducta que produjera lesiones menos graves, que ordinariamente son sometidas al procedimiento de faltas. Tampoco parece adecuarse al concepto constitucional de terrorismo el tipo penal que describe el delito de peligro de colocación, lanzamiento o disparo de bombas y artefactos explosivos que puedan causar daño, conducta que más bien parece adecuarse a la calificación de daños contra la propiedad o sabotaje¹¹⁶. Con mayor detenimiento veremos estas contradicciones con la Carta Fundamental al momento de analizar los tipos penales contenidos en la ley chilena.

La propuesta original realizada por el Ejecutivo, a diferencia de lo que finalmente se aprobó en la discusión parlamentaria, en lugar de elaborar una lista de delitos de terrorismo, contenía una definición genérica del mismo, y proponía como texto para el art. 1° de la ley 18.314 el siguiente: "Constituirá conducta terrorista atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población"¹¹⁷.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia desechó la propuesta considerando que si bien esta definición contenía todos los elementos necesarios para tipificar los delitos de terrorismo, ella resultaba un concepto demasiado general. "El delito terrorista -en su opinión -no existe, y de existir es excepcional. Lo que hay es una "conducta terrorista" que se traduce en la comisión de un delito común que es agravado en su realización¹¹⁸. Sobre esta premisa asienta los elementos que integrarían la "conducta terrorista": *Primero*, atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas. *Segundo*, empleo de métodos crueles, perversos y bárbaros. *Tercero*, que produce o puede producir como consecuencia un daño indiscriminado. *Cuarto*, causa temor a una parte o a toda la población de verse expuesta ella misma a este daño. Propuso, en consecuencia un catálogo de conductas que configurarían el tipo, distinguiendo entre aquellas que de cumplir determinadas finalidades serían consideradas delitos de terrorismo, y aquellas que *per se* lo eran. Con ello explicaba, en nuestra opinión, la afirmación que hacía de la "existencia excepcional" de los delitos de terrorismo.

El elemento subjetivo teleológico a que hace referencia para la calificación de conductas comunes como terroristas presenta una dualidad alternativa en su existencia: intimidar a la población o parte de ella; y arrancar exigencias o decisiones a la autoridad, finalidad esta última que el proyecto original no contemplaba y que surge en las indicaciones que la CCLJ formula a aquel, dando su propuesta de texto¹¹⁹. Este fue el criterio que finalmente se adoptó para concebir jurídicamente el terrorismo, destacando como elementos centrales aquellos que el legislador consideró los más acordes con la doctrina y los tratados internacionales: la intimidación; el temor justificado a ser víctima de delitos de la misma especie; la actuación selectiva en contra de un grupo o categoría de personas; el método perverso, cruel bárbaro empleado; el daño indiscriminado; o la comisión del delito para arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias.

Como puede observarse a la luz del texto legal vigente, no existe en esta ley la referencia a un bien jurídico específico protegido por los tipos penales de terrorismo, y se opta,

¹¹⁶En este sentido, aunque en relación a los numerales 1 y 6 del art.1° de la anterior ley 18.314, MERA, J. 1984, pp. 12-13, 18; y DEL BARRIO Y LEÓN REYES. 1990, p.243 y 253 .

¹¹⁷Mensaje Presidencial de 11 marzo de 1990, en *Historia de la Ley 19.027*, ob.cit., p.3.

¹¹⁸*Historia de la Ley 19.027*, ob. cit., p.47.

¹¹⁹*Historia de la Ley 19.027*, ob. cit., p.23.

en cambio, por considerar como tales a los protegidos por las conductas descritas en la ley penal común, que en un principio se circunscribían a la vida, la integridad física y la libertad de las personas¹²⁰, agregándose más tarde la propiedad¹²¹. Esta imprecisión acerca de un interés jurídicamente protegido específico, en nuestra opinión, se debe a la falta de consideración del elemento teleológico político¹²².

Da la impresión de que el legislador se queda en el umbral sin atreverse a entrar en el fondo del problema y que consiste en el fin último que se persigue con la creación de un estado de inseguridad colectivo: *influir políticamente* en determinados sectores de la población o en la sociedad toda, imponiendo, como acierta DOMÍNGUEZ VIAL, "una conciencia particular, que parte por negar la de los otros, la soberanía popular y la libre determinación del pueblo"¹²³, y que supone una *alteración del orden constitucional*. Obsérvese que la finalidad así concebida abarca no solo las conductas del terrorismo insurgente sino también las del terrorismo de Estado.

2. - Concepto de terrorismo en la legislación española.

En el examen realizado sobre el marco legislativo español, destacamos que la tendencia desde la Ley 82/78 era la de construir el concepto dogmático del terrorismo considerando como fundamental la noción de banda armada, organización terrorista. A ello se unía la intencionalidad política y la forma de exteriorización mediante delitos comunes. El Código Penal de 1995 continúa con esta tendencia introduciendo como novedad la sistematización de tales delitos bajo un mismo título¹²⁴, aunque como advierte POLAINO NAVARRETE, esto "tiene un valor y un carácter más sistemático y formal que sustantivo y material"¹²⁵. Ello porque, y en opinión de la doctrina mayoritaria, no exhibe un concepto dogmático de terrorismo que tenga un significado unívoco y preciso¹²⁶.

2.a. El art. 571 indica: "*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351...*". El art. 572, por su parte, establece: "*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas...*".

De acuerdo a estos preceptos el concepto dogmático de terrorismo gira en torno a los siguientes elementos: *Primero*, la noción de banda armada, organización o grupo terrorista. Esto es lo que configura el *elemento estructural*. Se requiere que el sujeto activo del delito actúe perteneciendo, actuando al servicio, o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. *Segundo*, la finalidad política de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Esto es lo que constituye el *elemento teleológico*. *Tercero*, la forma

¹²⁰Así lo indicaba el Proyecto de ley original que modificó la ley 18.314. Véase el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en *Historia de la Ley 19.027*, ob. cit., p3.

¹²¹Ídem, p.32.

¹²²Sobre este punto volveremos al analizar el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo y la finalidad política como característica diferenciadora.

¹²³DOMÍNGUEZ VIAL, A. 1990, p.7.

¹²⁴En realidad, esta técnica legislativa había sido empleada ya en el CP de 1944.

¹²⁵POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra el Orden Público*, en *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Vol. II, dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, Edit. Marcial Pons, 1997 a), p. 902.

¹²⁶Así, MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE*. Tirant Lo Blanch, 11ª ed., 1996, p.779; LAMARCA, C. exposición sobre *Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo*, II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999., POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 902, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. *DP.PE*, T.II, Bosch, 1999, p. 1228.

de comisión mediante delitos tipificados en otros artículos del CP, esto es, delitos comunes. Esto es lo que constituye el *elemento instrumental*¹²⁷.

La doctrina ha sido en general coincidente en torno a esta caracterización, aunque no unívoca en cuanto al énfasis que se da a estos elementos. Así, para Carmen LAMARCA, MUÑOZ CONDE, y CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, entre otros¹²⁸, dos son los elementos que integran el concepto de terrorismo: *estructural*, la organización terrorista, y *teleológico*, la finalidad política. Es también el criterio que ha seguido el Tribunal Supremo para descubrir el significado positivo del término terrorismo: "se trata de un concepto precisado de hermenéutica restrictiva y que requiere para su existencia de dos notas: a) una estructural consistente en una organización estable y nunca transitoria o de carácter ocasional. b) Un presupuesto teleológico de alteración del orden constitucional" (STS 2838/1993 de 14 de diciembre). No basta pues, con el elemento objetivo para construir un concepto de terrorismo "se requiere un especial elemento subjetivo del injusto. es necesario 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" (STS de 29 de Julio 1998, *Caso Marey*)¹²⁹.

La misma opinión ha mantenido la Audiencia Nacional, para quien el tratamiento agravatorio de los delitos de terrorismo en relación a los comunes deriva de su realización por parte de quienes actúan perteneciendo o colaborando con bandas armadas u organizaciones terroristas, cuando dichas conductas delictivas se lleven a cabo con el fin o elemento intencional típico como es el de atentar contra la paz pública (SAN de 23 de febrero de 1987)¹³⁰. Y es también el sentido en que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en cuya STC 199/1987 de 16 de diciembre, realizó una importante precisión: la finalidad política debía ser entendida en un sentido amplio, como fin o resultado. Se trata a su juicio de "formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y Democrático de derecho". Este criterio es asumido también por un amplio sector doctrinal¹³¹.

Postura distinta, es la de CARBONELL MATEU, para quien el concepto de terrorismo giraría en torno a la existencia de "dos elementos comunes, a saber: la comisión material y directa de una serie de figuras delictivas, y la finalidad con que se llevan a cabo: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública"¹³², toda vez que la exigencia de la pertenencia o colaboración con la banda armada u organización terrorista se encuentra en los supuestos de los arts. 571, 572 y 574; y no así en el art. 577, que veremos seguidamente. CARBONELL subsume para interpretar el articulado del CP de 1995, los criterios que antes anunciara VIVES ANTÓN en torno a la necesidad de delimitar previamente la noción de conductas de terrorismo, antes que la de bandas armadas u organizaciones terroristas¹³³.

¹²⁷ Adoptamos el término utilizado por RAMÓN CHORNET, C. 1993, p. 195.

¹²⁸LAMARCA, C. 1985, p.95-96; 1993 a), p. 536; MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.* 1996, pp.779-780; CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1128. En igual opinión DE PRADA SOALES. 1996, p.73. y BARÓN QUINTERO, S. "*Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, FERRÉ OLIVE, J.C. y ANARTE BORALLO, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p.273.

¹²⁹ Véase también STS 19-11-1985 (RJ 1985/5448), 25-01 y 27-05 de 1988 (RJ 1988/3839); 18-03-91 (RJ 1991/2173); STS 12-03-1992 núm. 338/1992 (RJ 1993/2442); STS de 12-03- 1992, *Caso Amedo*.

¹³⁰Sentencias 37 y 47 de 1987 (Secc. 1ª); 4 y 25 de 1981 (Secc. 3ª), 29 y 88 de 1983 (Secc. 2ª), 70 de 1984 (Secc.2ª); 15 y 24 de 1985 (Secc. 1ª y 2ª), 52 de 1986 (Secc. 3ª). Mas ampliamente MESTRE DELGADO. 1987, pp. 189 y ss.

¹³¹Así LAMARCA, C. 1993 a), p.536 y DE PRADA SOLAESA, 1996, p. 74.; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1229.

¹³²CARBONELL MATEU. *Delitos contra el Orden Público, 6. Terrorismo*, en VIVES ANTÓN y otros. *DP.PE.*, ob. cit., 1996 a), p.801

¹³³VIVES ANTÓN. *DP.PE.*, Tirant Lo Blanch, 1990, p.83; 1993, p.79, 1996, p.762. En sentido similar GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. 1998, p. 55. POLAINO NAVARRETE, M. 1997 a), p. 902.

2.b.- La consideración del terrorismo como "violencia política organizada", criterio que ha venido siendo aceptado la jurisprudencia y un amplio sector de la doctrina¹³⁴, ha sufrido una merma con la actual regulación de los delitos de terrorismo. El CP de 1995 rompe con este criterio en el art. 577 sancionando a "los que sin pertenecer a banda armada, 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 o a los miembros de un colectivo social, político o profesional" cometieren los delitos comunes allí mencionados. Esta disposición ha suscitado una importante polémica en torno a la consideración del terrorismo en cuanto violencia política organizada ya que del mismo parece desprenderse que lo que se está sancionando es el llamado "terrorismo individual".

Luego, es posible advertir en la noción jurídica de terrorismo una doble tipificación: las conductas cometidas en el marco de la estrategia diseñada por una banda armada u organización terrorista, y las conductas cometidas fuera de ese marco. Ambas conductas se encuentran unidas por una misma finalidad: política; y por una similar forma de comisión: delitos comunes.

De la interpretación conjunta de los arts. 571 y ss. del CP, advertimos que en relación a la anterior normativa, pareciera ser que el criterio legal definitorio ha dejado de ser la autoría, esto es la banda armada u organización terrorista. Dicho de otro modo, parece ser que la referencia al elemento estructural ha perdido fuerza ante el elemento teleológico, puesto que no sólo son considerados delitos de terrorismo los ejecutados por quienes pertenecen a una banda armada, organización, o grupo terrorista, sino también por aquellos que lo hacen aisladamente. La finalidad política de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, se erige como elemento central del injusto penal. "Lo verdaderamente importante- dice MUÑOZ CONDE - no es ya la existencia de la organización, banda armada o grupo, sino la finalidad, que también sirve para calificar de terrorismo el comportamiento individual del art. 577"¹³⁵.

En nuestra opinión, si bien el elemento subjetivo relativo a la finalidad política parece realizarse, es una noción "todavía inconcreta"¹³⁶. Por otra parte, no olvidemos que también constituye un elemento común a ambos injustos, el elemento instrumental, esto es, la comisión de delitos comunes que atentan contra bienes jurídicos trascendentales. El elemento estructural, a nuestro juicio, sigue reinando, en gloria y majestad, criterio que fundamentamos en la tipificación expresa de conductas de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista.

2.c. - No pocos problemas han causado las nociones relativas a los elementos estructural y teleológico. A ellos dedicaremos nuestros siguientes apartados.

Por ahora digamos que, en cuanto a la "noción de banda armada, grupo u organización...", no ha existido un consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia en torno a una definición. Y mientras para algunos, el CP de 1995 realiza una mayor precisión respecto de este elemento objetivo en el injusto penal, indicando en el art. 571 que las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas son los que tienen por fin subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública¹³⁷. Para otros, el CP sigue sin proporcionar una definición

¹³⁴Véase por todos, LAMARCA, C. 1985, p.95, 1993 a), p.536. En contra CUERDA ARNAU, estima que la organización no es consustancial al terrorismo. CUERDA ARNAU. M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p.365.

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 1996, p.780. Le sigue, MIRANDA STRAMPES, Manuel. *"Delitos contra el Orden Público"*, en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, p.1967.

¹³⁶GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit. 1998, p.54; GARCÍA ARÁN, M. *"Terrorismo"* en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob.cit.2000, p.141.

¹³⁷Así, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p. 779, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1231.

concreta de los mismos, declarando que son terroristas... "las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas" incurriendo en una tautología¹³⁸.

En relación al elemento teleológico, la discusión se centró en un principio, en la inclusión de la finalidad de "subvertir" el orden constitucional, ya que su interpretación era dudosa. En el ámbito doctrinario hubo consenso en dar una interpretación amplia, entendiendo la subversión como alteración del orden constitucional, en donde caben tanto las conductas llevadas a cabo desde lo que sociológicamente hemos denominado "terrorismo insurgente o subversivo" como las del "terrorismo de Estado"¹³⁹. Esta misma interpretación es la que se expresa la LO 2/1988 en su Exposición de Motivos, y la que proporciona mayoritariamente la jurisprudencia¹⁴⁰, aunque no sin una importante excepción en STS 30/91 de 30 de septiembre (*Caso Amedo*)¹⁴¹. Adelantándonos a lo que veremos a continuación, creemos que en todo caso, en nada podría adecuarse al "principio democrático" que rige en un Estado de derecho ni mucho menos al principio de "igualdad jurídica", la construcción de tipos penales que se basen en la defensa de los intereses de un determinado sector o más ampliamente, una determinada ideología. Los tipos penales se construyen al amparo de Derecho penal del hecho.

En suma, pese a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, no se ha logrado arribar a un concepto jurídico de terrorismo. Creemos que ello obedece a razones no solo políticas, la heterogeneidad de intereses que se pueden proteger e uno u otro sistema, sino que desde el punto dogmático creemos que el mayor fallo ha sido la discordancia en torno al o los bienes jurídicos que se pretende proteger con el terrorismo. Pensamos que esta discordancia es consecuencia de la inexistencia de un criterio guía uniforme para el legislador en cuanto a la determinación del objeto de tutela jurídico penal, lo que conduce a una disparidad en lo relativo al contenido material de esos bienes: ¿Se trata de bienes jurídicos colectivos como el orden público, el orden constitucional, la tranquilidad pública como sugieren las concepciones que reconocen en el terrorismo una finalidad política? ¿O se trata de bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, que son los que pretenden proteger las concepciones que enfatizan los elementos objetivos o medios dañosos?. A ello dedicaremos nuestro siguiente apartado, examinando previamente la importancia y significación de la teoría del bien jurídico en el derecho penal.

APARTADO SEGUNDO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

1.- Evolución histórica, trascendencia del concepto de bien jurídico y sus funciones en el derecho penal.

El ejercicio del poder sancionador del Estado encuentra su límite en la tutela de ciertos bienes u objetos cuya protección resulta socialmente valiosa. Esta idea que ha venido asentándose en la doctrina ha tomado forma positiva bajo la función del derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁴². De allí que el análisis dogmático tiene como punto

¹³⁸Así, LAMARCA, C. "Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo", ob.cit. 1999.

¹³⁹Por todos, MUÑOZ CONDE. *DP.PE.* 1996, p.779.

¹⁴⁰CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p. 1128.

¹⁴¹Y fue también el argumento que sostuvo la Fiscalía de la Audiencia Nacional en el *Caso Pinochet*. Más ampliamente en GUTIÉRREZ, J.C.- VILLEGAS, M. 1999, p. 55 y "Documento Fungairiño" en EQUIPO NIZKOR. <http://www.derechos.org>, Madrid, 2 octubre de 1997.

¹⁴²Así, BUSTOS, J. *Manual de DP. Español. PG.* Edit. Ariel, Barcelona, 1984, pp.50 y ss.; BUSTOS, J., HORMAZÁBAL, H. *Lecciones de DP.*, Vol. I, Ed. Trotta, 1999, p.59, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)", en *RDFUCM*, N° 69, Madrid, 1983, p.85; HORMAZÁBAL

de partida la definición de cuáles son los intereses que se desea proteger, o el daño social que se pretende evitar, “antes de ocuparse del cuánto y del cómo de esa posterior actividad preventiva”¹⁴³. Es decir, la tarea del legislador ha de dirigirse en primer lugar hacia la determinación de cuáles son los bienes jurídicos que son merecedores de la protección penal, supuesto que el control social formal empieza con la creación de normas penales y éstas deben, en principio, responder a los intereses fundamentales de la sociedad¹⁴⁴.

Sin embargo, es cierto que, como se ha dicho antes, el derecho penal, en cuanto instrumento de control, no ha sido ajeno a los procesos ideológicos de transformación de la sociedad y del Estado, distribuyendo la protección penal de manera desigual “según la jerarquía de los intereses fijada en el sistema económico y según la desigualdad social entre los individuos”¹⁴⁵, tal como ha expuesto la criminología crítica. Esta consideración tiene una profunda importancia al momento de determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos que se pretende proteger con la tipificación de los *delitos de terrorismo*, ya que es fácil que la tendencia legislativa sea la de transformar la razón jurídica en razón de Estado. En otras palabras, que aquello que el derecho penal sancione no sean aquellas acciones que importen un ataque a la comunidad, al sistema social organizado bajo un determinado orden (intereses supraindividuales) sino el ataque a una determinada forma de ejercer el poder político.

Se trata, como hemos puesto de manifiesto en otro lugar, de una respuesta legislativa que no es otra cosa que una de las formas que asume la *función simbólica del derecho penal*¹⁴⁶ y cuya característica más patente—como afirma SILVA SÁNCHEZ—no es precisamente la de dar una solución directa al problema de la protección de bienes jurídicos, sino dar lugar “a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”¹⁴⁷. Ello encubre una evidente utilización del derecho penal en cuanto instrumento de manipulación política para alcanzar un consenso de mayorías, confirmar una ideología de la defensa social y posteriormente legitimar determinadas medidas represivas, lo que se manifiesta especialmente en las campañas antiterroristas¹⁴⁸.

La importancia que reviste el concepto de bien jurídico radica en el hecho de ser aquel concepto dogmático que nos permitirá develar: *Primero*, que lo que se pretende privilegiar son

MALAREE, H. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Edit. PPU, 1991, esp. p. 169 y ss; el mismo, “*Política penal en el Estado democrático*”, en *ADPCP*, nº2, Madrid, 1984, 333-345, esp. p. 342 y ss., LUZÓN PEÑA, D. *Curso de DP.PG. I.*, Edit. Universitas, 1996, p.82.; MIR PUIG, S. *DP.PG.*, Impreso por Tecfoto, S.L., Barcelona, 1ª reimpresión, noviembre 1996, pp. 90 y ss.; el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Edit. Ariel, 1994, pp. 159 y ss.; “*Bien Jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*”, en *EPC*, Nº XIV, Univ. de Santiago de Compostela, 1991, pp. 203- 215; MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.*; Edit. Tirant Lo Blanch, 1996, pp.58-61; ROXIN, C.- ARTZ, G. – TIEDEMANN. *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Ed. Ariel, 1989, pp.27 y ss. ROXIN, C. *DP.PG. T.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Edit. Civitas, 1997, pp.52 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. “*Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”, en *ADPCP*, 1990, p. 6.; SERRANO PIEDECASAS, J. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 1999, pp. 100-103; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edit. Bosch, 1992, p.267 y ss.; ZÚÑIGA R., L. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Edit. PPU, Barcelona, 1993, p.25 y 36.

¹⁴³ TERRADILLOS BASOCO, J. “*La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*”, *RFDUCM*, nº 63, 1981 a), pp. 123-149, esp. p.124.

¹⁴⁴ En este sentido, ZÚÑIGA, L. 1993, p.33.

¹⁴⁵ BARATTA, A. “*Criminología crítica y política penal alternativa*”, *RIPD*, Nº1, 1978, p.168.

¹⁴⁶ Supra cap. I y III. Véase también, HASSEMER, W. “*Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, *NFP*, Nº 51, Año X, 1991, pp. 17-30, TERRADILLOS J. “*Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*”, en *PE*, Nº1, 1991; SANTANA VEGA, DULCE Mª. “*Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos*”, en *AP*, nº9, 26 febrero al 4 marzo 2001, margs. 141-161.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992, p.305.

¹⁴⁸ SERRANO PIEDECASAS, J. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima-Perú, 1999, p. 15.

los intereses de los sectores dominantes de la sociedad. *Segundo*, que esta protección de los intereses dominantes se hace a través de su “transformación” en intereses generales de la sociedad por medio del control penal. *Tercero*, el concepto de bien jurídico permite dilucidar “por qué se utiliza este medio de control social (de acuerdo a las conveniencias del sistema de producción capitalista), y no otro”¹⁴⁹. *Cuarto*, permite demostrar el cómo el principio de protección de bienes jurídicos ha ido transformándose en el “elemento de engaño” que integra el concepto del derecho penal simbólico¹⁵⁰. Esto es particularmente notorio tratándose de los delitos de terrorismo, cuya tipificación conforme a los criterios político criminales de la “emergencia penal” constituye una coartada del legislador en ciertas situaciones en las que se considera necesario que el Estado muestre con fuerza su poder. Se trata de “una falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad”¹⁵¹, que en lo inmediato hace que el Derecho Penal cumpla funciones “educativas”, “promocionales” o de “integración”, en ausencia de funciones preventivas; y a largo plazo produce una pérdida de fiabilidad en el Derecho Penal, obstaculizando sus funciones instrumentales¹⁵².

Es preciso entonces *evitar que la protección de los “intereses dominantes”- intereses de la comunidad socialmente organizada - se transforme en la protección de los “intereses de quienes detentan el poder”* ya que ello constituiría al derecho penal en un factor de “estandarización ideológica”, en un “instrumento de eliminación del disenso”¹⁵³.

1.1. - El concepto de bien jurídico ha sido objeto de una fuerte discusión a nivel de la doctrina, la que en sus conceptualizaciones no ha estado ajena a las concepciones predominantes en la sociedad en cada momento histórico y según la forma de Estado de que se trate¹⁵⁴. De ahí también que la expresión bien jurídico sea utilizada en el derecho penal en una doble dimensión: político criminal y dogmática. En su dimensión *político criminal* se alude *al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* como límite al ius puniendi estatal. En su aspecto *dogmático* alude al *objeto efectivamente protegido* por la norma penal¹⁵⁵.

Ambos sentidos encontraron su origen en dos concepciones doctrinarias antagónicas que HASSEMER denomina: “inmanentes” y “trascendentes” al sistema jurídico¹⁵⁶. Las *teorías inmanentistas* obedecen a un criterio conservador y positivista¹⁵⁷, que arranca con BINDING, para quien bien jurídico es todo objeto que la ley penal considera digno de protección jurídica, entendiendo que éste queda “establecido” en la norma y no “reconocido” por ella¹⁵⁸. Su

¹⁴⁹ ZÚÑIGA, L. 1993, p.34.

¹⁵⁰ Entendemos siguiendo a HASSEMER que “el engaño” en cuanto elemento integrante del Derecho penal simbólico, es una cualidad objetiva de la norma y no una determinada disposición relativa a los motivos e intenciones históricas del legislador. El engaño radica en la oposición entre la apariencia y la realidad que caracteriza al derecho penal simbólico. HASSEMER, W.1991, p.24.

¹⁵¹ HASSEMER, W. 1991, p. 24.

¹⁵² Véase por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M., 1992, pp.304 - 307.

¹⁵³ Las expresiones utilizadas pertenecen a TERRADILLOS, J. 1981 a), p.126. Considérese además lo señalado en cap. III, II, 2. *Toma de posición frente a la delincuencia terrorista: La criminología crítica..., esp. epígrafe 2.b.*

¹⁵⁴ HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.7 y ss., 1984, p.335.

¹⁵⁵ La teoría del bien jurídico arranca con BIRNBAUM (s. XIX) quien, desde una perspectiva jusnaturalista moderada, entiende que los bienes jurídicos no pueden identificarse con el derecho, sino que trascienden a él y le sirven de fundamento (BUSTOS, J. 1984, p.51). Esta teoría encuentra su antecedente más directo en la teoría de los derechos subjetivos de FEUERBACH (HORMAZÁBAL, H. 1991, p.27). MIR PUIG subraya que el concepto *de* bien jurídico elaborado por BIRNBAUM obedecía más a un concepto dogmático que político criminal, ya que se refería al “objeto protegido” por la ley, (MIR PUIG, S. 1996, p.91).

¹⁵⁶ ZÚÑIGA, L. 1993, p.35. Véase también la clasificación que hace Juan BUSTOS, 1984, pp. 51-55.

¹⁵⁷ LUZÓN PEÑA, D. 1996, p. 326.

¹⁵⁸ Para BINDING, lo que se desobece es la norma, como imperativo prohibitivo o de mandato, (por ejemplo no matar), este desobedecimiento lesiona un derecho subjetivo del Estado, derecho a exigir la obediencia (imperativo de la norma), pero al mismo tiempo la desobediencia y esa lesión jurídica implica la lesión de un bien que cada norma concreta tiene como contenido (no debes matar...). BUSTOS, J. 1984, p. 52. En el mismo sentido, HORMAZÁBAL, H. 1984, p.336.

concepción apunta pues, mas bien al aspecto dogmático de bien jurídico (en cuanto objeto de protección determinado por las leyes). Las *teorías trascendentalistas* mantienen una posición crítica y reformista, siendo su máximo exponente Franz VON LISZT. Ofrecen un *concepto material* de bien jurídico, entendiendo que éste *preexiste* al Derecho Positivo y que se traduce en un "interés" o "valor" que emana de las relaciones sociales. El bien jurídico no se identifica con la norma, sino que es anterior a ella, de donde se concluye que *es la norma la que debe estar o existir en función del bien jurídico*, y no al revés. De ahí que el derecho penal resulte insuficiente para definir y explicar los bienes jurídicos y deba recurrirse a la política criminal¹⁵⁹. El bien jurídico toma entonces el carácter de concepto pre legal o supra legal. Se admite, claro está, que este interés no toma el carácter de bien jurídico sino hasta que es protegido por el Derecho (momento en el cual el concepto material de bien jurídico toma el carácter de concepto formal), sirviendo entonces de punto de unión entre el Derecho Penal y la Política Criminal¹⁶⁰.

En la evolución posterior de la teoría del bien jurídico, la influencia del neokantismo en la doctrina alemana, especialmente de la Escuela Suroccidental, determinó una suerte de "espiritualización" del mismo, en un intento por superar el positivismo¹⁶¹, llegándose incluso a la "negación" del concepto de bien jurídico, teoría desarrollada por la Escuela de Kiel, de tendencia nacional socialista¹⁶². Es WELZEL, padre del finalismo, quien vuelve a recoger la teoría trascendente iniciada por Von Liszt, pero destacando el contenido social del bien jurídico. Para WELZEL, la misión del derecho penal consiste en "la protección de los valores más elementales de conciencia, de carácter ético social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares", y de ahí que defina el bien jurídico como "un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente" o como "todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones"¹⁶³. Parece ser que con esta concepción el bien jurídico vuelve a su función garantista, sin embargo la referencia a los "deberes éticos y sociales" que fundamentan los mandatos y prohibiciones de acción, las normas, y en cuya protección se agota la misión del derecho penal, hacen que el bien jurídico pierda su valor en cuanto tal, subsumiéndose en aquellos. Esto tiene una trascendencia importante desde el punto de vista dogmático, ya que al proporcionar tan solo un concepto formal de bien jurídico, que no explica qué es lo que protege el Estado con la norma penal, el objeto de tutela carece de una función autónoma para la configuración de una teoría del delito¹⁶⁴.

¹⁵⁹ BUSTOS, J. 1984, p. 54.

¹⁶⁰ BUSTOS, J. 1984, p. 53; ZÚÑIGA, L. 1993, p.36.

¹⁶¹ En esta dirección neokantiana se sitúa HÖNING quien priva al bien jurídico de todo contenido concreto al indicar que "los objetos de protección no existen como tales" y "solo son un producto de un pensamiento jurídico específico". También siguen esta orientación WOLF, SCHWINGE y ZIMMERL. A modo de crítica puede indicarse que el neokantismo reduce el bien jurídico a una categoría lógico formal de carácter interpretativo, que le hace perder su carácter garantista. Cfr. HORMAZÁBAL, 1984, p.339.

¹⁶² Para estos autores, la esencia del delito no radica en la lesión a un bien jurídico, sino en la lesión del deber que tiene el individuo con su pueblo, supuesto que el "espíritu del pueblo" es la fuente del derecho. Críticamente, BUSTOS - con quien concordamos - manifiesta que con esta teoría no solo se está negando el bien jurídico, sino que además se elimina su carácter garantista, ya que el concepto de "lesión del deber" sostenido por la *Escuela de Kiel* "está traspasado de autoritarismo" BUSTOS, J. 1984, p.56).

¹⁶³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 11ª edición, Edit. Jurídica de Chile, 1987, p.15.

¹⁶⁴ BUSTOS, J. 1984, p. 57., HORMAZÁBAL, H., 1984, p.341. Por otra parte, pareciera ser que esta concepción que se aparta del Derecho penal del hecho y conduce hacia un derecho penal de la actitud interna toda vez que la misión del derecho penal se reduce a "asegurar la real vigencia (observancia) de los valores del acto de la conciencia jurídica". Esta objeción, como señala ROXIN, no tiene fundamento ya que WELZEL no pretende que el Derecho penal imponga el respeto a "cualquier" actitud interna positiva, sino el respeto a los bienes jurídicos protegidos por las normas de mandato o prohibición que estipula el Código penal. Lo que sí puede advertirse, a juicio de ROXIN - de manera similar a la crítica que hace BUSTOS - es que WELZEL "confunde medios y fines", puesto que "la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad, pertenece sin duda, como 'prevención general positiva' a los cometidos del Derecho penal", pero la creación del respeto a los bienes jurídicos "naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos, con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos". ROXIN, C., 1997, p.68-69.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la teoría del bien jurídico cobra fuerza y adoptando los criterios elaborados por VON LISZT, centra la discusión desde la óptica político criminal, vinculando el bien jurídico a criterios políticos relativos a los fines del ordenamiento jurídico. En esta discusión, según veremos, la doctrina no ha mostrado unanimidad. Antes de entrar en su examen, debemos precisar cuáles son las funciones que el bien jurídico cumple en el derecho penal.

1.2.- Funciones del bien jurídico en el derecho penal.

El *concepto material* de bien jurídico que propuso Von Liszt y que posteriormente Welzel vuelve a recoger es utilizado en el sentido de *lege ferenda*, esto es, en cuanto único objeto merecedor de protección por el Derecho Penal, en contraposición a los valores morales. Significa esto que el Derecho Penal solo puede intervenir ante los más graves ataques para bienes jurídicos concretos, lo que le sitúa en una posición de *última ratio* en la respuesta criminal. La posibilidad de limitar la intervención penal del Estado es punto central en la discusión en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, de allí que el concepto material que ofrece Von Liszt sirva de base para la demarcación de los límites de lo punible. La *función de límite al ius puniendi estatal*, es pues, la primera que cumple el bien jurídico y en este sentido se manifiesta como una propuesta político criminal de carácter programático, que debe ser respetada por el legislador al momento de la producción normativa, limitándose a promulgar normas penales que “exclusivamente” protejan bienes jurídicos¹⁶⁵.

Hasta aquí llega la unanimidad en la doctrina¹⁶⁶. Ella se divide en torno al concepto formal de bien jurídico, lo que es importante si consideramos que en su concepto de *lege lata*, el bien jurídico cumple dos funciones fundamentales, una de carácter teleológico y otra de carácter dogmático. La *función teleológica* fue desarrollada por HONING en su trabajo sobre el consentimiento del ofendido (1919), y alude al bien jurídico en cuanto criterio de interpretación de los tipos penales. Esta función condiciona el sentido y alcance de los tipos conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico¹⁶⁷, y de ella se deriva una *función sistemática*, en cuanto el bien jurídico sirve como criterio de clasificación de los delitos en los Códigos Penales¹⁶⁸. La función dogmática se refiere al papel que el bien jurídico desempeña como “núcleo material de lo injusto común a todo comportamiento antijurídico”¹⁶⁹, desde que el legislador se encuentra limitado a crear normas penales que exclusivamente protejan bienes jurídicos. Esto significa que en un Estado de derecho democrático, el fundamento de lo injusto solo puede estar en los bienes jurídicos, y sobre la base del derecho penal del hecho las normas penales tendrán que recaer sobre actos humanos que tengan relación con los bienes jurídicos. El bien jurídico otorga por tanto contenido material a la tipicidad y a la antijuridicidad sirviendo de enlace entre la realidad social y la dogmática (ver epígrafe 3).

Al servir de base para la valoración del delito, cumple también una función político criminal: aparece como un principio garantizador de carácter cognoscitivo en base al cual cada

¹⁶⁵HORMAZÁBAL, H. 1991, p.9, 1984, p.342, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, pp.61-62.

¹⁶⁶Así, MIR PUIG, S. 1996, p.91; “*Bien Jurídico y Bien jurídico penal como límites al ius puniendi*” en *El Derecho penal en el Estado social...*, ob. cit. 1994, pp. 159 y ss.; y en *EPC*, cit. 1991, pp. 203- 215, LUZÓN PEÑA, D. 1996, p.82; MUÑOZ CONDE, F. –GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.* 1996, pp.58-61; ROXIN, C. 1997, p.65; SERRANO PIEDECASAS; J. 1999, pp. 100-103.

¹⁶⁷ “El bien jurídico – dice JESCHECK- es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y, un importante instrumento de la interpretación”. JESCHECK, H. Tratado de DP. Vol I., Edit. Bosch, Barcelona, 1981, p.352.

¹⁶⁸ La agrupación de los delitos se hace, según el bien jurídico protegido, y la jerarquización de los diferentes grupos, según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque. HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.9 y 10.

¹⁶⁹ RUDOLPHI, Hans. “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, *NPP*, N° 5-8, año 4, 1975, p. 129. Esta función dogmática puede desdoblarse en *exegética* y *sistemática*. TERRADILLOS, J. 1981 a), pp.128-129.

miembro de la sociedad sabe qué es lo que se está protegiendo, y se encuentra facultado para someter a revisión las bases sobre las que se asienta esa protección. En este sentido, como acierta BUSTOS, el bien jurídico "permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad, a lo cual no puede estar ajeno el jurista"¹⁷⁰. Se habla así de la función crítica del bien jurídico¹⁷¹.

2.- Contenido material y concepto de bien jurídico: Las discrepancias en la doctrina.

Decíamos antes que si bien la doctrina es unánime en sostener que el concepto de bien jurídico debe tener una base material que permita limitar el ius puniendi estatal, ella se divide al momento de determinar cuál es el contenido del bien jurídico para que pueda servir de freno a la intervención penal, es decir, qué es lo que debe entenderse exactamente por bien jurídico¹⁷². Mientras para algunos bien jurídico es el objeto material o inmaterial que sirve de base a una valoración social y jurídica positiva, para otros, es algo distinto del objeto en el que se sustentan, tomando el carácter de "valor", "interés de la vida". Estas opiniones han dado fruto a múltiples teorías respecto del bien jurídico¹⁷³, dentro de las cuales priman dos tendencias: unas que estiman que los bienes jurídicos encuentran un substrato constitucional (teorías constitucionalistas), y otras que sostienen que el substrato es sociológico (teorías sociológicas). Ambas corrientes posteriormente se han visto influidas, especialmente estas últimas, por el funcionalismo, en el que los bienes jurídicos se entienden como posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Una visión distinta es la que sostiene el enfoque material, en el que el concepto de bien jurídico ha de entenderse ya como una síntesis normativa dialéctica de una relación social concreta, o como satisfacción o posibilidad de satisfacción de las necesidades humanas. Todas ellas tienen como característica común el intento por buscar el contenido del bien jurídico en ciertos criterios rectores de la sociedad, que se corresponden con una estructura social determinada.

2.1. Las teorías constitucionalistas.

El fundamento constitucional del bien jurídico, se advierte especialmente en la doctrina alemana e italiana. Estas teorías buscan su contenido en el interior del mismo sistema jurídico acudiendo a criterios rectores que tienen supremacía al interior del ordenamiento penal. La discrepancia surge al momento de determinar el carácter o valor que atribuyen a la Carta Fundamental en relación a la elaboración de un concepto de bien jurídico¹⁷⁴. Para la **teoría constitucionalista estricta**, los criterios de valoración para arribar a un concepto del mismo ya se encuentran contenidos en la Constitución, puesto que ella contiene un catálogo de dichos criterios conforme a los cuales puede determinarse el objeto de tutela jurídica penal, como concepto pre legal. En esta corriente se ubica en la *doctrina alemana*, RUDOLPHI precisando que los bienes jurídicos son "funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución", "unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados". De allí que los bienes jurídicos se encuentren sometidos no solo a la

¹⁷⁰ BUSTOS, J. 1984, p.180, HORMAZÁBAL, H. 1984, p.344, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.28.

¹⁷¹ Mas ampliamente sobre la función crítica, ZÚÑIGA, L. 1993, pp.39 y ss.

¹⁷² La dificultad en la determinación de los criterios que fijen el marco para establecer el límite positivo del objeto de tutela penal, se ha visto acrecentada por la tendencia de la doctrina en abocarse a la tarea de determinar el límite negativo del mismo, es decir, lo que no es delito. ZÚÑIGA, L. 1993, pp.41 y 42.

¹⁷³ Para una visión detallada de la evolución de la teoría de bien jurídico véase HORMAZÁBAL, H. 1991, y BUSTOS, J. 1984, pp. 50 65.

¹⁷⁴ Fue SAX el primero en plantear que el concepto de bien jurídico tenía un fundamento constitucional, sosteniendo que debía distinguirse dos planos valorativos: el "orden de valores constitucional" y el "orden de valores penal". El primero se restringe al marco de la actividad del Estado, mientras que el segundo, el derecho penal, se limita a proteger aspectos parciales del orden constitucional que coinciden en lo central con valores como la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad. HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.121-122.

Constitución y la sociedad que rige, sino también al cambio histórico¹⁷⁵. En la *doctrina italiana* BRICOLA fue el primero en señalar que el objeto de tutela jurídico penal debe circunscribirse a los valores que explícita o implícitamente se encuentran garantizados constitucionalmente. El bien jurídico tiene como substrato un valor constitucionalmente relevante¹⁷⁶. En la *doctrina española* sigue esta posición ESCRIVÁ GREGORI sosteniendo, de manera similar a Bricola que la Constitución de 1978 efectúa un reconocimiento explícito o implícito de la protección de bienes jurídicos por el derecho penal¹⁷⁷.

Para la *teoría constitucionalista amplia*, la Constitución tiene el carácter de norma programática que contiene los criterios básicos a los cuales ha de sujetarse el ius puniendi del Estado. La Constitución determina el modelo democrático como fin a alcanzar, sirviendo, por tanto, como criterio regente en la interpretación de las normas o al menos como marco de referencia, lo que resulta de especial relevancia para el derecho penal, ya que los lineamientos político criminales deberán ajustarse al marco constitucional y responder al modelo democrático¹⁷⁸. En esta corriente se sitúa, en la *doctrina alemana*, Claus ROXIN, de la Escuela de München, aunque en el contexto de un derecho penal en el que se advierte la influencia del funcionalismo. Para ROXIN el concepto de bien jurídico sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, del Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, y que marcan los límites del ius puniendi¹⁷⁹. En la *doctrina italiana* FIANDACA¹⁸⁰ estima que la Constitución no hace sino determinar ciertas líneas programáticas conforme a las cuales debe orientarse el concepto de bien jurídico, se trata, como añade PULITANO¹⁸¹ de un sistema abierto en el que los valores no son rígidos, y que permite, por tanto, un cierto margen de libertad al legislador al momento de determinar los intereses que deben ser protegidos.

En *España*, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, desde una perspectiva funcionalista, sostiene que el concepto de bien jurídico debe estar referido necesariamente a la realidad social, y en este sentido no puede ser una mera creación del legislador ya que es anterior o preexistente a la norma que lo protege. El contenido y presupuestos del bien jurídico han de hallarse en la Constitución, que no hace sino plasmar el carácter instrumental del Estado para la realización del individuo. En el mismo sentido que en Italia lo hace BRICOLA, para BERDUGO la

¹⁷⁵RUDOLPHI, H., 1975, pp. 329-347, esp. pp. 344-345.

¹⁷⁶ BRICOLA, F. "*Teoria generale del reato*" en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Turin, Utet, pp. 7-93, esp. pp. 15 y ss. Ubicamos en esta posición a BRICOLA siguiendo la clasificación propuesta por HORMAZÁBAL, H. 1991, p.126 y 127. Cfr. ZÚÑIGA, L., 1993, p.5º, nota 110, quien estima que el autor debe ubicarse en las teorías constitucionalistas amplias. En la misma línea se encuentran MUSCO, E. *Bene Giurudico e tutele dell' Onore*, Milán, Giuffré Editore, 1974 y ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene*, Milán, Giuffré Editore, 1983. Los fundamentos de ambos se encuentran desarrollados en HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.121-131.

¹⁷⁷ ESCRIVÁ GREGORI, J.M. "*Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución*" en *Papers* 13, Barcelona, pp. 141-165, esp. pp. 157-159. También en esta postura GONZÁLEZ RUS, J.J. *Bien Jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Ed. Peninsular, 1983, pp. 31 y ss.

¹⁷⁸ ZÚÑIGA, L.1993, p.51.

¹⁷⁹ "Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema", ROXIN, C. 1997, p.56. Sigue también esta teoría, pero sin influencia del funcionalismo, Michael MARX quien define el bien jurídico tomando como base el fin del derecho penal identificándole con el fin del Estado, entendido éste en su forma ideal, como abstracción jurídica. Si la dignidad del hombre es lo que da fundamento al Estado, el derecho penal debe centrarse en la protección de éste. Los bienes jurídicos serían "aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorealización" MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Kóln, Carl Heymanns Verlag, K.G., 1972. Cfr. BUSTOS, J. 1984, p.58. y HORMAZÁBAL, H. 1991, pp. 124-125.

¹⁸⁰ FIANDACA, Giovanni. "*Il 'bene giurudico' come problema teorico e come criterio di politica criminale*", en AA.VV., *Diritto Penale in trasformazione*, Milano, Giuffré Editore, 1985, p. 141 y ss.

¹⁸¹ PULITANO, D. *Obblighi costituzionali di Tutela penale?*, RIDPP n° 2, 1983, pp.483-531. Ampliamente HORMAZÁBAL, H. 1993, pp.129-131.

conexión entre bien jurídico y Constitución ha de ser de carácter material, esto es, relativa al sistema social o fin que se pretende alcanzar (Estado democrático)¹⁸².

Observaciones: En las teorías constitucionalistas estrictas se advierte la tendencia a confundir bienes jurídicos con derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Se produce una suerte de formalización de los bienes jurídicos a nivel constitucional ya que, la conexión entre bien jurídico y Constitución se circunscribe a la parte dogmática de esta última. Así, el bien jurídico pierde el carácter de concepto pre existente al derecho y elimina su valor como garantía penal relegándole a un criterio puramente interpretativo, similar a lo que ocurre en las tendencias inmanentistas (Binding) y neokantianas (Höning)¹⁸³. Si bien en las teorías constitucionalistas amplias no se encuentra este problema ya que propugnan una conexión material entre bien jurídico y Constitución, en el entendido que ésta orienta los criterios políticos criminales democráticos, no obstante, persiste la indefinición de bien jurídico ya que se limitan a establecer las relaciones que existen entre los bienes jurídicos y los valores constitucionales¹⁸⁴ y al tomar la “constitución real” (carácter material de la misma) no parecen diferenciarse de las teorías sociológicas¹⁸⁵.

2.2. Las teorías sociológicas o sociales.

Las teorías sociológicas no buscan el fundamento del objeto de tutela penal en el interior del ordenamiento jurídico, sino que en las teorías de la sociedad¹⁸⁶, partiendo de una base teórica que puede ser de carácter funcionalista, de carácter material relativa al conflicto intersocial, o derivada del interaccionismo simbólico como alternativa al funcionalismo¹⁸⁷. Las grandes corrientes que pueden advertirse en las mismas son: las *teorías funcionalistas o del consenso*, las *teorías del conflicto*, y el *interaccionismo simbólico*.

Las *teorías funcionalistas o del consenso* se basan en el modelo de la integración y del equilibrio social que impregnó la Sociología Liberal hasta la década de los sesenta¹⁸⁸. Lo que en él se persigue es la ordenación de la sociedad para arribar al progreso basado en un consenso. El concepto de “función” de los sistemas sociales constituye su punto nuclear, entendiendo por el mismo los procesos destinados a mantener o desarrollar el sistema, siendo “disfuncional” cualquier otro proceso que se aparte de estos objetivos¹⁸⁹. En este entendido, la política penal se ve reducida a la protección de intereses concretos (bienes jurídicos). Así, el bien jurídico cumple una función de legitimación ideológica de justificación del derecho penal¹⁹⁰. Los orígenes de la teoría social funcionalista arrancan de DURKHEIM, siendo sus mas destacados representantes PARSONS y MERTON quienes adoptando las teorías del primero elaboran una teoría social basada en la corriente estructural funcionalista¹⁹¹.

¹⁸² El contenido de la Carta Fundamental, el valor directamente normativo que nace del art. 9º pone, por tanto, los límites al legislador y al intérprete. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, artículo inédito, Fac. de Derecho, Universidad de Salamanca, abril de 1990.

¹⁸³ BUSTOS, J 1984, pp. 59-60; ZÚÑIGA, L 1993, pp.49-50.

¹⁸⁴ BUSTOS, J 1984, p.59.

¹⁸⁵ En este sentido, ZÚÑIGA, L. 1993, p.51.

¹⁸⁶ JÄGER fue uno de los primeros en iniciar estas tendencias concibiendo el bien jurídico como valor social. Para él la protección penal sólo es concebible cuando lo que se protege es un bien vital o cultural preexistente a la norma. (BUSTOS, J 1984, p.59).

¹⁸⁷ Mas ampliamente HORMAZÁBAL, H. 1991, pp. 93-121.

¹⁸⁸ Ellas se corresponden en la Criminología con las teorías de la anomia (Merton) y las teorías subculturales (Cohen). Mas ampliamente en LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, 1991. Véase supra Capítulo III, II. - *Tratamiento criminológico del terrorismo*.

¹⁸⁹ Cfr. ZÚÑIGA, L. 1993, pp.51-52; LARRAURI, 1991, pp. 2-3.

¹⁹⁰ Por esta razón, advierte HORMAZÁBAL, no es de extrañar que “el contenido del concepto de bien jurídico sea una expresión concreta en el ámbito particularizado del derecho penal, de un modelo ideológico de carácter más general, legitimador del poder del Estado”. HORMAZÁBAL, H. 1991, p.93, en igual sentido, ob.cit. 1984, p.334 y ss.

¹⁹¹ Para DURKEHIM, las condiciones fundamentales de la organización social implican, lógicamente la existencia

Posteriormente LUHMANN complementa la teoría social funcionalista introduciendo el concepto de “sistema” como criterio científico, y elabora la “teoría sistémica”, que admite la posibilidad de integrar corrientes metodológicas. En todos ellos la sociedad se entiende como un sistema total conforme al cual deben entenderse e interpretarse cada uno de sus aspectos. El ser humano es concebido en su dimensión social, de donde se deduce que sus fines son los de la sociedad. Luego, el sistema es lo fundamental y el ser humano es postergado o mediatizado, la persona es protegida sólo en interés de la sociedad¹⁹².

La teoría sistémica de LUHMANN, mas bien el “funcionalismo sistémico”¹⁹³, influye en la doctrina penal alemana¹⁹⁴. Uno de los primeros en prohibirle en el campo del derecho penal es AMELUNG para quien el concepto material del delito debe basarse en una *teoría del daño social* (que debe evitarse mediante la conminación penal). El delito en su concepto es un fenómeno disfuncional al sistema social que se pretende proteger, y la “dañosidad social” se concreta en una disfuncionalidad social de la acción o conducta en relación al sistema concebido como un todo, y no en relación a la persona. Los límites de su teoría están determinados por la Constitución y por los principios dogmáticos relativos a la relación entre daño social y bien jurídico¹⁹⁵. De allí que las normas penales solo pueden legitimarse cuando se adecúen a la Constitución, la que a su vez legitima la estructura del sistema social. Así, el contenido del bien jurídico está condicionado por el concepto de “dañosidad social” en cuanto disfunción con las condiciones de existencia social. Bien jurídico son las condiciones de existencia de la vida social, y en su acepción dogmática se limita a designar el objeto de ataque del delito.

La principal objeción que puede hacerse a esta teoría es que impide que la teoría del bien jurídico cumpla con su función garantista y dogmática (exclusiva protección de bienes jurídicos) ya que reduce el problema del objeto de tutela jurídico penal a una suerte de formalización social, deduciendo su contenido de la necesidad de mantener una determinada estructura social que prescinde del individuo en cuanto tal. Lo que se protege son los intereses del sistema social y colateralmente los de los individuos¹⁹⁶.

El funcionalismo sistémico llega a su máxima expresión en la doctrina alemana con Günther JAKOBS, representante de la Escuela de Bonn, que pretende elaborar, a partir de la teoría social sistémica de Luhmann, un modelo de sistema penal general. La dirección apuntada por Jakobs se conoce como *funcionalismo radical*¹⁹⁷, ya que pretende una absolutización del

de la criminalidad, debiendo por tanto procederse a una adecuación del sistema de manera tal que no resulten implicadas o afectada la esencia de las estructuras sociales. PARSONS, estima que los cambios han de hacerse desde dentro del sistema, debiendo en todo caso aplicarse los criterios de maximalización en el control de las conductas opuestas al sistema social, y tolerancia en los que apartándose de los cánones del mismo, no cuestionan el sistema, y MERTON, admite que la investigación del problema de la criminalidad supone optar por ciertos criterios previos relativos al funcionamiento del sistema. Mas ampliamente, BARATTA, “*Criminología liberale e ideología della difesa sociale*”, *QC.*, N°1, 1975; ANIYAR, Lola. *Criminología de la reacción social*, ICZ, Maracaibo, 1977; MERTON, R. *Teoría y estructura sociales*, F.C.E., México, 1970. DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*, Edit. La Pleyade, Buenos Aires, 1976.

¹⁹² En este sentido ROXIN, C., 1997, p.68; HORMAZÁBAL, H. 1991, p.98.

¹⁹³ En este sentido HORMAZÁBAL, H. (1991, p. 97, nota n°40), precisando que la teoría funcionalista de LUHMANN pretende formular una teoría universal en el área de la sociología y el derecho. De allí que sea mas adecuado denominarle “funcionalismo sistémico” antes que reducirlo a “teoría sistémica”.

¹⁹⁴ Se advierte su influencia en las posiciones de AMELUNG, H.OTTO, ROXIN y especialmente en JAKOBS.

¹⁹⁵ HORMAZÁBAL, H. 1991, pp. 110 y ss.

¹⁹⁶ En este sentido en nada parece diferenciarse de la teoría inmanente al sistema jurídico que desarrolla Binding . Cfr. BUSTOS, J 1984, p.59; HORMAZÁBAL, J. 1991, p.112.

¹⁹⁷ Por oposición al *funcionalismo moderado* cuyo representante por excelencia es ROXIN. La diferencia entre ambas corrientes radica, en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista. El fundamento principal del funcionalismo moderado se orienta hacia la superación de las barreras entre el derecho penal y la política criminal, como apunta SILVA SÁNCHEZ, “la necesidad de superar la contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio”. Alcanzar dicho objetivo supone que el derecho penal ha de orientarse a las valoraciones de la Política

criterio funcional rechazando cualquier limitación al mismo que provenga de criterios ontológicos. Para JAKOBS, la legitimación formal del derecho penal radica en la “aprobación” de sus normas conforme a la Constitución, y su legitimación material reside en la necesidad de las leyes penales para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. De allí que el derecho penal tenga por misión garantizar las normas, impidiendo que “las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas”¹⁹⁸. El bien jurídico es por tanto, “la firmeza de las expectativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica”¹⁹⁹.

El funcionalismo radical se basa entonces en la consideración de las normas como bienes jurídico penales²⁰⁰, poniendo en duda la legitimación material del derecho penal por medio de la protección de bienes jurídicos (en el sentido de objeto de protección de la norma)²⁰¹. “La teoría del bien jurídico- dice JAKOBS- puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demostrar la necesidad de asegurar el bien también jurídico penalmente”²⁰², y por esta razón, según el autor debe acudir al criterio de la *dañosidad social* para poder calificar la lesión al bien jurídico, el que solo tendrá significado dogmático en cuanto cumple una función²⁰³. De ahí que el bien jurídico como concepto es cuestionado en cuanto a la significación del aporte que puede realizar en el derecho penal. Ello es consecuencia de los criterios utilitaristas del funcionalismo relativos a la obtención de los fines político criminales del Estado y en la función preventivo integradora de la pena²⁰⁴.

La principal objeción que puede hacerse desde el punto de vista dogmático a esta teoría es que sobre la base de un criterio normativista, subjetiviza lo injusto penal desde que la lesión al bien jurídico queda determinada por el sentido o alcance que da el autor a la acción (dolosa o imprudente), sentido que se concreta en la vigencia de la norma en cuanto objeto específico de protección penal²⁰⁵. Por otra parte, y como acierta SCHÜNEMANN, el normativismo de Jakobs conduce a una “capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia”²⁰⁶ ya que al interpretar los conceptos

Criminal, esto es, configurarse como un sistema abierto a tales valoraciones. Luego, el interés que le orienta es de carácter práctico. El funcionalismo radical, en cambio, trata de ofrecer una sistematización del derecho penal que resulte explicativa proponiendo una reformulación normativa de la teoría del delito, ante el supuesto agotamiento de los criterios dogmáticos de carácter ontológico. El interés perseguido es de carácter “metodológico”. SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992, pp.68-69. Una exposición particularmente detallada sobre la *normativización sistemática en el funcionalismo moderado se encuentra en* SCHÜNEMANN, Bernd. “Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal”, en *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones Fundamentales*, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario. Introd. Y notas de J.M. Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31- 80.

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther. *DP.PG. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Edit. Marcial Pons, 1995, pp.44-45. La pena, por tanto, está destinada asegurar la vigencia necesaria para el mantenimiento del orden social y como modelo de orientación de las relaciones sociales, siendo su función de carácter preventivo, ya que de lo que se trata es de proteger las condiciones de la vida social para que puedan desarrollarse las relaciones sociales.

¹⁹⁹ JAKOBS, G. 1995, p. 45.

²⁰⁰ Ello porque existen instituciones en el derecho penal que no se podrían explicar si el fin de las normas se busca únicamente en la protección de bienes jurídicos, tales como las modalidades de tipo objetivo y subjetivo irrelevantes para que haya una lesión de bienes y los delitos especiales. Cfr. ROXIN, C. 1997, p.69.

²⁰¹ JAKOBS, G 1995, pp. 47 y ss.

²⁰² JAKOBS, G 1995, pp. 55-56

²⁰³ Continuando con su crítica a la exclusiva protección de bienes jurídicos por el derecho penal, JAKOBS añade: “Ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de una protección absoluta...en realidad sólo hay bienes jurídicos si (y en la medida en que) están desempeñando una función, es decir, en la medida en que están en la vida social surtiendo efectos y recibidos... Por ello, una norma no puede proteger un bien – siempre que se trate de protección de bienes- contra todos los riesgos, sino sólo contra aquellos que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido” JAKOBS, G 1995, pp.56-57.

²⁰⁴ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.105.

²⁰⁵ Así HORMAZÁBAL, H. 1991, p.113.

²⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal*

dogmáticos exclusivamente desde la funcionalidad sistemática en relación con el sistema que en cada momento se utilice como derecho positivo, está erigiendo “una fachada de argumentaciones circulares” que necesariamente requieren criterios decisionistas para llenar vacíos. Esto significa en último término “transigir” desde que se da amplia cabida a las meras decisiones que tácitamente JAKOBS toma como presupuesto²⁰⁷.

Si el funcionalismo entiende que el orden social se basa en la integración, las *teorías del conflicto*, en cambio, toman como punto de partida el conflicto social, entendiendo que el orden social nace como producto de la dominación de un grupo social sobre otro. La coacción que se ejerce por la dominación es la única forma en que se alcanza la cohesión social²⁰⁸. Sus principales representantes son Ralph DAHERENDORF y Lewis COSER, quienes atacan el estructural funcionalismo por presentar una imagen *sobreconsensuada* de la sociedad²⁰⁹, que conduce a una concepción del sistema social como un sistema estático, cerrado en sí mismo, en el que el consenso acerca de los valores comunes es el paradigma que permite la eliminación del conflicto social. En este entendido el estructural funcionalismo, a su juicio, rechaza la posibilidad de cambio²¹⁰.

Las nociones de cambio, conflicto y dominación son los elementos que se encuentran siempre presentes en el modelo de la sociología del conflicto cuyo punto de partida no es la esfera económica social, sino la esfera política²¹¹, y de ahí que el núcleo del conflicto radique en las relaciones políticas de dominio, las relaciones de poder son las que dirigen los procesos de definición de la criminalidad²¹². Esto es lo que constituye, a juicio de la doctrina, el talón de Aquiles de estas teorías: se confunde el verdadero conflicto, que se produce en la estructura económica social del capitalismo (el conflicto entre capital y trabajo), con la mediación del mismo que se produce en la esfera política (relaciones de dominio y poder político). De esta manera, las teorías del conflicto tampoco llegan a explicar la criminalidad ya que quedarían excluidos todos aquellos sectores que en las sociedades del capitalismo avanzado (tardo capitalistas) no encuentran posibilidades de mediación política²¹³.

La crítica al funcionalismo, pese a ser la tendencia que ha hegemonizado la sociología, no se agotó con las teorías del conflicto. Quizá también porque- como explica Elena LARRAURI²¹⁴- las teorías funcionalistas eran incapaces de explicar los tipos de desviaciones que comenzaron a predominar a finales de la década de los sesenta, que se identificaban con los llamados “delitos sin víctima” (drogas, homosexualidad, delitos políticos, etc.), realizados en su mayoría por sujetos pertenecientes a las clases medias. Es entonces cuando *el interaccionismo*

alemana, Trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.14.

²⁰⁷ SCHÜNEMANN, B. 1996, pp.42-48.

²⁰⁸ Estas teorías que se inspiran en la sociología del conflicto que se desarrolló y consolidó en Estados Unidos y Europa durante la década de los cincuenta, toman como objeto central de su crítica el estructural funcionalismo (PARSONS y MERTON) que hasta entonces dominaba en la sociología liberal.

²⁰⁹ Y a su vez conducen a una imagen sobresocializada del individuo, ya que éste actúa según las normas de comportamiento impuestas por el orden social, las que ha internalizado al punto de llegar a un automatismo. LARRAURI, E 1991, pp. 9-10. En el mismo sentido se pronuncian los autores de la criminología crítica señalando que la criminología correccionalista, que se corresponde con la tendencia estructural funcionalista, pretende una “imagen consensual del orden social”. TAYLOR, I- WALTON, P.- YOUNG, J. *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, 1977, p.91.

²¹⁰ BARATTA, Alessandro. “*El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*”, en *DP*, año 2, 1979, pp.2-23, p. 4 y 5.

²¹¹ Esto porque en opinión de estas teorías, en la sociedad tardo capitalista el “objeto del conflicto” son las relaciones políticas de dominación, y no ya las relaciones materiales de propiedad, producción y distribución. BARATTA, 1979, p.6

²¹² COSER concibe el “poder” como uno más de los posibles objetos de conflicto, en cambio DAHERENDORF, considera que el conflicto siempre es reducible al poder o a las bases del dominio. BARATTA, 1979, p.7.

²¹³ BARATTA, 1979, pp.19-20 y 21.

²¹⁴ LARRAURI, E 1991, p.11.

simbólico resurge²¹⁵ dando paso a la teoría criminológica del *labelling approach*. El interaccionismo simbólico que se erige como alternativa sociológica frente al funcionalismo parte del estudio del individuo, considerando que éste actúa en función de la interpretación que da de la realidad (y no como pretende el funcionalismo, que el individuo actúa condicionado por la realidad)²¹⁶. La interrelación mutua en que se encuentran individuo y sociedad hace que sean los procesos de comunicación y su concreción en el lenguaje de significados y símbolos los que tengan el rol de intermediario entre una y otro. Así, el individuo internalizará los símbolos transmitidos y su significado, produciéndose el acondicionamiento constante de los individuos “que en tanto sujetos reflexivos internalizan la reacción ante dichos símbolos”²¹⁷.

El *labelling approach*, como hemos indicado en el capítulo III, es una de las corrientes criminológicas llamadas de la “reacción social”, que vino a romper con el paradigma etiológico²¹⁸ hasta entonces dominante en la sociología. Esta corriente centra el estudio de la criminalidad no ya en las causas de la misma, sino en la respuesta social mediante el control que se da a las desviaciones criminales. Se trata del estudio de los órganos de control social que tienen por función controlar y reprimir las desviaciones sociales (paradigma de la reacción social)²¹⁹, mediante el “etiquetamiento” de las conductas. La interacción simbólica entre la desviación primaria y la reacción social que produce, determinará en el individuo la asunción de la “etiqueta” de desviado y por tanto, la realización de otros comportamientos desviados (desviación secundaria)²²⁰. En suma, lo que el *labelling approach* pretende demostrar es el cómo la respuesta social estigmatizando al individuo le obliga a asumir una especie de identidad criminal que lo llevará a la realización de otros comportamientos desviados. El *interaccionismo simbólico* y el *labelling approach* pasaron de los países anglosajones a Alemania donde sirvió de fundamento a algunas teorías del bien jurídico.

2.3. Otras teorías de tendencia sociológica o social.

El estructural funcionalismo y el interaccionismo simbólico se abrieron paso conjuntamente en Alemania, dando origen a algunas teorías del bien jurídico que consideraron elementos de ambas tendencias. Hassemmer y Callies han sido sus principales precursores.

Para Winfried HASSEMER, representante de la Escuela de Frankfurt, sólo las teorías trascendentes al bien jurídico podrían dar a luz a un concepto de bien jurídico de útil significación en la elaboración de una teoría del delito²²¹. No obstante, a su juicio, ninguna de las teorías elaboradas por la doctrina ha logrado proporcionar un concepto material de bien jurídico por limitarse a categorías jurídico normativas y prescindiendo de categorías valorativas que permitirían explicar el por qué son protegidos penalmente unos bienes y no otros. Adoptando los criterios del *labelling approach* (etiquetamiento) considera que la respuesta a

²¹⁵ El interaccionismo simbólico es una corriente sociológica que había nacido en los años treinta, siendo su principal representante MEAD y que va a influir en los estudios de la sociología de la desviación a través de BLUMMER y más tarde LEMERT. LARRAURI, E. 1991; p.25.

²¹⁶ De allí que las acciones del individuo no se sujeten a los valores del sistema, o a las necesidades del mismo, no actúan “en función” del mismo, sino que responden a la necesidad de manejar las situaciones a las que se enfrenta diariamente en la realidad social. LARRAURI, E. 1991, pp. 25-28.

²¹⁷ HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.106-107.

²¹⁸ Se refiere al estudio del delincuente y las causas de su comportamiento

²¹⁹ LARRAURI, E.1991, pp. 27 y ss.

²²⁰ La distinción entre desviación primaria y secundaria fue efectuada por LEMERT. La desviación primaria se refiere a la conducta desplegada por el individuo en relación con ciertos factores culturales, sociales y psicológicos. La desviación secundaria se refiere a la asunción por parte del individuo de una “nueva identidad” “criminal” que resulta de la aplicación de la “etiqueta” de criminal como respuesta social a la conducta criminal primaria. LARRAURI, E. 1991, p. 28, HORMAZÁBAL, H. 1991, p.108.

²²¹ La teoría desarrollada por HASSEMER se encuentra en su obra *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973. Ob. cit. BUSTOS, 1984, pp. 59-60. Más ampliamente HORMAZÁBAL, H. 1991, pp.114 y ss.

esta interrogante debe dirigirse a la valoración social de los objetos o intereses que resultan lesionados o se ponen en peligro con la conducta desviada. Por tanto, para HASSEMER lo que tiene relevancia en la determinación del objeto de tutela penal es la relación de esos intereses protegidos con la realidad, el bien jurídico no puede ser – en su concepto- un fenómeno de carácter meramente normativo, y por ello es que renuncia a delimitar materialmente el *ius puniendi* fijando su atención en la demarcación de los lineamientos político criminales según el contexto histórico cultural en que se hace la valoración, tarea que a su juicio mal puede desarrollar el funcionalismo²²². Así elabora una teoría personal del bien jurídico, “que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado” ya que “ los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal”, y esto indica ante todo que “ la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona”²²³.

La principal objeción que puede hacerse a esta teoría es que, si bien intenta conservar el aspecto garantista, desde que pretende desarrollar una política racional de los bienes jurídicos, desde el punto de vista dogmático el bien jurídico no cumpliría una función definitoria de los intereses que se protegen. Como expresa BUSTOS: “ no queda claro qué es el bien jurídico...ya que no permite precisar determinados presupuestos (lo injusto) de la pena”, lo que afecta su aspecto garantista²²⁴. Por otra parte, y como acierta SCHÜNEMANN²²⁵, el funcionalismo de la Escuela de Frankfurt, al limitar la funcionalidad a las necesidades de protección de los individuos concretos, establece barreras de principio para los análisis relativos a los contextos funcionales colectivos, por lo que se está defendiendo un funcionalismo de carácter individualista.

Tomando también aspectos del interaccionismo simbólico, y a la vez de la teoría sistémica luhmanniana Rolf CALLIES intenta elaborar una teoría sobre el bien jurídico tomando en consideración los objetivos a alcanzar en un Estado Social y democrático de derecho²²⁶. Entendiendo que en la sociedad democrática se encuentran abiertas y garantizadas las posibilidades de participación, CALLIES estima que los bienes jurídicos no son “substancialidades”, ni “valores”, ni “bienes cuasicosificados”, sino “posibilidades de participación en la sociedad”. La antijuridicidad de la conducta viene determinada por la lesión a la posibilidad de participación del individuo en la estructura social²²⁷. A este planteamiento pueden hacerse las mismas objeciones que a la teoría de Hassemer, en el sentido que impide al bien jurídico desarrollar su función dogmática y garantista, ya que sigue sin esclarecerse lo que se entiende exactamente por bien jurídico²²⁸, independientemente del valor que pueda asignársele a la consideración de la participación del individuo en el sistema democrático.

Muy similar es el planteamiento, en España, de Santiago MIR PUIG, quien sostiene que los bienes jurídicos son condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales y no solo valores culturales como pretendió el neokantismo²²⁹. Bienes jurídicos son "condiciones de la

222“Un pensamiento penal funcionalista- dice HASSEMER- no puede establecer los límites de la política criminal, ya que la política criminal es uno de sus intereses centrales y el pensamiento funcionalista mismo está orientado output.”, HASSEMER, Winfried. “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, en *DP*, 1989, p.276.

223 Sobre la misma, véase HASSEMER, W. 1989, esp. pp. 282 y ss.

224 BUSTOS, J. 1984, pp.59-60.

225 SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.43.

226 La intención de CALLIES es elaborar una teoría del derecho penal como “una teoría del derecho positivo” capaz de comprender el sistema de sanciones penales conforme a los objetivos del Estado social y democrático de derecho. HORMAZÁBAL, H. 1991, p.119.

227 BUSTOS, J. 1984, p. 60; HORMAZÁBAL, H. 1991, p.120.

228 BUSTOS, J. 1984, p.60.

229 MIR PUIG, S. “*Bien Jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*”, ob. cit.; 1991, p.207, y 1994, p.161.

vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social", entendiéndose por "posibilidad de participación" no tan solo la "posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás"²³⁰. En este sentido sigue, en parte, la orientación de Amelung que, como veíamos antes, llega a proponer la sustitución del concepto de bien jurídico por el de funcionalidad de los sistemas sociales basado en el concepto de "nocividad social del delito"²³¹. La teoría de MIR PUIG en todo caso puede encuadrarse dentro de las tendencias sociológicas funcionalistas más que orientadas por el interaccionismo simbólico.

La tendencia en la doctrina, desde Callies en adelante, ha ido progresivamente inclinándose hacia la previa determinación de las condiciones necesarias para la existencia del bien jurídico, más que arribar de plano a un concepto del mismo. El contenido del bien jurídico ha de ser, ante todo, social. Se trata, de un concepto de bien jurídico que combina criterios liberales y sociales. Liberal porque sigue afecto al sistema de garantías individuales. Social porque los criterios para la determinación del mismo han de ser sociales en lugar de culturales o espirituales, que impiden acceder a un concepto material de antijuridicidad que sirva de límite material al ius puniendi del Estado. El concepto social de bien jurídico, como sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, es válido, en principio para ejercer esta función de limitación ya que el proceso de criminalización tendrá como marco la antisocialidad de la conducta, es decir, permite solo la criminalización de conductas consideradas socialmente perjudiciales, de donde resultará ser expresión utilitaria de la necesidad social de la pena²³².

MUÑOZ CONDE, partiendo de la idea de la necesidad de la convivencia social²³³ deduce como exigencia la protección de esa convivencia para alcanzar la autorrealización humana. Esta autorealización supone unos presupuestos existenciales, que serían los bienes jurídicos en tanto son objeto de tutela penal. En su concepción, "bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social"²³⁴. Su determinación supone una valoración que está condicionada históricamente, valoración que depende – y en esto se muestra crítico- en primer lugar, de las concepciones morales dominantes en la sociedad y en segundo lugar de las necesidades sociales concretas. "Esta realidad indiscutible- dice el autor- lleva a considerar también como 'bien jurídico' los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una 'perversión' del concepto de bien jurídico"²³⁵, conforme a la cual se abusa del derecho penal en cuanto mecanismo de control social. Desde una perspectiva amplia y general LUZÓN PEÑA, estima que los bienes jurídicos son " condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad", pudiendo consistir en "objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso deben ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica"²³⁶. Esta protección jurídica será penal sólo cuando se tratase de los bienes jurídicos más importantes y frente a las formas de ataque más graves. Distingue asimismo entre bien jurídico,

²³⁰MIR PUIG, S.1996, p.92. El autor propone la distinción entre "bien jurídico" acepción a la cual corresponde el concepto descrito, y "bien jurídico penal", que es aquel que merece la protección penal sobre la base de los principios de intervención mínima (subsidiariedad) y del carácter fragmentario (última ratio) del derecho penal. MIR PUIG, S. 1996, p.91

²³¹HORMAZÁBAL, H. 1991, p. 132; LUZÓN PEÑA, D.1996, p. 327.

²³² Para GÓMEZ BENÍTEZ, el bien jurídico "debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad", y el perjuicio social, en cuanto criterio rector del proceso de criminalización debe identificarse con la necesidad preventivo general de la pena. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)", en *RFDUCM*, N° 69, 1983, p.111.

²³³ Entienden que la convivencia social se basa en "la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo necesidades humanas individuales" MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.* 1996, p. 58.

²³⁴MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.* 1996, p. 59.

²³⁵ MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.*, 1996, p. 60. Lo subrayado es nuestro.

²³⁶LUZÓN PEÑA, D.1996, p.327.

su substrato material o inmaterial y el objeto material del delito²³⁷.

En la doctrina chilena, Eduardo NOVOA MONREAL, también desde una perspectiva amplia, indica que constituye un bien jurídico: "...todo aquello que es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas jurídicas, aún cuando no constituya un derecho, siempre que se considere valioso para la vida sana de la comunidad jurídica"²³⁸. A nuestro entender su concepción podría encuadrarse dentro de las tendencias trascendentalistas de bien jurídico, de carácter social o sociológico, aunque no necesariamente funcionalista ya que se refiere al interés u objeto valioso socialmente, y desde el punto de vista dogmático alude al bien jurídico en cuanto interés jurídicamente protegido por la figura penal creada por el ordenamiento jurídico. En cambio FONTECILLA RIQUELME adscribe derechamente al concepto proporcionado por VON LISTZ señalando que bien jurídico es "el interés jurídicamente protegido"²³⁹.

Retomando la idea inicial, el afán por precisar estas condiciones necesarias de existencia que serían las determinantes de un concepto de bien jurídico, no solo se encuentran en los autores mencionados (Callies, Mir, Muñoz Conde, etc.) cuyas construcciones arrancan de una base teórica funcionalista. También encontramos este afán entre quienes conciben el bien jurídico desde un enfoque materialista histórico, autores que trataremos en un punto aparte.

Observaciones en relación a las teorías de tendencia social o sociológica: La finalidad última de las teorías sociológicas o sociales, especialmente tratándose de las orientadas en el funcionalismo, ha sido la de construir un modelo explicativo racional de la realidad²⁴⁰. Y si bien hay que reconocer al funcionalismo, y en mayor o menor medida, al interaccionismo simbólico, el avance que significa basar el derecho penal en el funcionamiento de los sistemas sociales, en relación al valorativismo liberal, no es menos cierto que resulta dudoso reducir a la sola noción de disfuncionalidad social el concepto de bien jurídico y su lesión para definir la criminalización de las conductas²⁴¹.

Aunque las posturas de las tendencias sociológicas o sociales en general, sean críticas, especialmente las orientadas en el labelling approach, todas estas teorías discurren sobre la base de señalar determinados elementos o condiciones de existencia de un bien jurídico en una "sociedad democrática", o bien, intentan destacar la función garantista del bien jurídico en general. Pero ellas no precisan su contenido, su ubicación y su real conexión con el sistema social, no queda clara la función dogmática que el bien jurídico debe cumplir en la teoría del delito, lo que a su vez afecta a su función garantista²⁴². Por otra parte, resulta cuestionable la "capacidad de adaptación" de las teorías funcionalistas para diferentes sistemas en las sociedades industrializadas, ya que ellas se basan en la aceptación del sistema democrático como un orden existente, sin entrar en consideraciones valorativas acerca de sus contenidos. Se hace primar un criterio utilitarista en el afán de proporcionar a las sociedades industrializadas la legitimación necesaria, y ello determina que su contenido sea ambivalente. La "flexibilidad" del funcionalismo es lo que le ha permitido mantenerse "como teoría ideológica del orden y con

²³⁷El substrato material o inmaterial es una realidad empírica que solo será considerada como un bien en la medida en que se le añada una consideración valorativa. Por ejemplo, la vida (substrato material), el honor (substrato inmaterial) sólo pueden ser considerados "bienes" en la medida que sean considerados socialmente como objetos valiosos. El "objeto de la acción" se refiere al objeto material sobre el que ella recae, por ejemplo en el homicidio el bien jurídico es la vida, mientras que el objeto material es el cuerpo humano o un órgano vital. LUZÓN PEÑA, D. 1996, p.328.

²³⁸ NOVOA MONREAL, E. *Curso de Derecho Penal Chileno*. T. I., Ed. Jurídica de Chile, 1960, p.14.

²³⁹ FONTECILLA RIQUELME, R. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T.I., Edit. Jurídica de Chile, 1978, p.153.

240

²⁴¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. 1983, p.108.

²⁴² BUSTOS, J. 1984, p. 60.

ello del poder vigente”²⁴³. Esto es especialmente grave tratándose del funcionalismo sistémico (Jakobs) ya que privilegia los fines político criminales del Estado por sobre el garantismo que orienta el derecho penal clásico²⁴⁴.

2.4. Las teorías materiales del bien jurídico.

La determinación del contenido material del bien jurídico sobre la base del materialismo histórico nace, en general, como alternativa a las teorías trascendentalistas e inmanentistas. Y con mayor precisión a las teorías funcionalistas (dominantes), a las que se basan en el conflicto, o en el interaccionismo simbólico. Esta posición parte de la premisa general que una teoría del bien jurídico no puede estar desvinculada de una teoría social que explique su dinámica interna, ni de las condiciones históricas y materiales de la sociedad en la que tiene su origen, ya que “las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad”²⁴⁵. El bien jurídico es un concepto que pertenece a la sociedad democrática²⁴⁶. Adoptan este enfoque Juan BUSTOS, Hernán HORMAZÁBAL, Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y Juan TERRADILLOS BASOCO.

Tanto las teorías inmanentistas como las trascendentalistas “absolutas” (estatales o sociales) tienden a eliminar la función garantista y dogmática que corresponde al bien jurídico, como concepto, en la teoría del delito, vaciándole de contenido propio. No obstante se reconoce que modernamente se advierte la tendencia, en las tendencias trascendentalistas, a concretar el contenido del bien jurídico no tanto en la precisión de su contenido, como en la determinación de las condiciones necesarias para su existencia, lo que en parte es rescatable desde el enfoque materialista histórico²⁴⁷. En cuanto a las tendencias sociales funcionalistas, se sostiene que la sociología en la que se basan (funcionalista) adolece de un “carácter abstracto y academicista”, que pretendiendo una “neutralidad valorativa” ha sido incapaz de dar cuenta de los cambios sociales y de la reestructuración de las relaciones sociales dentro del sistema capitalista que se vino dando desde la década de 1960, en la que resultó fortalecida la clase media, y se agudizaron los conflictos sociales²⁴⁸. Por tanto, los criterios de funcionalidad o disfuncionalidad respecto de un sistema dado no constituyen los más adecuados para fundamentar un límite al ius puniendi estatal, y por ende resultan imperfectas para la elaboración de una teoría del bien jurídico. Al mismo tiempo, consideran insuficientes aquellas posturas que se basan en la sola consideración de los elementos estructurales²⁴⁹.

²⁴³ HORMAZÁBAL, H. 1991, p. 101, 1984, pp.341-342.

²⁴⁴“En este contexto ideológico- dice HORMAZÁBAL siguiendo a Hassemer- en la norma ya no podrá encontrarse la barrera infranqueable que veía en ella Von Liszt para la política criminal”. ob.cit. 1991, p.105.

²⁴⁵OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. “*Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”, en ADPCP, 1990, p.11.

²⁴⁶ BUSTOS, J.1984, p.62; HORMAZÁBAL, H.1991, pp.151-152; 1984, p.342, OCTAVIO DE TOLEDO,1990, pp.14-15, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. I, pp.57-58.

²⁴⁷ Para este enfoque, las *teorías inmanentistas* resultan inadecuadas para elaborar una teoría del bien jurídico ya que le transforman en un concepto carente de utilidad y que sólo puede servir como criterio interpretativo de los tipos penales, y además porque hacen girar al bien jurídico en torno al Estado dándole el carácter de bien jurídico superior. Las *teorías trascendentalistas*, no resultarían más adecuadas porque son “tendencias formales y abstractas” que en su intento de precisar este concepto que trasciende al derecho, transforman al bien jurídico en una mera categoría valorativa, y presentan problemas al momento de determinar su significación dogmática y garantista específica. Esta dificultad estriba ya por el hecho de que el concepto de bien jurídico “está más allá de contenidos jurídicos propiamente tales” y también “por la circunstancia que al tener que hacer operativo tal concepto para el derecho penal tienen que llenar el espacio conceptual entre bien y sistema jurídico penal”. A diferencia de lo que ocurre en las teorías inmanentistas, el bien jurídico gira en torno a la persona humana, entendida o como individuo, o como ente social (destacando procesos de comunicación o convivencia) pero corriendo el riesgo de absorber a la persona humana en un concepto abstracto y totalizador de la sociedad, como ocurre con la posición de Amelung. Cfr. BUSTOS, J. 1984, pp.60-61.

²⁴⁸ HORMAZÁBAL, H. 1991,p.106.

²⁴⁹ “Una teoría que busca explicar la realidad social considerando tan solo aspectos estructurales resulta tan insuficiente como aquella que quiere explicarla desde perspectivas microsociales sectorizadas sin tomar en cuenta al mismo tiempo la globalidad del sistema” HORMAZÁBAL, H. 1991, p.141.

Cabe precisar a este respecto que entendemos que *la concepción materialista de la historia (y el método en que se basa)* no consiste en atribuir el carácter determinante al solo factor económico, sino al complejo empírico de los cambios y mutaciones que sufre la sociedad (políticas, sociales, económicas, culturales)²⁵⁰.

La teoría elaborada por Juan BUSTOS y que posteriormente ha adoptado, con mayores precisiones Hernán HORMAZÁBAL MALAREE, reconoce en el bien jurídico su carácter pre existente al Derecho, anterior a la norma, y por ello, para su determinación parten de las tendencias trascendentalistas que hacen girar el bien jurídico en torno a la persona humana como *ente social*, en una *sociedad democrática*, de donde resulta importante considerar la Constitución desde el punto de vista político jurídico²⁵¹. Es mediante una relación social concreta y determinada que el hombre, como ser social, se expresa en la sociedad democrática, y de ahí que el bien jurídico sea un concepto propio de este tipo de sociedades “y no de otro sistema de organización social en que el comportamiento del sujeto está determinado externamente, es decir, de manera ajena a la actividad humana, sin su participación”²⁵². A su vez, la relación social se expresará siempre en una *relación dialéctica*, en el entendido que el choque de intereses contrapuestos es lo que va a determinar la existencia de procesos de tesis, antítesis y síntesis. El bien jurídico es, por tanto, *la expresión a nivel normativo de una estructura social democrática*, ya que su origen está en ese sistema de relaciones sociales.

En atención a lo anterior BUSTOS define el bien jurídico como “una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”²⁵³. HORMAZÁBAL, más preciso, estima que los bienes jurídicos son “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”²⁵⁴, lo que significa: **Primero**, que el bien jurídico, en cuanto producto social es un producto histórico, es decir, nace de las condiciones concretas de la sociedad en un determinado momento, y de las condiciones individualizadas de la superestructura social y política, específicamente de la superestructura jurídico penal²⁵⁵. El bien jurídico expresa momentos históricos de *síntesis*, que en otros momentos será solo una *tesis*, y así sucesivamente, en la medida que vayan cambiando la sociedad y los intereses de los individuos. En esto reside su *función de garantía* a la creación de nuevas necesidades²⁵⁶. **Segundo**, el bien jurídico no es una simple categoría, dogma o fórmula conceptual, sino una relación social concreta y determinada que absorberá, por tanto, la cultura y queda afectado por la ideología, entendida como “los subproductos de la alienación que tienden a disfrazar la realidad”²⁵⁷. La valoración de esta relación social corresponde al Estado quien, a través del sistema jurídico penal, capta los momentos históricos de síntesis. **Tercero**, de acuerdo a lo anterior, el bien jurídico tiene un doble carácter sintético: es una síntesis normativa,

²⁵⁰ Ni MARX ni ENGELS han atribuido nunca a la situación económica un carácter exclusivo en esta concepción histórica materialista: “El factor que en última instancia determina la historia- dice Engels en una carta a Joseph Bloch - es la producción y la reproducción en la vida real...La situación económica es la base, pero los diversos factores de la superestructura que sobre ella se levantan ...ejercen también influencia en el curso de las luchas históricas y determinan predominantemente, en muchos casos, su forma. Es un juego mutuo de acciones y reacciones entre todos estos factores”. ENGELS, F. “*Sobre la concepción materialista de la historia*”, e AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca N°25, México, 1973pp. 27-45. Véase también en esta misma obra, LABRIOLA, Antonio. “*La teoría de los factores históricos y la concepción materialista de la historia*”, pp. 11-24.

²⁵¹ BUSTOS, J. 1984, pp. 61-62, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, pp.58-59.

²⁵² BUSTOS, J. 1984, p. 62. En el mismo sentido HORMAZÁBAL, H., 1991, p.142, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, p.58.

²⁵³ BUSTOS, J. 1984, p.63. Similar BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, p.59

²⁵⁴ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.152.

²⁵⁵ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.151; 1984, p.343.

²⁵⁶ BUSTOS, J.1984, pp.62-63, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, pp.60.

²⁵⁷ BUSTOS, J. 1984, p.63, HORMAZÁBAL, 1984, p.343.

que se produce en la superestructura jurídico política, y una síntesis social, considerado desde la esfera de la sociedad civil, y en cuanto producto social de un sistema democrático²⁵⁸.

Cuarto, los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico ya que “surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social”, esto significa que, en el Estado democrático son un producto de la sociedad civil, y surgen de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social. Así planteado, el bien jurídico cumple *una función crítica* no solo del sistema jurídico, sino también del sistema social²⁵⁹. **Y Quinto**, el bien jurídico es un concepto final, político, jurídico (penal y criminal) que aspira a un sistema jurídico penal democrático y que, por tanto, lucha por la superación del sistema (función crítica). De ahí que el derecho penal democrático sólo pueda legitimarse a través del bien jurídico, ya que éste es la concreción de un proceso democrático real. Así definido, el bien jurídico cumple su *función de límite al ius puniendi del Estado*, que puede dar una base material al concepto de necesidad de pena (concepto político) y a los presupuestos de la pena, esto es, servir de instrumento dogmático para fijar el contenido de lo injusto (tipicidad y antijuridicidad) especificando su función de garantía²⁶⁰.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, por su parte, propone un concepto material de bien jurídico que oponer “a la vocación prepotentemente totalitaria del Estado”, en el que se trata ya no tanto de descubrir el interés que ampara al Estado con las normas que dicta, sino de “obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele otros intereses”²⁶¹. En su concepto, el bien jurídico “da cuenta respecto del Estado de la tensión progresiva entre los grupos sociales hegemónicos que lo sustentan y los grupos sociales supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre la conservación social y el cambio, entre los ‘intereses realizados’ y los ‘intereses por realizar’”²⁶². El bien jurídico, a su juicio, cumple dos funciones: una *política* y otra *dogmática*. La *función política*, que se desarrolla en el momento legislativo (elaboración de la ley penal), es a la que debe primero atenderse en la búsqueda de los criterios para fundamentar el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*²⁶³. El bien jurídico como límite al ius puniendi “procede de la condición democrática del Estado de cuya afirmación se parte y no, obviamente, del medio de concreción que se propugne para determinar los bienes jurídicos”²⁶⁴. La *función dogmática* se desarrolla en el momento judicial de interpretación y aplicación de la ley, y es productora, fundamentalmente de un efecto de seguridad²⁶⁵.

Juan TERRADILLOS BASOCO, coincidiendo en lo fundamental con las anteriores teorías, sostiene que solo un concepto material del bien jurídico permite trascender al normativismo, y que el ordenamiento jurídico pueda ser el producto de una participación activa y crítica de la sociedad y cada uno de sus integrantes, permitiendo a la vez su revisión²⁶⁶. Su teoría busca un contenido material, pre jurídico que sirva como criterio guía para el legislador

²⁵⁸ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.152, 1984, p.343.

²⁵⁹ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.152, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, pp.59 y 61.

²⁶⁰ BUSTOS, J.1984, p.63, Similar BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, p.61.

²⁶¹ OCTAVIO DE TOLEDO, E. 1990, p.8.

²⁶² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Sobre el concepto del Derecho Penal*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp.354-355.

²⁶³ “de lo contrario, volveremos a versar sobre los géneros angelicales, o lo que es peor, pasaremos de inmediato al servicio del poder”. OCTAVIO DE TOLEDO, E.1990, p.9.

²⁶⁴ OCTAVIO DE TOLEDO, E. 1981, pp. 340-351. Sobre esta base se opone a las teorías funcionalistas y sistémicas, cuando se adoptan sin ese presupuesto, aplicadas a la averiguación de los bienes jurídicos. ob. cit. 1990, p.9.

²⁶⁵ Mas ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO, E. 1990, pp.19-27.

²⁶⁶ TERRADILLOS, J. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, RFDUCM, nº 63, 1981 a), p. 125.

en la determinación del objeto de tutela jurídico penal, criterio que no identifica con un derecho subjetivo, como los derechos fundamentales, sino mas bien orientado por la idea de “interés” entendido como conflicto, como “producto social, histórico, y de una manifestación de la diversidad de situaciones objetivas en el seno de cada colectividad”²⁶⁷. Pero a su juicio, ni los intereses, por adolecer de “parcialidad”, ni los valores, por pertenecer a una realidad externa al Derecho ²⁶⁸ sirven como pautas para definir el bien jurídico. Recurriendo en este sentido a la idea predominante en la doctrina acerca de las condiciones necesarias para la conservación de un orden social²⁶⁹, precisa que en una sociedad democrática son las *condiciones de participación* del individuo en el proceso político, económico y cultural las que permiten arribar a una plena democracia, *participación que vincula con la posibilidad de que los miembros de la sociedad vean satisfechas sus necesidades*. TERRADILLOS entiende que el Estado de Derecho, en cuanto sistema de protección de intereses desde el punto de vista normativo (“el imperio de la ley” y no de las “personas”), necesariamente ha de encontrar su legitimación en referentes axiológicos generales. Si bien los valores son indefinibles por su carácter de categorías ontológico sociales primarias, al menos pueden deducirse ciertos axiomas a partir de los valores básicos, que actuarán como *axiomas axiológicos universales*.

Siguiendo a Agnes HELLER, estima que estos axiomas dicen relación con la categoría “riqueza”, y son: 1.- “Es valor todo lo que contribuye al enriquecimiento de las fuerzas esenciales específicas, todo lo que las promueve”. 2.- “El valor supremo es la circunstancia de que los individuos puedan apropiarse de la riqueza específica, la riqueza de la especie”²⁷⁰. Conforme a ello, la idea de participación se refiere tanto a la posibilidad de crear la riqueza por parte de los individuos, como a su distribución de manera multilateral e igualitaria, y promover esta participación supone entender que *la esencia del bien jurídico está dada por “la satisfacción o posibilidad de satisfacción de necesidades humanas”*, el que ha de elevarse como criterio guía en la determinación del objeto de tutela jurídico penal²⁷¹. Las ventajas del concepto de necesidad humana como criterio de definición del bien jurídico penal son²⁷²: a) El concepto de necesidad carece de un carácter abstracto puro, la necesidad es siempre necesidad “de algo”; b) La idea de necesidad se encuentra en estrecha relación con el mundo de los valores, ya que ella no puede definirse sino en relación a un valor o sobre su base; c) Los caracteres de generabilidad y contrastabilidad de la necesidad le hacen apto para ser la base de un discurso racional; d) Se elimina la utilización ético ideológica del derecho penal (efecto de

²⁶⁷ TERRADILLOS, J., 1981 a), pp.129-131. Participando de este planteamiento en específico OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO se manifiesta a favor de la referencia al “interés” destacando lo “material, interindividual, personal, socializado, histórico y dinámico”, para “marginar el aspecto metafísico que ofrecen los términos bien o valor”. Sin embargo lo hace desde un punto de vista *iure condito*, a diferencia de TERRADILLOS, que lo hace de *iure condendo* al identificar el bien jurídico como satisfacción de necesidades humanas, planteamiento del cual discrepa toda vez que ante la afirmación de Terradillos de que el derecho penal no protege precisamente necesidades humanas, Octavio de Toledo sostiene que las necesidades que el ordenamiento protege sí pueden reconducirse a la idea de interés. OCTAVIO DE TOLEDO, 1990, pp.5-6, nota 1.

²⁶⁸ TERRADILLOS, J., 1981 a), pp.131-132.

²⁶⁹ Aunque se manifiesta crítico de esta concepción, a su juicio, insuficiente, toda vez que en ella, cuando se dice que el bien jurídico es una condición necesaria para la conservación de la sociedad, puede leerse entre líneas, que es el ataque a esas condiciones sociales lo que merece sanción penal, “con lo que el dogma del bien jurídico puede llevar a conclusiones diametralmente distintas a las derivadas del principio de dañosidad social”. TERRADILLOS, 1981 a), p.134.

²⁷⁰ HELLER, Agnes. *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. M. Sacristán, Edit. Grijalbo, Barcelona, 1974, p.22.; TERRADILLOS, J. *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Edit. Akal, 1981 b), p.173.

²⁷¹ TERRADILLOS, J., 1981 a), p.136. En el mismo sentido, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. I., pp.60-61, y también POLAINO NAVARRETE quien estima que el concepto de bien se fundamenta en una necesidad humana, ya que solo las exigencias humanas “se muestran trascendentes para el derecho”. “Las que no denotan (exigencias) conexión alguna con la persona y no aparecen como apreciables desde el punto de vista de los sujetos de derechos, se consideran inexistentes en el ámbito de regulación penal”. “Todo aquello – y solo aquello de lo que una persona puede tener necesidad ha de ser considerado como un bien, en tanto merezca estimación positiva en el plano objetivo del Ordenamiento jurídico”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, Núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 30-31.

²⁷² POLAINO NAVARRETE, M. 1974, p.31; TERRADILLOS, 1981 a), p.136-137.

acudir directamente a los valores como criterio); e) Se eliminan los riesgos de postergación del individuo (efecto de acudir al criterio de la dañosidad social).

No obstante, TERRADILLOS no define lo que ha de entenderse por “necesidad humana” y la noción de la misma la advierte de la distinción que hace Agnes HELLER quien partiendo desde el punto de vista histórico, filosófico y antropológico, clasifica las necesidades en: *naturales* y *socialmente determinadas*. Estas últimas son creadas históricamente sobre la base de una sociedad de consumo, de donde se deduce que su contenido debe interpretarse conforme al contexto histórico y social en que nacen, siendo el capitalismo el que se encarga de reducir este contenido social a meras “necesidades de supervivencia”. Las necesidades naturales, esto es, aquellas destinadas al mantenimiento de la vida humana, categorialmente aparecen ligadas en *El Capital (Marx)* a la determinación del valor de la fuerza de trabajo, que encierra en sí misma un elemento “histórico moral”, de donde se deduce que estas necesidades también están determinadas históricamente²⁷³.

A partir de esta clasificación previa es que HELLER distingue tres tipos de necesidades: existenciales, propiamente humanas y radicales. Las *necesidades existenciales* son, desde el punto de vista ontológico, necesidades primarias ya que obedecen al instinto de autoconservación del hombre: la necesidad de alimentarse, de contacto social, de cooperación, de actividad. Se trata de necesidades universales, cuyo concreto contenido, así como la manera de satisfacerlas, dependen de las condiciones históricas²⁷⁴. No se trata de “necesidades naturales”²⁷⁵ propiamente tal, sino de un concepto límite, y por ello es que HELLER prefiere hablar de “necesidades naturales como límite existencial para la satisfacción de necesidades”²⁷⁶. Las *necesidades propiamente humanas* “se distinguen por el hecho de que en los deseos, en las intencionalidades dirigidas hacia sus objetos, el impulso natural no desarrolla ningún papel”²⁷⁷. A este tipo pertenece la necesidad de descanso superior al necesario para la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de actividad cultural, el juego en los adultos, la reflexión, la amistad, el amor, la realización en sí de la objetivación, la actividad moral. Se trata de necesidades cuyo carácter es *cuantitativo*, esto es, su satisfacción no consiste en la acumulación de objetos útiles, a diferencia de otras necesidades propiamente humanas cuyo carácter es *cualitativo*, es decir, su satisfacción supone la acumulación la que crecerá en la medida que se haga a expensas de las necesidades de “otro” que se encuentra subordinado al primero y es utilizado como medio. Se trata, en palabras de HELLER, de *necesidades humanas alienadas* como la necesidad de dinero, de poder y de posesión que son las que priman en la sociedad capitalista, y que resultan incompatibles con el concepto de participación igualitaria en la riqueza²⁷⁸.

Las *necesidades radicales* “son necesidades necesarias del hombre producidas socialmente”, que “nacen en la sociedad basada en relaciones de subordinación, pero que no pueden ser satisfechas en una sociedad semejante. Son las necesidades cuya satisfacción solo es posible a través de la superación de esa sociedad completa”²⁷⁹. A ellas pertenecen por ejemplo: la necesidad de los hombres de contar con capacidad y poder de decisión acerca del desarrollo y

²⁷³ HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. F.J. Ivars, Eds. Península, 1ª edición, 1978, pp. 28-30, en adelante ob. cit. 1978 a).

²⁷⁴ TERRADILLOS, 1981 a), p.137.

²⁷⁵ Para HELLER no existen “necesidades naturales” más que como concepto límite: “la necesidad de aire no es sino una condición de existencia, el hecho de que prefiramos el aire limpio al contaminado es ya una necesidad o su manifestación”. HELLER, A. “*Teoría, praxis y necesidades humanas*”, ensayo en *Teoría de las necesidades en Marx*, ob.cit., 1978. En adelante ob. cit. 1978 b), p.170.

²⁷⁶ HELLER, A. 1978 a), p. 33. Para Heller, las necesidades existenciales no pueden ser definidas como “naturales, puesto que sólo son susceptibles de interpretación en el seno de un contexto social determinado”, HELLER, A. 1978 b) p.171.

²⁷⁷ HELLER, A.1978 b), p.171.

²⁷⁸ HELLER, A. 1978 b) p. 171; TERRADILLOS, 1981 a), p. 138.

²⁷⁹ HELLER, A. 1978 a), p.34, 1978 b), p.171.

evolución sociales, sobre su contenido, dirección y valores; la de generalización de las comunidades elegidas libremente, la necesidad de igualdad entre los hombres en las relaciones personales; la de abolir la dominación social; la de suprimir la coacción del trabajo necesario para la sociedad, por una parte, y el vacío de tiempo libre, la necesidad de abolición de la guerra y del rearme bélico²⁸⁰. Al decir que son “necesidades necesarias socialmente producidas” quiere enfatizarse que ellas son determinadas según el contexto histórico toda vez que, el contenido empírico o sociológico de las “necesidades necesarias” se corresponde con el contenido de las “necesidades sociales reales”, el que constituye una media de las necesidades individuales (desarrolladas históricamente, transmitidas en los usos y dotadas de componentes morales)²⁸¹. Y el hecho de que no puedan ser satisfechas sino a través de la superación en la sociedad en que nacen es la consecuencia de que las necesidades radicales son momentos inherentes a la estructura capitalista de las necesidades. Sin ellas, como explica MARX, el capitalismo no podría funcionar, éste en consecuencia, crea cada día necesidades nuevas. Las necesidades radicales no pueden ser eliminadas por el capitalismo porque son necesarias para su funcionamiento. No constituyen, como apunta HELLER, “embriones” de una formación futura, sino “accesorios” de la organización capitalista: la trasciende no su ser, sino su satisfacción.²⁸²

¿Cuáles son las necesidades que el derecho penal está llamado a proteger? La respuesta a esta interrogante parte de una premisa fundamental y que se deriva de estas teorías: la relación entre el derecho penal y el concepto de necesidad humana obliga a circunscribir la protección (bienes jurídicos) a las “condiciones de la satisfacción de las necesidades”. No cabe duda de que al derecho penal compete en primer término la satisfacción de las “condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales”, pero resulta discutible, para TERRADILLOS, esa protección cuando se trata de necesidades propiamente humanas y radicales. En cuanto a las necesidades propiamente humanas, el derecho penal solo podría proteger aquellas cuyo carácter es *cualitativo*, esto es, las necesidades humanas *no alienadas*. Las de carácter *cuantitativo*, alienadas, no pueden ser objeto de protección porque ello implicaría utilizar una política criminal potenciadora de la instrumentalización y mediatización del individuo, esto es, la utilización de un hombre por sobre otro. Tratándose de las necesidades radicales, considerando que su satisfacción implica la negación del sistema que las ha generado²⁸³, sería “utópico pretender que el derecho penal sea el vehículo para satisfacerlas”.

²⁸⁰ HELLER, A. *Por una filosofía radical*, trad. Cast. J. F. Ivars, Col. El Viejo Topo, Barcelona, 1980, pp. 112-113; TERRADILLOS J. 1981 a), pp.138-139.

²⁸¹ Para HELLER, las “necesidades socialmente producidas” han de ser interpretadas como “necesidades de hombres particulares”, en palabras de MARX, “necesidades de individuos”, necesidades conscientes o reconocidas, por oposición a las inconscientes o no reconocidas. Se trataría de una categoría objetiva: “un determinado hombre, de una determinada clase, de una determinada época, nace en un sistema y en una jerarquía de necesidades preconstituidas (aunque en evolución) por las costumbres, por la moral de las generaciones precedentes y sobre todo por los objetos de sus necesidades. El hombre interioriza (según las sociedades) ese sistema, aunque de manera individual. Pero en ningún caso constituye una estructura autónoma que esté por encima de los miembros de una clase o sociedad: la necesidad del particular es aquello que él conoce y siente como necesidad suya, no tiene otras necesidades. HELLER, A. 1978, a), p. 77, 78, y 82.

²⁸² MARX, K. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, vol. I, Edit. Siglo XXI, 1972, p.20. La existencia de las necesidades radicales son imprescindibles para que la clase obrera realice su misión histórica, que a juicio de HELLER es la Revolución Social Total (HELLER, 1978 b), p.180). Se trata de la superación de la sociedad capitalista, único estadio en el que podría pensarse que las necesidades radicales pudieran ser satisfechas. A esto hay que agregar lo que acotaba MARX refiriéndose a esa superación-revolución como el “deber de realizar el comunismo”. Este deber es interpretado por MARX en dos teorías de la contradicción: La primera, de carácter hegeliano, que se basa en el deber como necesidad social, profetizándose un avance natural hacia el comunismo. La segunda, de carácter fichteano se vincula al carácter fetichista del capitalismo y a la hipótesis del proceso histórico subjetivo, proponiendo el deber como necesidad causal, una necesidad no natural, histórica que se determina a partir del presente, de donde surge que la expresión “el comunismo debe ser realizado” significa que el comunismo se realizará a merced de las leyes propias de la economía. Por esto para MARX, “aquellos individuos en los cuales surgen las necesidades radicales ya en el capitalismo son los portadores del deber colectivo (de realizar el comunismo)”. HELLER, 1978 a), pp.87 y ss.

²⁸³ De ahí que MARX las considere como esenciales en la formación de la conciencia de clase que permita la “realización del comunismo”.

Por ello es que a juicio de este autor, la protección penal tiene que “circunscribirse a la defensa de las posibilidades reales de participación igualitaria” sobre la base de una política criminal que “tienda a la satisfacción del máximo número de ciudadanos”. La conminación penal ha de dirigirse solo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución de la riqueza producida”²⁸⁴.

3.- El Bien jurídico protegido y lo injusto penal.

3.1. Bien jurídico, desvalor de resultado y desvalor de acción.

Decíamos al analizar la función dogmática del bien jurídico que éste se desempeña como el núcleo material de lo injusto penal otorgando contenido a la tipicidad y la antijuridicidad²⁸⁵. Esto se explica porque la tipicidad (desvalor social del acto), debe construirse tomando como base el bien jurídico que se desea proteger, y la antijuridicidad (desvalor social de resultado), encuentra su fundamento en el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Desbrozemos brevemente estos conceptos: La tipicidad consiste en la adecuación de una conducta o hecho cometido a la descripción que del mismo hace la ley penal, la determinación del ámbito de lo prohibido incorporando elementos descriptivos y normativos²⁸⁶. Es, por tanto, consecuencia inevitable del principio de legalidad (solo pueden castigarse las conductas expresamente previstas por la ley penal)²⁸⁷. La antijuridicidad se refiere a la contradicción de la conducta descrita en el tipo con el derecho pudiendo distinguirse entre antijuridicidad material y formal (Von Listz). La antijuridicidad formal es la relación de contradicción de un hecho con el derecho penal, mientras que la antijuridicidad material dice relación con el contenido del injusto y se basa en la lesión o puesta en peligro de bien jurídico, sumado a la ausencia de un interés prevalente que justifique ese hecho (causas de justificación que niegan la antijuridicidad)²⁸⁸. Dicho de otra manera, la referencia es a una norma prohibitiva en ausencia de una norma permisiva de la conducta.

En un Estado social y democrático de derecho la tipicidad penal se yergue como base de la antijuridicidad, es decir, la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad sino uno de sus requisitos junto al de ausencia de causas de justificación. La tipicidad es “ratio essendi” de la antijuridicidad²⁸⁹. La tipicidad es el ámbito del desvalor del acto, puesto que lo

²⁸⁴ TERRADILLOS, J.1981 a), pp. 139-141.

²⁸⁵ Este es el aspecto “exegético” de la función dogmática del bien jurídico .TERRADILLOS, J. 1981 a), p.129. Ver epígrafe 1.2.- de este Apartado Segundo.

²⁸⁶ Como se sabe, el concepto de tipicidad tiene un contenido distinto según la posición que se adopte en torno a la teoría del delito. Para la concepción *causalista* (Beling) la tipicidad se refiere al acontecer de una acción que está descrita de forma no valorativa por la ley, el tipo es un supuesto de hecho abstracto previsto y descrito por la ley penal, la descripción legal de todos los elementos del hecho. Para la concepción *finalista* la tipicidad es la descripción de la materia penalmente prohibida (o materia de la prohibición) dotada de significado social y final. La concepción *post finalista* la tipicidad es la descripción que hace la ley de las conductas socialmente relevantes, esto es, todo lo que carece de un contenido de relevancia social es ajeno al concepto de delito definido como la realización antijurídica y culpable de un tipo penal. Elemento básico de la tipicidad para los post finalistas es *la imputación* de una acción, o de una acción y su resultado descritos en el tipo a su autor. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 53 y ss., 80 y ss, 91 y ss. LUZÓN PEÑA, Curso de DP. PG., Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 295 y ss.

²⁸⁷ Así, por todos, MIR PUIG, 1996, pp. 75 y ss. , LUZÓN PEÑA, 1996, p.302, BUSTOS, 1984, p.185, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, p. 34.

²⁸⁸ MIR PUIG, S., 1996, pp.120-123.

²⁸⁹ MIR PUIG, S. 1996, pp.131 y ss. A diferencia de las concepciones causalista y finalista para las cuales la tipicidad es “ratio cognoscendi” de la antijuridicidad, esto es, un mero indicio – y no una constatación- de que la acción está desvalorada por la ley penal, destacando que a diferencia del causalismo, el finalismo concibe al tipo dotado de un significado valorativo referente a servir de selección de los hechos relevantes para el derecho penal, lo que se da cuando se infringen normas prohibitivas de lesión de bienes jurídicos, aunque el hecho no sea antijurídico por concurrir una causa de justificación. Cfr. MIR PUIG, 1996, pp. 123-130, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp.53 y ss., 80 y ss.

que el derecho penal prohíbe son acciones, no resultados²⁹⁰. Esta idea, que constituye uno de los más grandes aportes del finalismo, vino a dar contenido material a la tipicidad, hasta entonces dotada de un carácter formal y abstracto que le confirió el sistema de Listz y Beling²⁹¹. De lo que se trata, “no es de describir una actividad simplemente, sino de describir la actividad en su desvalor”, esto es, “desde el bien jurídico”, y por esta razón, no se trataría de un desvalor ético individual como sucede en el finalismo de WELZEL, sino de “un desvalor social objetivo, conforme a cómo han de darse las relaciones sociales”²⁹². La afirmación de que el contenido de la tipicidad es el desvalor del acto, no significa, como acierta GÓMEZ BENÍTEZ, que en la conformación de lo injusto no deba considerarse el desvalor del resultado²⁹³, concepto este último que dice relación no ya con la norma en sí misma (prohibitiva o de mandato) sino con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido penalmente.

Si las normas penales recaen sobre actos (derecho penal del hecho) y estos actos solo entran en consideración desde el bien jurídico (principio de exclusividad), debiendo por tanto cumplir con el principio de responsabilidad por el hecho y de lesividad, no puede negarse que existe una “inseparabilidad” entre desvalor del acto y desvalor de resultado en lo injusto penal²⁹⁴ ya que ambos tienen una función garantizadora, el desvalor de resultado permite evitar toda tendencia a castigar penalmente sobre la base de los criterios del derecho penal de autor, es decir, “garantiza que lo que se protege es al hombre concreto dentro de una relación social concreta”²⁹⁵. Se parte, por tanto de una concepción dualista de lo injusto según la cual éste queda determinado por el desvalor de acción y desvalor de resultado²⁹⁶.

3.2.- Bien jurídico y objeto material del delito.

La doctrina distingue entre bien jurídico y objeto material del delito. Mientras el bien jurídico es un concepto valorativo concebible como la realidad de las cosas más el valor que se les ha incorporado²⁹⁷, el objeto material del delito es una categoría perteneciente al mundo real o empírico sobre la cual recae directamente la acción del autor y que algunos definen como el substrato del bien jurídico mientras que otros lo identifican con la persona o cosa concreta sobre la cual recae la acción y que puede estar o no vinculada al bien jurídico²⁹⁸.

²⁹⁰ “No se puede partir desde la acción para determinar el tipo, porque es un concepto vago e impreciso, solamente a partir del bien jurídico la tipicidad puede determinar el ámbito social de protección”. ZÚÑIGA, L. 1993, p.38.

²⁹¹ Recordemos que partiendo de la función ético social del Derecho penal, WELZEL afirmó que el Derecho *penal antes que nada quiere proteger determinados bienes vitales de la comunidad, y de ahí que impone* consecuencias jurídicas a su lesión (desvalor de resultado). “El desvalor de la acción puede fundarse en que el resultado que ocasiona es valorativamente reproducible (desvalor de resultado de la acción). Sin embargo, una acción dirigida a un resultado reprobado, también es valorativamente reproducible, con independencia de que se alcance el resultado (desvalor de acto de la acción)”. Luego, “se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor del acto de la acción”. WELZEL, H. 1987, p.12.

²⁹² BUSTOS, J. 1984, p.181, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, p. 31.

²⁹³ “El proceso de criminalización primaria se construiría prohibiendo acciones en relación a determinados resultados; de ello suele deducirse que desvalor de la acción y desvalor de resultado son constitutivos, pues, para el injusto penal”. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. 1983, p.93. En el mismo sentido, BUSTOS, J. 1984, p.181, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, p. 31.

²⁹⁴ En este sentido BUSTOS, J. 1984, pp. 181 y ss., HORMAZÁBAL, H., 1984, pp.340 y ss.

²⁹⁵ BUSTOS, 1984, p.183, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, pp. 38-39.

²⁹⁶ A favor de la teoría dualista de lo injusto se manifiesta actualmente MIR PUIG. 1996, p.133 y ss. Exigiendo para la antijuridicidad un desvalor de resultado y un desvalor de acción. Véase CARO CORIA, Dino C. *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. 409; el mismo, “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos colectivos*” en *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 1997, p. 321. Mas ampliamente sobre la fundamentación dualista de lo injusto MAURACH, Reinhart, *Tratado de DP.*, Trad. Córdoba Roda, Edit. Ariel, 1962, p.357, HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Edit. Tecnos, 1984, y CARO CORIA, D. 1999, pp. 399 y ss., 1997, pp.311 y ss.

²⁹⁷ MIR PUIG, S. *Objeto del delito*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed Seix, Barcelona, 1982, p.765.

²⁹⁸ GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp.160-161. Sobre la implicación entre objeto material y objeto jurídico ampliamente PÉREZ

La distinción entre bien jurídico y objeto material deriva de la precisión realizada entre desvalor social de resultado y desvalor social de acción, o más específicamente entre “resultado en sentido valorativo jurídico” o “ideal” y “resultado en sentido material”²⁹⁹. El resultado valorativo jurídico se refiere a la lesión o peligro del bien jurídico, entrando entonces en el ámbito de lo injusto³⁰⁰, mientras que el resultado en sentido material se refiere al efecto que en el mundo empírico produce la acción (objeto de la acción) y que se encuentra descrito en el tipo penal³⁰¹. Esto explicaría la distinción entre delitos de mera actividad y los delitos de resultado.

En los *delitos de mera actividad* basta para su consumación la realización de una conducta (no un resultado separado de ella), se sitúan por tanto en el ámbito del “resultado valorativo o ideal”, puesto que en ellos se da la lesión o peligro al bien jurídico, como resultado “ex ante”. En los delitos de resultado se exige para su consumación un resultado separado de la conducta, esto es, la lesión o peligro del bien jurídico como resultado ex post³⁰², situándose por tanto en el ámbito del resultado en sentido material. Se distinguen así *los delitos de resultado material*, en los que el contenido material del desvalor de resultado es una “lesión” al bien jurídico, cuya afección es mayor que la que se produce en los delitos de peligro en los que el resultado, sea separado, como ocurre en los *delitos de peligro concreto*, o no, como ocurre en los *delitos de peligro abstracto*, consiste en una “puesta en peligro” del bien jurídico (ver epígrafe 3.3).

Por estas razones pensamos que es mejor distinguir entre bien jurídico, substrato empírico del bien jurídico y objeto de la acción³⁰³, puesto que el substrato empírico del bien jurídico no siempre se identificará con el objeto de la acción, y ello ocurre cuando el resultado no consiste en el efecto externo de la acción que el tipo describe (objeto de la acción), sino en la lesión al substrato del bien jurídico a cuya protección sirve el bien jurídico lesionado³⁰⁴. En estos casos puede llegarse a una conclusión errónea considerando que un delito de lesión del bien jurídico solo se configura como un delito de peligro concreto o un delito de peligro abstracto con respecto al objeto material de la acción. Lo que ocurre, como expone GIL GIL, es que en estos delitos “la estructura del peligro no se refiere al objeto material en que encarna el bien jurídico, sino a un objeto- el objeto de la acción- que puede constituir el sustrato material de otro bien jurídico a cuya protección o complementación sirve el bien jurídico lesionado (generalmente el lesionado será un bien jurídico colectivo) o que ni siquiera constituye el objeto material de ningún bien jurídico”³⁰⁵.

3.3. Bien jurídico y delitos de peligro: delitos de resultado de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Decíamos que la distinción entre “resultado en sentido valorativo” y “resultado en sentido material” permitía explicar la diferencia entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, constatándose que también en los primeros existía una lesión o peligro para el bien

ÁLVAREZ, Fernando. *Contribución al estudio de las categorías de “objeto material” del delito y de los delitos de “mera actividad” al hilo del concepto de resultado en derecho penal*, ejemplar mimeografiado, Univ. de Salamanca, 1995.

²⁹⁹ Así, MIR PUIG, S. 1996, p.139,

³⁰⁰ HUERTA TOCILDO, 1984, pp.24 y ss., GIL GIL, 1999, p.161.

³⁰¹ GIL GIL, 1999, p.161.

³⁰² MIR PUIG, 1996, p.139.

³⁰³ Así, MIR PUIG, S. 1982, p.765; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *DP.PG.*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, p.275, GIL GIL, A. 1999, p. 163.

³⁰⁴ Cfr. GIL GIL, 1999, pp.162 -164. Se trata por tanto, de acuerdo a lo que la autora expone de un “resultado neutro”, entendiendo por tal aquel resultado en sentido material que no se identifica con la lesión del objeto de tutela penal. En contra de esta opinión LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp.159 y ss. Cfr. GIL GIL p.162, nota 17.

³⁰⁵ GIL GIL, 1999, p.164.

jurídico. A su vez en los delitos de resultado material se requería una “lesión” al bien jurídico o un peligro para el mismo pudiendo entonces arribarse a la categoría de “delitos de resultado de peligro concreto”³⁰⁶.

Partiendo de la base del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos entendemos que el concepto de peligro tiene una doble fundamentación: normativa y empírica³⁰⁷. La naturaleza normativa del concepto de peligro³⁰⁸ arranca de la constatación de que éste solo existe en referencia al bien jurídico, de donde resulta que el ámbito de punibilidad del derecho penal debe extenderse a los “estados peligrosos para los bienes jurídicos, que a su vez son sintetizados por la norma y objeto de interpretación jurídica”³⁰⁹. Al mismo tiempo el concepto de peligro arranca de una constatación empírica y que se traduce en reglas de experiencia, una regla de frecuencia que a su vez es sintetizada por el tipo penal: “el tipo penal de peligro- subraya MÉNDEZ- no hace otra cosa que recoger una regla de experiencia: se penalizan ciertas acciones que provocan resultados de peligro porque, precisamente en estos casos, se ha demostrado que la lesión es frecuente, se trata, por tanto, de reglas de experiencia o de conducta en abstracto”³¹⁰.

En los *delitos de peligro concreto* el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión, un “estar *a punto* de causar la lesión”³¹¹, pudiendo definirse como “aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo de modo que, para que pueda hablarse de realización típica, se exige la demostración de que efectivamente se produjo la situación de riesgo”³¹². En cambio, en los *delitos de peligro abstracto* no se exige este resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta³¹³. Pueden definirse como “aquellos en que solo se exige la realización de la conducta prevista en el tipo- como peligrosa- sin que sea precisa la puesta en peligro concreta del bien jurídico”³¹⁴. Por esta razón la afección al bien jurídico es mayor en los delitos de peligro concreto que en los delitos de peligro abstracto.

La doctrina mayoritaria entiende que el peligro es una categoría que relaciona el comportamiento con el resultado negativamente valorado, en tanto relación de posibilidad o probabilidad de lesión al bien jurídico³¹⁵. Partiendo de la base que las relaciones entre el

³⁰⁶ En este sentido GIL GIL, 1999, p.161, siguiendo a CERESO MIR, Curso de DP. Español PG., Tecnos, Madrid, 1997, p.100.

³⁰⁷ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, J. “*Los delitos de peligro*”, en *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pp. 323-340, esp. p. 323. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, UCM-CEJ, Madrid, 1993, pp.117 y ss. En contra LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlín, 1967, p.20 para quien el peligro es un concepto puramente normativo. Citado por MÉNDEZ, C. 1993, p.117 nota 144.

³⁰⁸ Sobre el concepto de peligro, ampliamente MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. 1993, pp. 49 y ss. Para un panorama actual sobre el concepto de peligro en la doctrina alemana y española, ampliamente CARO CORIA, Dino C. “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos colectivos*” en ob. cit. 1999, pp.438 y ss., y ob. cit. 1997, pp. 347 y ss.

³⁰⁹ MÉNDEZ, C. 1993, p.117. Similar, DE LA CUESTA AGUADO, M^a Paz, *Respuesta penal al peligro nuclear*, Edit. PPU, 1994, p.124.

³¹⁰ MÉNDEZ, C. 1993, p.118.

³¹¹ MIR PUIG, S. 1996, p.209.

³¹² DE LA CUESTA AGUADO, M. 1994, p. 131.

³¹³ MIR PUIG, S. 1996, p.209.

³¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, M. 1994, p.132.

³¹⁵ La doctrina mayoritaria en España opta mas bien por utilizar el término “probabilidad” que alude más bien a la proximidad con la lesión al bien jurídico, en tanto que la “posibilidad” o mera posibilidad de alcanzar un resultado lesivo se referiría a un estado potencial. Cfr. CARO CORIA, D. 1999, pp.448 y ss., 1997, p.356. En nuestra opinión la diferencia entre ambos términos es tan solo aparente ya que en última instancia ambas dicen relación con esa “cercanía” de alcanzar el resultado lesivo, tanto es así que, como describe CARO, existen teorías eclécticas en las que se admite que en algunos casos deberá hablarse de “probabilidad” y en otros bastará la “mera posibilidad”. Cfr. CARO, D. 1999, pp.449-450, 1997, p.357.

hombre y la realidad se construyen sobre criterios de probabilidad, debe aceptarse que el peligro es “una categoría doblemente relacional” ya que ha de considerársela en cuanto juicio de valor y juicio de probabilidad”³¹⁶, de donde resulta que *el peligro concreto* puede definirse como “la probabilidad de producción efectiva de un daño inherente a la realización de una determinada acción”³¹⁷.

El *peligro abstracto*, en cambio, no exige este grado de cercanía con la lesión al bien jurídico, sino que basta con la peligrosidad de la conducta, “peligrosidad que se supone inherente a la acción”³¹⁸, razón por la cual un sector doctrinal ha postulado una especie de “presunción de la existencia del peligro” que privaría a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo³¹⁹, con las consecuencias que ello supone a las garantías del principio de legalidad³²⁰. En este sentido, y como señala DE LA CUESTA AGUADO³²¹, los delitos de peligro abstracto se han constituido en un “cajón de sastre para todo aquello que no es delito de peligro concreto ni delito de lesión”. Sin embargo, como sugiere MIR PUIG, aquí no se trata de una ausencia del peligro, ya que tanto los delitos de peligro concreto (delitos de resultado de peligro por la proximidad de la lesión³²²) como en los delitos de peligro abstracto (delitos de mera actividad peligrosa³²³) se exige “que no se excluya previamente todo peligro”³²⁴. El problema se reduce más aún si la norma contempla suficientes condiciones objetivas de punibilidad como para que la incriminación quede condicionada por la producción de un daño efectivo³²⁵, o si se contemplan elementos subjetivos constituidos por la intención o propósito de afectar al bien jurídico protegido, o si en los criterios normativos que se tienen en consideración para determinar la probabilidad del peligro cuentan con datos “ontológicos o nemológicos”³²⁶.

Lo que no puede admitirse es la construcción de tipos penales de peligro abstracto en los que la existencia del peligro concreto sea irrelevante en el plano objetivo y subjetivo, ya por ausencia de condiciones objetivas de punibilidad o de un especial elemento subjetivo de lo

³¹⁶ Así BUSTOS, J. *Los delitos de peligro*, ob. cit. 1987, p.324, para quien el concepto de peligro es una categoría relacional...en cuanto relación de valor y en cuanto relación de probabilidad”.

³¹⁷ COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN. *DP. PG.*, 4ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, 1996, p. 301. En sentido similar MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.* 1996, p.320, para quienes el concepto de peligro es un concepto normativo “en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después de esa lesión de hecho no se produzca”.

³¹⁸ MIR PUIG, S. 1996, p.210.

³¹⁹ BUSTOS, J. *Los delitos de peligro*, ob. cit. 1987, p.327.

³²⁰ La crítica a la categoría de los delitos de peligro abstracto ha sido incardinada en el paradigma de la “sociedad de riesgos”, y ha sido una contribución al derecho penal moderno por parte de la Escuela de Frankfurt. HASSEMER fue uno de los primeros en proporcionar líneas en esta crítica al “derecho penal del riesgo”, y fue seguido por HERZOG y PRITTWITZ, que concretan su teoría. Mas tarde en esta línea ALBRECHT, ZACYCK, discípulo de WOLFF, y en cierta medida por KINDHÄUSER. Ampliamente sobre este tema CARO, D. 1999, pp. 400- 541; 1997, pp.312-432; MÉNDEZ, C. 1993, pp.129 y ss.

³²¹ DE LA CUESTA AGUADO, M. 1994, p.134.

³²² DE LA CUESTA AGUADO, M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Edit. Tirant Lo Blanch, 1999, pp.112-113.

³²³ DE LA CUESTA AGUADO, M., 1999, p.114.

³²⁴ MIR PUIG, S. 1996, p.210.

³²⁵ BUSTOS, J. “*Los delitos de peligro*”, ob. cit. 1987, p.327. Así ocurre por ejemplo en el art. 352 del CP chileno en el que se sanciona el abandono de un cónyuge o ascendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado condicionando la imposición de pena a que el abandonado sufre lesiones graves o muriese a consecuencia del abandono. Distinto es el caso de la figura básica del abandono de niños en el que no se exige ninguna condición objetiva de punibilidad sino un elemento descriptivo del tipo: “el que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo” (art. 346).

³²⁶ En esta postura CARO CORIA, D. 1999, pp. 449 y ss., 1997, pp.357 y ss. El conocimiento ontológico se refiere al conocimiento de la situación de hecho en la que se realiza la acción a enjuiciar en tanto que el conocimiento nomológico se relaciona con las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia según las cuales pueda inferirse que una acción ejecutada de una determinada manera y bajo determinadas circunstancias pueda producir la lesión al bien jurídico.

injusto³²⁷. Es decir, no puede admitirse que en los delitos de peligro abstracto “falte el tipo” cuando se pruebe que a posteriori no resultó peligro concreto, ya que ello haría irrelevante la distinción entre delitos de peligro concreto y abstracto desde que se exige en los primeros desde que exigen un “resultado de proximidad a la lesión al bien jurídico”³²⁸.

La categoría de delitos de peligro abstracto cobra mayor significación cuando se trata de bienes jurídicos colectivos y ha servido como caballo de batalla a la doctrina del individualismo monista de la Escuela de Frankfurt, para su crítica en torno a la protección penal de bienes jurídicos colectivos dada la dificultad de concreción de éstos³²⁹. La verdad es que si los delitos de peligro abstracto se definen en relación con el bien jurídico, y consisten en “delitos que se consuman formalmente sin que el bien jurídico haya corrido peligro o sufrido lesión, y se castiga la mera peligrosidad de la acción”³³⁰, peligrosidad, que se presume inherente a la acción a través de la cual se concreta la conducta peligrosa, hay que excluir de la categoría de peligro abstracto a los delitos en los que el tipo no exige un resultado sobre un objeto material pero sí un desvalor de resultado consistente en la lesión de un bien jurídico, lo que ocurrirá siempre que se considere que el bien jurídico colectivo tiene un carácter complementario respecto de los bienes jurídicos individuales³³¹. La regla general es que se incurra en la introducción de delitos de peligro abstracto cuando el peligro se pone en relación con el bien jurídico complementado, y no en relación con el bien jurídico colectivo, ahondado muchas veces por la circunstancia de que se tiende a identificar bien jurídico colectivo con un derecho subjetivo³³². Pero si entendemos que los bienes jurídicos colectivos en la medida que se encuentren debidamente caracterizados tienen la aptitud para ser lesionados y son, por tanto, merecedores de protección penal ya no es necesario introducir la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto, porque al existir una mayor delimitación de los objetos a través de los cuales éste puede ser lesionado o puesto en peligro, pueden construirse delitos de lesión o de peligro concreto³³³ (ver infra epígrafe II.2).

II.- CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO. TOMA DE POSICIÓN.

Nuestro punto de partida arranca de la concepción del sistema jurídico en cuanto conjunto diferenciado de reglas jurídicas cuya compleja estructura necesariamente ha de reflejar la relación social, de donde surge que “pena, sistema jurídico (normas y reglas jurídicas) y bien jurídico, aparecen así, indisolublemente ligados, con lo cual el derecho pasa a ser algo real y no

³²⁷ Cfr. BUSTOS, J. “*Los delitos de peligro*”, ob. cit. 1987, p.328.

³²⁸ MIR PUIG, S. 1996, p.210.

³²⁹ Así HASSEMER, W. “*Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*”, en DDDP, núm.1, 1984.; “*Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, NFP,Nº 51, Año X, 1991, pp. 17-30; “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, en DP, 1989, pp.275 - 285. Mas ampliamente en párrafo II: *Contenido material del bien jurídico en los delitos de terrorismo. Toma de posición. Epígrafe 2.*

³³⁰ Así CEREZO MIR, J. 1997, p.111; GIL GIL, A. 1999, p.165.

³³¹ Así BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, en *Control Social y Sistema Penal*, Edit. PPU, Barcelona, 1987, pp. 181-203, esp. p.197-198, con quien concordamos. En el mismo sentido PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “*Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*”, en CPC Nº39, 1989, pp.723-748, esp. p. 741, TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, Edit. Ariel, Barcelona, 1985, p.36, MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Ed. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1997, p. 31. MAQUEDA ABREU, M.L. “*La idea de peligro en el moderno derecho penal*”, en AP, 1996, p.492, LAURENZO COPELLO, P. ob. cit.,1992, p.p. 120-121; MÉNDEZ, C. 1993, pp.32 y ss., 159-160; CARO CORIA, D. 1999, pp. 517-518, 1997, pp.412- 413; GIL GIL, A. 1999, p.167.

³³² BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob.cit. 1987, p.198.

³³³ En este sentido para DE LA CUESTA, el abandono del tradicional concepto residual de delitos de peligro abstracto conllevaría a que el adelantamiento de la protección penal, mediante el recurso a tipos de peligro, podría optar entre utilizar *delitos de peligro que constituyen delitos de resultado*, en la medida en que es necesaria para la consumación del delito la efectiva puesta en peligro de los objetos de protección, y delitos de “*peligro hipotético*” (categoría intermedia entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto). DE LA CUESTA, 1999, pp.116-117.

una mera abstracción o una categoría puramente racional”³³⁴. Al concebir el derecho penal como un medio de control social formalizado, destinado a ordenar la vida en sociedad, en su carácter de última ratio, nuestra postura busca el contenido material del bien jurídico en la realidad social, entendida como base de la criminalización, que no es sino “un poder de definición a partir de determinados intereses”³³⁵.

Si entendemos que las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad³³⁶ es válido afirmar que el concepto de bien jurídico surge de una determinada concepción del poder político y que la adquisición de un contenido material del mismo va pareja a la historia de la transformación del Estado. De ello se desprende que el bien jurídico tiene y ha tenido un carácter marcadamente ideológico³³⁷, fruto de la evolución histórica, de las condiciones económicas y políticas así como de las concepciones éticas que predominan en la sociedad. En general, al mediar la ideología como elemento que tiñe los conceptos que el ordenamiento jurídico positiviza, y por tanto el de bien jurídico, se descubre que ha sido este factor el que ha conducido a proteger “jurídicamente”, las mas de las veces, los intereses de las clases o sectores dominantes³³⁸, disfrazándoles como “interés general de la sociedad” en cuanto justificación de la protección penal. El interés general aparece entonces como “una categoría ideológica nacida de la generalización del interés privado”³³⁹.

Puesto que el derecho penal nace de una política criminal que ha de ser entendida como “política de transformación social e institucional en sentido amplio”³⁴⁰, los tipos penales que se construyen no pueden ser opuestos a ella, y la construcción de un derecho penal mínimo en lo material y en lo formal supone una depuración de los objetos de protección penal, “lo ‘mínimo’ ha de manifestarse también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal”³⁴¹. Se trata de arribar a un concepto material de bien jurídico que realmente exprese lo que protege el Estado a través del derecho penal y que permita una revisión crítica del derecho penal vigente. Para llegar a este punto es necesario tener clara la distinción entre lo que es el contenido material del bien jurídico, esto es, las relaciones sociales (lege ferenda) y el concepto jurídico del mismo (lege lata), esto es, dentro de la teoría del delito. La síntesis de ambos va a determinar que el concepto penal de bien jurídico no hace sino expresar una relación dialéctica entre realidad social y valoración jurídica. Dicho de otra manera, el contenido material del bien jurídico es la realidad social que se pretende proteger y el concepto de bien jurídico es esta realidad pero valorada³⁴².

1.- El contenido material del bien jurídico: las relaciones sociales en conflicto.

La sociedad es un sistema concreto de relaciones entre “personas” cada una con sus condicionamientos, y los individuos se realizan como personas dentro del sistema social en la medida que son capaces de establecer relaciones sociales³⁴³. Estas relaciones sociales se rigen

³³⁴ BUSTOS, J.1984, p.64.

³³⁵ En este sentido, ZÚÑIGA, L. 1993, pp.43 y ss.

³³⁶ OCTAVIO DE TOLEDO, 1990, p.11

³³⁷ Así, HORMAZABAL, H. 1991, MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. DP.PG. ,1996, p.60, y BUSTOS, J.1984, p.63, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, pp. 59-60.

³³⁸ Coincidimos con MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. DP.PG. ,1996, p.60. En contra HORMAZÁBAL, H. 1991, p.139 para quien no constituye una teoría del bien jurídico la que señala que el derecho penal protege “los intereses de la clase dominante” o una “condición de convivencia social”. Ellas son, a su juicio, tan insuficientes como las teorías sociales que les sirven de referente.

³³⁹ TERRADILLOS, J.1981 a), p. 131

³⁴⁰ BARATTA, A. 1978, p. 50.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992, pp. 38-39.

³⁴² ZÚÑIGA, L.1993, p.46.

³⁴³ “La esencia del hombre- dice HORMAZÁBAL- solo existe dentro de la relación social, en la unidad del hombre

por las leyes de la dialéctica, en el sentido que la confrontación de intereses contrapuestos va a determinar la existencia de procesos de tesis, antítesis y síntesis³⁴⁴.

En el modelo de sociedad vigente, supuesto que es nuestro punto de partida para el análisis, aparecen como determinantes las relaciones sociales económicas (relaciones de mercado), toda vez que nos encontramos en una sociedad capitalista en su fase de Estado de Bienestar bajo la forma de Estado social y democrático de derecho, en la que se mantiene la contradicción básica entre capital y trabajo asalariado³⁴⁵. Las relaciones de mercado (estructura económica de la sociedad) condicionan el conjunto de instituciones políticas, jurídicas y económicas (superestructura ideológica y política), y ambas se encuentran interrelacionadas dialécticamente. El bien jurídico tiene su origen en este sistema de relaciones sociales (estructura social democrática) y en tanto, relación social indudablemente queda afectada por la ideología, entendiéndose por tal “una concepción del mundo que se corresponde a la de la clase hegemónica” y que “justificaría racionalmente el control social mediante la coerción y la persuasión produciendo el consenso”. Pero a la vez ocultando la verdadera naturaleza de las relaciones sociales que se protegen por el derecho penal, y que materialmente se identifican con los intereses de las clases hegemónicas, es decir, ampara “una situación de privilegio social, cultural, político y económico de una clase sobre otra”³⁴⁶.

Encontrándonos en este ámbito, superestructura, al cual pertenece la ideología, nos encontramos con que el bien jurídico va a ser expresión a nivel normativo de una sociedad democrática en la que el derecho penal tiene un carácter de última ratio, apareciendo como una “síntesis normativa” que surge de la contradicción (a nivel normativo) que se produce en el sistema de relaciones jurídicas entre el derecho penal entendido como coerción y la afirmación constitucional de los derechos fundamentales³⁴⁷. Esquemáticamente podríamos decir:

TESIS	ANTITESIS
Coerción jurídica	Negación de la coerción
Derecho Penal	Afirmación jurídico constitucional de los derechos y libertades del individuo
SINTEISIS Bien Jurídico	

Recapitulando, el bien jurídico en cuanto producto social es un producto histórico, porque va a depender de las condiciones específicas de la estructura económica que, a su vez, determinan las de la superestructura jurídico penal (parte de la superestructura ideológica y política), y en un Estado democrático surge de los procesos de discusión y participación de los individuos que integran la sociedad. De esta suerte, en el plano dogmático, el tipo no va a agotarse en la “acción” realizada, sino que será continente de una relación social concreta y dialéctica, esto es, el tipo es continente de “una relación social que niega la relación social

con el hombre, no como individuo aislado, sino como un hombre en sociedad, siendo un sujeto determinado y determinante dentro de ellas”. HORMAZÁBAL, H. 1991, p.145.

³⁴⁴ Es este choque de intereses el que excluye la posibilidad de que los hombres lleguen a un acomodamiento permanente, y es en la antítesis de esa paz permanente entre los hombres donde, como explicaba MARX, reside el motor del progreso (síntesis).

³⁴⁵ Esta contradicción básica es la causa de los mayores conflictos sociales y que se circunscriben a la lucha de clases entre los dueños de los medios de producción y los poseedores de la fuerza de trabajo. Se trata de un sistema en el que el hombre es mediatizado a través de su fuerza de trabajo para cumplir con el fin de la acumulación capitalista. ZÚÑIGA, L. 1993, p.56. Mas ampliamente Supra Capítulo I.

³⁴⁶ HORMAZÁBAL, H. 1991, p.147; en igual sentido en ob.cit. 1984, p. 335.

³⁴⁷ HORMAZÁBAL, H. 1991, p. 144, 1984, p.343, BUSTOS, J. 1984, p.63, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.I, p. 59.

concreta protegida por la norma penal, el bien jurídico”³⁴⁸. En el caso que nos ocupa, los delitos de terrorismo, es evidente que por ejemplo, en el homicidio terrorista, el tipo no se agota en la acción de matar, sino en la trascendencia o ataque que esto supone para las relaciones sociales concretas de convivencia democrática, que presuponen el respeto a los derechos humanos.

Así concebido, el bien jurídico está en condiciones no solo de legitimar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sino de legitimar el derecho penal mismo en el Estado democrático, porque es la concreción de un proceso democrático real. Concebido como una relación social concreta y dialéctica indudablemente reconocerá la relatividad y dinamicidad del sistema democrático, configurándose a la vez como un concepto crítico capaz de poner a revisión el sistema. Esto porque no debe limitarse tan solo a los bienes jurídicos sino también al modo de protegerlos, cumpliendo a la vez una función político criminal capaz de discernir cuáles de entre todos los bienes existentes deben protegerse por el derecho penal y cuales no.

2.- El carácter plural del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo. Bienes jurídicos colectivos e individuales.

La relación o relaciones sociales concretas y dialécticas (contenido material) que las normas penales sobre terrorismo pretenden satisfacer, son aquellas estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema social elegido, que exigen la protección de bienes jurídicos. Su transgresión afecta no tanto a la persona individual como a la comunidad toda, entendida como “sistema social que constituye la agrupación de varios individuos”³⁴⁹. Es cierto que cuando se cometen delitos de terrorismo se ven vulnerados bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad, la libertad, etc., empero, es la agresión a la convivencia pacífica de las personas asegurada por un cierto orden social (jurídicamente, orden constitucional), lo que da fundamento al injusto. Se trata, por tanto, de bienes jurídicos que la doctrina ha designado como colectivos, supraindividuales, universales o sociales, y que también pertenecen al individuo en la medida que constituyen una exigencia o imperativo de satisfacción de necesidades humanas³⁵⁰.

Es quizá la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que se ven lesionados o puestos en peligro lo que ha llevado a gran parte de la doctrina a concebir que no existe un objeto de tutela penal específico que pueda proporcionar un criterio técnico de tipificación de delitos de terrorismo, sino que se trataría de varios bienes jurídicos ubicados en planos diversos³⁵¹. Así, para DEL BARRIO y LEÓN REYES, en Chile, en un primer plano se encontrarían los bienes jurídicos individuales (vida, libertad, etc.). En un segundo plano se encontrarían los bienes jurídicos de carácter general, la seguridad y el orden público. En un tercer plano se encontraría “la organización del Estado constitucional y democrático, cuyo sistema político se pretende modificar en algún sentido” reconociendo en este bien jurídico mas bien la función de “móvil del sujeto”³⁵². Concluye este sector doctrinal señalando que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe referirse a *la seguridad y orden públicos*, es decir,

³⁴⁸ “La relación entre norma y tipo- explica HORMAZÁBAL- es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma el bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma”. HORMAZÁBAL, H. 1991, p.153.

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.*, 1996, p.59.

³⁵⁰ Esta afirmación no significa que adoptemos los criterios del monismo individualista que se plasman en la teoría personalista del bien jurídico, como más adelante veremos. Cabe destacar que MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN parecen apuntar a una idea similar a la aquí sostenida, pero enfocada desde una perspectiva distinta: “La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste puede autorrealizarse”. *DP.PG.*, 1996, p.59.

³⁵¹ En esta postura la doctrina chilena DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp.200-201, y un sector de la española: EBILE, J. *Delito de Terrorismo: su concepto*. Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 126 y ss.

³⁵² DEL BARRIO Y LEÓN REYES. 1991, p.201.

acepta que se trata de un bien jurídico de carácter colectivo. A una conclusión semejante, llega BUENO ARÚS³⁵³, indicando que el terrorismo afecta: a) la seguridad del Estado, en la medida que vulnera o pone en peligro el régimen político imperante, la forma de gobierno, la estabilidad y el normal funcionamiento de los órganos del Estado, b) el orden constitucional, desde que tratan de alterar el orden constitucional por la vía de la violencia, c) el orden público, entendido tanto en cuanto seguridad del Estado como seguridad ciudadana y, paz social u orden en la calle, en cuanto son los bienes que se ven afectados por el resultado de alarma o terror, y d) bienes individuales (vida, integridad corporal, libertad y propiedad).

En nuestra opinión, no puede desconocerse que existe una afección tanto a bienes jurídicos colectivos como individuales, y en ese punto específico concordamos con la doctrina citada. La persona que mata o secuestra, por una idea política, altera las normas de convivencia democrática (concretadas en el orden constitucional) creando una inseguridad en la población, y además y priva de la vida, o libertad a una o más personas. Es decir, encontramos *en primer lugar* que la afectación se produce a un *bien jurídico de naturaleza colectiva*, ya que entendemos que la diferencia entre delitos comunes y delitos de terrorismo, como delitos de nomen iuris propio, se encuentra en la capacidad de estos últimos para ofender a la comunidad toda³⁵⁴. *En segundo lugar*, los delitos de terrorismo, supuesto que en su realización toman la forma de delitos comunes, se afectan *bienes jurídicos individuales*, entendiendo que se les utiliza como *instrumento* para lesionar otros bienes jurídicos – colectivos- de mayor relevancia³⁵⁵.

Lo anterior no significa que consideremos que en los delitos de terrorismo exista como objeto de tutela penal “bienes jurídicos intermedios”, esto es, supuestos en los que el legislador da una cabida simultánea a la protección de bienes jurídicos de orientación individual y colectiva, ya que entendemos junto con MATA Y MARTÍN³⁵⁶ que no puede extenderse ilimitadamente la categoría de bien jurídico intermedio a cualquier presencia plural de bienes jurídicos. Los bienes jurídicos intermedios deben pertenecer al círculo de los intereses de la comunidad pero no al ámbito de los intereses del Estado³⁵⁷, y entendiendo que reconocemos en el terrorismo una finalidad política, cabe insistir en la idea de que los que cometen delitos de terrorismo, al utilizar procedimientos que se apartan de los canales de participación democrática, alteran la convivencia pacífica, la tranquilidad de los habitantes de una comunidad organizada bajo un sistema democrático *material*. Por otra parte, la relación medial que se establece entre bien jurídico colectivo y bien jurídico personal, en el caso de los bienes jurídicos intermedios, es inversa a la que aquí hemos sostenido. En el caso de los bienes intermedios “la lesión o puesta en peligro del *bien colectivo* (intermedio) *es medio* o paso previo necesario para la lesión o puesta en peligro del bien individual”³⁵⁸. Luego, entendemos que el bien jurídico capaz de dar fundamento al injusto penal en los delitos de terrorismo debe circunscribirse a los de naturaleza colectiva.

La protección de los llamados *bienes jurídicos colectivos* se ha convertido en un tema fundamental de la política criminal, y ha sido la dificultad en su determinación lo que ha desencadenado una discusión doctrinaria en relación a la viabilidad de su protección mediante el

³⁵³ BUENO ARÚS, F. “*Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*”, en AA.VV. *Terrorismo Internacional*, dirig. Por Salustiano del Campo, ICI, Madrid, 1984., p.119.

³⁵⁴ Como señala QUINTANO RIPOLLÉS, los delitos de terrorismo persiguen en su finalidad última, una agresión a sociedad, realizada mediante la ejecución de actos violentos y riesgosos, que se encuadran dentro de una “guerra de exterminio”, guerra que indudablemente acarrea muerte, homicidio, lesiones, secuestros, etc., siendo esto particularmente notorio en el caso del terrorismo practicado por funcionarios del Estado. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del DP*, ob. cit. 1967, p.35.

³⁵⁵ En este sentido EBILE señala que los bienes jurídicos individuales que el terrorismo afecta son “bienes jurídicos inmediatos, cuya lesión se utiliza instrumentalmente para otro ataque más trascendente”. EBILE, J. 1985, p.126.

³⁵⁶ MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Ed. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1997, pp. 22-30, 8 y ss.

³⁵⁷ MATA Y MARTÍN, R. 1997, p.26.

³⁵⁸ MATA Y MARTÍN, R. 1997, p. 32.

derecho penal. Nos interesa digresionar en este punto para intentar despejar dudas en torno a la viabilidad del concepto mismo de bien jurídico para incluir intereses colectivos, en este caso, en los delitos de terrorismo, recordando la función crítica que ha de cumplir el bien jurídico posibilitando su revisión. Esta discusión ha estado marcada por las tres grandes visiones doctrinales sobre el ilícito penal. Para la *teoría monista* este tipo de bienes reconducen la función del derecho penal en primer lugar a la protección del sistema social en su conjunto, y solo dentro de él, y en segundo lugar al individuo ya que los bienes jurídicos individuales son atribuciones derivadas de las funciones del sistema social³⁵⁹. Para la *teoría personalista*, o teoría monista individualista, que es la que propiamente elabora una teoría del objeto de tutela penal, los bienes jurídicos universales o colectivos solo son legítimos en cuanto sirvan al desarrollo personal del individuo³⁶⁰. Las *teorías dualistas* ubican en un mismo plano a los bienes jurídicos colectivos y a los individuales³⁶¹.

La crítica doctrinal (especialmente de sectores del individualismo monista) alude a razones técnicas y político criminales para rechazar la naturaleza penal de los bienes jurídicos colectivos, razones que podemos describir en tres grandes bloques³⁶²:

- a) La dudosa posibilidad de sostener que el producto (relación social) de un Estado liberal y democrático de derecho sirva de fundamento material para una visión social y no individualista del ilícito penal,
- b) El favorecimiento de la introducción de la técnica de delitos de peligro, especialmente delitos de peligro abstracto, y
- c) La infracción a los principios de intervención mínima y subsidiariedad que llevan una confusión entre los límites del derecho penal y el derecho administrativo, produciéndose una hipertrofia penal. Junto con ello, la función promocional que toma el derecho penal cuando la protección penal se dirige a los bienes jurídicos colectivos.

En relación a la primera de estas objeciones, PADOVANI³⁶³ estima que no es posible sostener que el bien jurídico pueda servir de fundamento material –social del ilícito penal, toda vez que en el Estado liberal el concepto de bien jurídico tiene un origen individualista que impide fundamentar lo injusto penal cuando se trata de proteger bienes de carácter colectivo. Supuesto que los bienes se vuelcan en la persona no es posible sostener que dentro del concepto de bien jurídico se incluyeran entidades supraindividuales, y ellas no son propiamente bienes jurídicos sino “metáforas conceptuales”³⁶⁴. Algo similar pero desde una perspectiva distinta, es la opinión de SGUBBI, para quien los bienes jurídicos supraindividuales constituyen una “articulación de una vasta exigencia política de satisfacción de necesidades esenciales (y reales)

³⁵⁹ La teoría subjetivista monista del ilícito penal encontró eco en el finalismo de WELZEL y sus seguidores como KAUFFMAN, A. *Teoría de las normas*, Trad. Bacigalupo-Garzón Valdés, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1977; “*Sobre el estado de la teoría del injusto personal*”, en *NPP*, 1975, pp.159 y ss. Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 1991. También HORN y ZIELINSKI. En España en algunos sectores del funcionalismo moderado SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992, pp.362 y ss. Y en un principio MIR PUIG, S. 1994, 93 y ss., pp. 181 y ss.

³⁶⁰ Sustentada por los representantes de la Escuela de Frankfurt, W. HASSEMER y sus discípulos, quienes desde *el individualismo monista*, han elaborado desde esta perspectiva una teoría del bien jurídico y una política procesal penal. Véase HASSEMER, W. “*Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*”, en *DDDP*, 1984, núm.1, el mismo, “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, en *DP*, 1989, pp.275 y ss, el mismo “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, ob. cit, 1991. En España, MUÑOZ CONDE, F.–GARCÍA ARÁN, M. *DP.PG.* 1996, pp.60.61, HASSEMER- MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

³⁶¹ Sobre la misma véase infra epígrafe 3. *El bien jurídico y lo injusto penal*.

³⁶² En este punto nos hemos guiado por la respuesta que a tales razones dan BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, en *Control Social y Sistema Penal*, Edit. PPU, Barcelona, 1987, pp. 181-203 y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “*Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*”, en *CPC* N°39, 1989, pp.723-748.

³⁶³ PADOVANI, T. “*La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*”, en *DDDP*, 1984, núm.1, pp. 104 y ss.; en *DDDP*, 1984, núm.1, pp.114 y ss.

³⁶⁴ PADOVANI, T. 1984, p.117.

de participación en el proceso económico”³⁶⁵ transformándose en una instancia de antagonismo a las posiciones económico jurídicas dominantes, expresivas de la necesidad de igualdad y libertad. A su juicio, el concepto liberal o individual del bien jurídico no está en condiciones de solucionar esta dicotomía, de manera tal que no puede servir como fundamento de lo injusto a menos que se cree un nuevo concepto alternativo y que plasma en la *teoría de los intereses difusos*³⁶⁶.

En una crítica similar a la formulada por Padovani, HASSEMER³⁶⁷ desde el individualismo monista de la Escuela de Frankfurt, duda de la eficacia del concepto de bien jurídico para la protección de intereses colectivos, ya que “los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito (terrorismo, entre otros) son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer”³⁶⁸. La protección de bienes jurídicos universales, a juicio del individualismo monista, tiende a degradar el carácter de última ratio del derecho penal ya que posibilita una mayor intervención estatal, hasta llegar a una ampliación o anticipación de los límites de la punibilidad mediante la creación de *delitos de peligro abstracto*, que no hacen sino disolver la función del bien jurídico, ya que no aparecen ligados al principio de responsabilidad por el hecho, ni al de lesividad. Entonces, para HASSEMER la creación de nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos universales, conceptualmente vagos, trae aparejada una expansión incontrolada del derecho penal, de manera tal que debe ser reducido a un “derecho penal nuclear”³⁶⁹. Por ello es que este autor plantea una *concepción personal del bien jurídico*, como concepto crítico, exigiendo extremar el cuidado en la introducción de los bienes jurídicos colectivos renunciando a la criminalidad anticipada³⁷⁰, la existencia de un daño efectivo, la adaptación de la criminalización a la técnica de tutela, y una descripción precisa del bien jurídico protegido.

De ahí se deriva asimismo su *concepción personal de los bienes jurídicos universales*, que discurre sobre la base de su funcionalización desde la persona aceptándolos solamente “con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre”³⁷¹. En esta concepción lo que prima es el concepto de “valor socialmente reconocido” que debe manifestarse en la repetición de la lesión del bien, la intensidad de necesidad en relación al mismo y la alarma social que provoca la lesión³⁷². HASSEMER pone entonces en un primer plano a los bienes jurídicos individuales y reduce la tutela penal y delimitación de los bienes jurídicos universales sobre la base de la función de la protección de individuos³⁷³. En esta línea propone como criterios orientadores de la política criminal³⁷⁴: a) una jerarquización de los bienes jurídicos, en la que los bienes universales encuentran su legitimación en los individuales y su protección penal depende de mandatos especiales. La protección de bienes jurídicos universales debe

³⁶⁵ SGUBBI, F. “*Tutela penale di ‘interessi diffusi’*”, en *QC*, año I, n°3, 1975, p. 439. Cit por BUSTOS, J. 1987, p. 188.

³⁶⁶ El interés difuso es aquel “presente en modo informal y propagado a nivel masivo en ciertos sectores de la sociedad, con un control sobre el desarrollo de las posiciones jurídico económicas dominantes, todavía excluidas a la participación”. SGUBBI, F., 1975, p.439. Se trata de una “alternativa” a la categoría tradicional del derecho subjetivo que ha informado el derecho penal, ya que el bien jurídico no es mas que “una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatístico de derecho subjetivo”. Cfr. BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob. cit. 1987, p.188.

³⁶⁷ HASSEMER, W. 1984, pp. 104 y ss.

³⁶⁸ HASSEMER, W. “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, ob. cit, 1991, p. 27.

³⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.18.

³⁷⁰ No se trata, por tanto, de una renuncia clara a la introducción de bienes jurídicos universales, como interpreta PORTILLA (1989, p.737), sino de extremar el cuidado en el reconocimiento de su naturaleza penal.

³⁷¹ HASSEMER, W. “*Lineamientos de una teoría personal...*”, ob. cit. 1989, p.282.

³⁷² PORTILLA, G. 1989, p.737. En opinión de PORTILLA, Hassemer, basado en criterios racionales de política criminal pretende un concepto de bien jurídico encuadrado dentro de los lineamientos sociológicos en que se desarrollan las teorías funcionalistas de los sistemas sociales.

³⁷³ SCHÜNEMANN, B. 1996, p.18.

³⁷⁴ HASSEMER, W. “*Lineamientos de una teoría personal...*”, ob. cit. 1989, pp.283-285.

obedecer a razones urgentes y las modalidades de protección deben ser comparativamente benignas³⁷⁵, b) por la experiencia valorativa de la sociedad, ya que los bienes jurídicos se elaboran sobre la base de la misma según la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de la amenaza según la percepción social de la lesión³⁷⁶, y c) por la ideología social y la subsidiariedad del derecho penal en cuanto mecanismo de protección. En este sentido, subraya HASSEMER la teoría personalista del bien jurídico es mas escéptica puesto que evita la aceptación del derecho penal como “sola ratio” que es a lo que conduciría una aceptación “generosa” de los bienes jurídicos universales.

Si aplicáramos el concepto personal de bienes jurídicos universales de HASSEMER a los *delitos de terrorismo*, esto significaría que el bien jurídico no podría ser ni el orden público, ni constitucional, ni la seguridad pública, *sino la totalidad de intereses individuales que intervienen en éstos*, y tendríamos que llegar a la conclusión, como el autor hace, que los intereses colectivos que se pretende proteger no son ya lo que tradicionalmente se entiende por bien jurídico, sino objetivos de organizaciones sociales, políticas o económicas, de manera tal que el derecho penal ya no tutelaría víctimas, sino funciones³⁷⁷, o bien que los bienes jurídicos protegidos, aceptando que fueren “universales” se llevara a cabo *tan solo en interés mediato de los individuos afectados*. Por lo demás y como subraya SCHÜNEMANN, la funcionalización individualista de la Escuela de Frankfurt lleva a una “perversión” del ordenamiento de bienes jurídicos, toda vez que la valoración se hace más bien en consideración a la “apetencia del individuo egoísta que a las generaciones futuras”, lo que se acentúa si consideramos que en el centro del concepto personal del bien jurídico se encuentra la propiedad³⁷⁸, interés que estimamos no debería ser considerado en los tipos penales de terrorismo, por las razones que expondremos mas adelante.

Para MIR PUIG, “solo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas sociales”, ya que solo la existencia de una “convicción social” puede determinar la intervención penal³⁷⁹. De ahí que los bienes jurídicos colectivos solo puedan ser valorados en función de su repercusión en los individuos, esto es, en la medida que condicionen su vida, ya que se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo y no al revés. La valoración de la importancia del bien colectivo exige la “comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración”³⁸⁰. Para estos autores se infringe el principio de intervención mínima cuando se protegen valores no asumidos socialmente, puesto que resulta discutible que la extensión del interés a amplios sectores de la población determine efectivamente su importancia: un interés muy difundido en la sociedad puede no afectar mas que levemente a un individuo³⁸¹. Y finalmente, se sostiene que la defensa de los intereses colectivos se fundamentaría en la función promocional del derecho penal.

³⁷⁵ Dice HASSEMER: “cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo”, OB.CIT. 1989, p. 283.

³⁷⁶ En un sentido similar MIR PUIG, señala: “la consideración social de lo que es un ‘delito’ y un ‘delincuente’ supone un juicio de desvalor correspondiente a aquel arraigo y cualitativamente diferenciado del que se atribuye a la infracción de cualquier otra clase de normas”. MIR PUIG, S. “*Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal*”, en *El derecho penal en el Estado Social y ...*, ob. cit. 1994, pp.155-156,

³⁷⁷ PORTILLA, G. 1989, p.738.

³⁷⁸ SCHÜNEMANN, B. 1996, pp.22-23. Mas ampliamente sobre la crítica al individualismo monista de la Escuela de Frankfurt, pp.15-42.

³⁷⁹ MIR PUIG, S. “*Sobre el principio de la intervención mínima...*”, en ob. cit., 1994, pp. 155-156.

³⁸⁰ MIR PUIG, S. “*Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites...*”, en ob. cit., 1994, p. 165.

³⁸¹ Con esto se corre además el riesgo de llegar a una hipertrofia del derecho penal mediante “una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo” puesto que el Estado Social puede llegar a confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. Para no caer este riesgo de hipertrofia, el derecho penal debe exigir una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo. MIR PUIG, S. “*Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites...*”, en ob. cit., 1994, p. 165. El riesgo de hipertrofia en contra del principio de subsidiariedad del derecho penal es mucho menor tratándose de los bienes colectivos que se protegen en los delitos de terrorismo. Esta crítica mas bien se da en relación a otros bienes

Coincidiendo con BUSTOS³⁸² y respondiendo a la primera objeción, que sustenta la imposibilidad de sostener una noción clara de bien supraindividual que pueda servir de fundamento al injusto, pensamos que el hecho que en el Estado liberal el concepto de bien jurídico girara en torno al individuo, no significa que se negara a priori la existencia de bienes supraindividuales, sino que al no plantearse la intervención del Estado en las disfunciones de los procesos sociales y económicos en el Estado liberal es evidente que el énfasis se hiciera en los bienes jurídicos individuales. Es cierto que los bienes jurídicos colectivos plantean problemas de delimitación, dificultad que también se observa con especial énfasis en los delitos de terrorismo (orden público, seguridad pública, paz pública, etc.), y es cierto que el concepto de bien jurídico surge en una sociedad burguesa, como dice SGUBBI, pero esto no significa que deba prescindirse del mismo, sino de “sobrepasar sus límites formales” para llegar a una concepción material del bien jurídico.

Se trata de precisar cuáles son estos bienes sobre la base de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad, y respetar el carácter de última ratio del derecho penal. Es aquí donde podría cobrar valor la afirmación de MIR PUIG en cuanto a que en un Estado Social y democrático los intereses colectivos solo importan al derecho penal en la medida que condicionen la vida de los individuos. Sin embargo, pensamos que esta idea, si bien tiende a reducir o menguar la crisis expansiva del derecho penal moderno, no es posible de sostener tratándose de los delitos de terrorismo. *Primero*, porque en los delitos de terrorismo “el condicionamiento” de la vida de los individuos que debería producir la afección a un bien jurídico colectivo, indudablemente está limitado por la poderosa influencia de los medios de comunicación, cuestión que a su vez planteará problemas de prueba a nivel procesal. Es cierto que -como dice HASSEMER³⁸³- los bienes jurídicos universales son más influenciados ideológicamente que los bienes jurídicos individuales. Evidentemente el temor a ser víctimas de delitos de terrorismo es mayor en las sociedades en las que los ataques frecuentes mediante colocación de bombas, asesinatos, etc. son manipulados por los medios de comunicación, en beneficio de quienes son sus “propietarios” o “máximos accionistas”. Independientemente del desvalor que en sí mismas tengan estas conductas, la verdad es que se introduce forzosamente este temor en la conciencia pública. *Segundo*, porque de aceptar la afección a individuos determinados, tendríamos forzosamente que legitimar actos de terrorismo, o de genocidio, cuando ellos no condicionen la vida de uno a más individuos.

En relación a la segunda objeción relativa a que la tutela penal de intereses colectivos lleva aparejada la introducción de delitos de peligro de peligro abstracto, en contra del principio de última ratio, podemos decir que la defensa de los bienes colectivos no necesariamente implica su creación, y que por el contrario la exigencia que debe hacerse- supuesto que no podemos avalar la impunidad de los ataques a intereses esenciales para la comunidad, como en el terrorismo- es la de una individualización o determinación de los mismos. Existen, como bien advierte PORTILLA, muchos bienes jurídicos colectivos, entre ellos la Seguridad del Estado y el Orden Público, que careciendo de concreción, nadie discute su condición de bienes jurídicos penales³⁸⁴. No hay necesidad de recurrir a los delitos de peligro abstracto si consideramos, como se decía, que los bienes jurídicos colectivos tienen, desde el punto de vista material, un *carácter complementario* respecto de los bienes jurídicos individuales³⁸⁵.

supraindividuales tales como la salud pública, el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, etc.

³⁸² BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob. cit. 1987, p.189-190.

³⁸³ HASSEMER, W. “*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*”, ob. cit. 1989, p.284.

³⁸⁴ PORTILLA, G. 1989, pp.740-741, ver especialmente Nota 41. Sabiamente SCHÜNEMANN advierte que la solución no pasa por las disquisiciones en torno a la necesidad o innecesidad de contemplar los delitos de peligro abstracto, sino que en evitarlos: “la anatematización del delito de peligro abstracto constituye un callejón sin salida, sólo si éste se evita...quedará abierto el camino para la necesaria aportación constructiva que la ciencia del Derecho penal debe ofrecer a la modernización legislativa”. SCHÜNEMANN, B. 1996, pp.35-36.

³⁸⁵ BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob.cit. 1987, p.197. En el mismo sentido PORTILLA, G. 1989, p. 741, MATA Y MARTÍN, R. 1997, p. 31. MÉNDEZ, C. 1993, pp.32 y ss., 159-160; CARO CORIA, D. 1999, pp.

Entendemos, siguiendo a BUSTOS, que ante el surgimiento de los bienes colectivos el bien jurídico aparece ahora como “una relación social en que se da la interrelación de los sujetos entre sí y el Estado, pero con un carácter múltiple y amplio”, esto es, con un carácter macrosocial y no solo microsocial³⁸⁶. De allí que no por el hecho de encontrarse en las relaciones de la colectividad, afectar a una “masa de individuos”, pierde su capacidad para ofrecer una base material al ilícito penal, porque la intervención del Estado debe promover la atención a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad en aras a la libertad e igualdad materiales. La introducción de los delitos de peligro abstracto nace en cuanto éstos se ponen en relación con el bien jurídico individual (bien complementado), y no en relación al bien jurídico colectivo. Si existe una debida determinación del bien jurídico colectivo, pueden introducirse tipos de lesión o peligro concreto en relación a éste, sin que sea necesario recurrir al bien complementado³⁸⁷.

Cierto es que existen bienes jurídicos colectivos de naturaleza abstracta que carecen de un objeto material en el que pueda concretarse un resultado que identifique su lesión³⁸⁸, pero ello, no debe llevar a la afirmación de que la mejor técnica de tipificación sea la de delitos de peligro abstracto, sino que habrá de definirse mas bien en qué consiste la lesión al bien jurídico en estos casos, o admitir también que la mera actividad lesiona³⁸⁹ y no solo pone en peligro estos bienes³⁹⁰.

En cuanto a la infracción al principio de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, y la hipertrofia penal que lleva consigo cuando el objeto de tutela es un bien colectivo³⁹¹, estimamos que el criterio político criminal propuesto por el individualismo monista, relativo a la jerarquización de los bienes colectivos sobre la base de la valoración social, resulta discutible debido a la ausencia de conciencia social en el ejercicio de determinados intereses. Lo que no significa que ellos se conviertan en simples actividades administrativas de escasa relevancia social³⁹². Naturalmente no nos estamos refiriendo al caso

517-518, 1997, pp.412- 413; GIL GIL, A. 1999, p.167.

³⁸⁶ El carácter microsocial del bien jurídico se refiere a su protección en relación a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y están constituidos por la persona y su dignidad, se refiere a la relación entre una persona con otra (bienes jurídicos individuales) El carácter macro social, por el contrario, determina la protección del bien jurídico en relación a los procesos o funciones que ha de cumplir el sistema (funcionamiento) para que queden aseguradas materialmente las bases del mismo , esto es las relaciones microsociales (bienes jurídicos individuales). Se trata de la relación de la persona *con otros* (bienes jurídicos colectivos). Cfr.BUSTOS, J. 1987, p.199.

³⁸⁷ Así BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob.cit. 1987, p. 198. En la misma opinión TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*, Edit. Ariel, Barcelona, 1985, p.36, MAQUEDA ABREU, M.L. “*La idea de peligro en el moderno derecho penal*”, en AP, 1996, p.492, LAURENZO COPELLO, P. ob. cit.,1992, p.p. 120-121; MÉNDEZ, C. 1993, pp.32 y ss., 159-160; CARO CORIA, D. 1999, p. 517, 1997, p.413.; GIL GIL, A. 1999, p.167.

³⁸⁸ En este sentido TERRADILLOS, J. *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, madrid, 1995, pp.51 y ss., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, UCM, Madrid, 1994, pp.300 y ss.

³⁸⁹ Ello ocurre por ejemplo con la inviolabilidad de domicilio, en cuanto concreción del derecho fundamental a la intimidad (art. 202.1 del CP español), que no siendo un bien de carácter colectivo, si sirve para ejemplificar el carácter abstracto del bien jurídico pero que es lesionado a través de la mera actividad, y no se trata de un delito de peligro. Cfr. GIL GIL, A. 1999, p.170.

³⁹⁰ GIL GIL, A. 1999, pp.169-171.

³⁹¹ PORTILLA, estima que esta crítica debiera relativizarse puesto que no es demostrable empíricamente que exista un medio más idóneo que el derecho penal para la sanción de agresiones en contra de otros bienes jurídicos tradicionales, tales como la vida o la propiedad. No es demostrable que efectivamente el derecho penal sea ineficaz para su protección. PORTILLA, G. 1989, p.740.

³⁹² En este sentido señala PORTILLA: “Difícilmente puede engendrarse la conciencia social del derecho a ejercitar las garantías económicas, laborales, etc., cuando ni han sido previamente reconocidos como derechos básicos del ciudadano junto a los derechos formales, ni tienen la categoría de esenciales por la falta de protección penal”, lo que no significa “impedir a priori su categoría de fundamentales”. PORTILLA, G. 1989, p.740. Además, si la valoración social ha de hacerse según la intensidad de la lesión y la percepción social de la misma, cabe destacar, siguiendo a SCHÜNEMANN, que el concepto personal de bien jurídico “no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión en una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico”. SCHUNEMANN, B. 1996, pp.21 y ss.

de los delitos de terrorismo, puesto que es impensable que un ataque de tal gravedad a bienes tales como el orden constitucional, el orden público, la seguridad pública, pudiera ser sancionado por la vía administrativa. Por otra parte, y en conexión con la respuesta a la primera objeción (condicionamiento de la vida del individuo por el bien colectivo), la falta de conciencia social no es un criterio que permita privar a ciertos intereses esenciales para la comunidad de su categoría de derechos fundamentales.

Cabe destacar que tratándose de la *legislación antiterrorista*, no es infrecuente el menoscabo al principio de intervención mínima ya que sobre la base de una tendencia a una ampliación progresiva del Derecho penal, en contra del minimalismo, no es difícil que la intervención penal pueda ser utilizada para favorecer una determinada coyuntura política, es decir, que el Estado intervencionista caiga “en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada” tendiendo a una “maximalización de la eficacia del poder público”³⁹³, transformándole entonces en un instrumento de manipulación política. Por último y en relación a la objeción relativa a la supuesta función promocional del derecho penal a que se llegaría de protegerse bienes colectivos, si bien es cierto que el derecho penal carece de capacidad para transformar las relaciones sociales y de producción en una sociedad, no es menos cierto que, sobre la base de los criterios de la prevención general de la pena tendentes a la defensa de los valores básicos, pueda contribuir a la estabilidad del propio sistema³⁹⁴.

De allí que sostengamos que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía propia³⁹⁵, y su entidad y contenido no depende del mayor o menor grado en que puedan afectar a los individuos. Su determinación, como decíamos anteriormente, ha de partir “de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”³⁹⁶. Y en los delitos de terrorismo el contenido material del bien jurídico - en cuanto síntesis normativa de una relación social concreta y dialéctica - se circunscribe a una relación social que sobre la base de esta satisfacción de necesidades, exige la protección de determinados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos que oscilan entre los conceptos de orden público, orden constitucional (caso español), seguridad pública (caso chileno). Antes de tomar posición respecto a cual consideramos es el bien colectivo que creemos tutelado por estos tipos penales, o cual debería ser (caso chileno) analicemos cuáles son los criterios rectores del contenido material del bien jurídico que nos permitirán arribar a una conclusión.

III.- CRITERIO DE VALORACIÓN JURÍDICO PENAL DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO. TOMA DE POSICIÓN.

Acudir a un criterio guía en la valoración del objeto de tutela jurídico penal obedece a la exigencia de determinar cuál es el fundamento de las políticas criminales que inspiran el ordenamiento jurídico en la punición de los delitos de terrorismo. La sola determinación del contenido material del bien jurídico en cuanto relaciones sociales en conflicto que exigen la protección de ciertos bienes colectivos no puede conducirnos a una explicación satisfactoria del tratamiento dogmático de los mismos en cuanto delitos de nomen iuris propio y su agravación en relación con los delitos comunes a través de los cuales se manifiesta. A la vez, este criterio guía nos servirá para contrarrestar el carácter autoritario y represivo que asume el control penal a través de la normativa de excepción en materia de terrorismo y que se enmarca dentro de la ideología de la defensa del orden y la democracia³⁹⁷, y como contrapartida atender a la función

³⁹³ MIR PUIG, S. “*Sobre el principio de la intervención mínima...*”, en ob. cit., 1994, p. 152.

³⁹⁴ Cfr. PORTILLA, G. 1989, p.741.

³⁹⁵ En contra RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. 1994, pp. 307-310, quien niega la posibilidad de que ellos resulten lesionables y como tal protegibles.

³⁹⁶ BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob.cit. 1987, p.197.

³⁹⁷ Cfr. MEDINA, C. - MERA, J. 1996, p. 353 para quienes la legitimidad de las limitaciones que el derecho penal

de motivación de la norma, esto es, motivar positivamente la conducta de los integrantes de la sociedad para fundamentar el merecimiento de pena.

Tratándose de los delitos de terrorismo, es fácil caer en la tentación de acudir a los criterios de “dañosidad social”, como paradigma para la determinación del objeto de tutela en los mismos. En efecto, los delitos de terrorismo, en cuanto delitos de carácter político que son en stricto sensu, atacan las bases de la sociedad democrática. Pero no es éste el único, ni más importante, criterio posible al que debe acudirse para determinar qué bienes pueden ser objeto de tutela penal en estos delitos. Debemos intentar una búsqueda en axiomas o postulados más generales para que nuestra tesis pueda sostenerse como una tesis general. Si consideramos solo el criterio político, esto es, la legitimidad del sistema democrático, encontraremos no pocas discrepancias toda vez que lo que para unos es democracia material, para otros será democracia tan solo formal, y por tanto, para los primeros, las conductas disfuncionales con el sistema que cumplan los requisitos exigidos en la norma serán delitos de terrorismo, y para los segundos serán delitos políticos.

Esto, como decíamos al iniciar este capítulo, es muy notorio en Chile donde quienes se enfrentaron por la vía armada a la dictadura militar fueron considerados delincuentes políticos, y favorecidos a la llegada del sistema democrático. Por el contrario, quienes han osado poner en duda la legitimidad del sistema político y no creen en la “nueva democracia protegida por los militares”, y se enfrentan a la misma por la vía violenta, han sido procesados y condenados por la legislación especial antiterrorista y otras de similar naturaleza (Ley de Control de Armas, Código de Justicia Militar, Ley de Seguridad del Estado). ¿Podemos llamarles tan livianamente “terroristas subversivos”? Por otra parte, ante el nuevo escenario político y la abierta posibilidad de que los ataques “terroristas” ya no sean patrocinados tanto por los sectores de izquierda- actualmente abatidos orgánicamente – como por futuros grupos paramilitares que pueden nacer ya en el seno de la derecha política, como en el seno del aparato institucionales que se hace absolutamente necesario determinar cuál será el criterio de valoración en la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo y mantener su carácter de delitos de nomen iuris propio, pero despojado de los criterios de la “emergencia penal”³⁹⁸.

Retomando la idea inicial, en el plano jurídico penal la utilización de los criterios de dañosidad social nos obliga a movernos en un terreno resbaladizo que nos puede llevar a la utilización del derecho penal como instrumento de represión ideológica. Es cierto, como decíamos, que las conductas de terrorismo atacan las coordenadas que la sociedad ha diseñado para su ordenación, pero también es cierto que sostener que “lo que es digno de represión penal es el ataque a las condiciones sociales necesarias para la conservación de la sociedad”, como hace el funcionalismo, es fácil que estas condiciones se entiendan restringidas al ordenamiento diseñado por un determinado sistema político. Por esto es que el criterio de la “disfuncionalidad” con el sistema no resulta suficiente como criterio determinante del ius puniendi, no explica el por qué deben sancionarse tan gravemente este tipo de conductas.

Asumir el criterio de la disfuncionalidad con el sistema significaría, en palabras de TERRADILLOS, subordinar “las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta funcional”³⁹⁹, y por tanto caer en esa “estandarización ideológica” a la que antes nos hemos referido, y entender, como SUTHERLAND, que los delitos “son conductas que prohíbe el Estado por ser dañosas para él mismo”⁴⁰⁰ con lo que tendríamos que llegar a concluir que en los delitos de terrorismo debe primar la razón de Estado y no la razón jurídica. Y lo que es peor,

impone a los derechos humanos deben reducirse a las necesarias en una sociedad democrática.

³⁹⁸ Lo que significa, en Chile, comenzar por incluirlos en el CP derogando la ley 18.314. Sobre los criterios de la legislación penal y procesal de emergencia, supra, Cap. III.

³⁹⁹ TERRADILLOS, J. 1981 a), p.134.

⁴⁰⁰ SUTHERLAND, E.H. *White-Collar crime*, Nueva York, 1969, p.31. Cit. por TERRADILLOS, J. 1981 a), p.134.

llegar a una situación de status quo en la que no se avista ningún tipo de solución supuesto que la regla político criminal es suprimir lo disfuncional y potenciar lo funcional. Con esto no se hace sino consolidar sin límite la situación presente⁴⁰¹, esto es, que a pesar de existir una normativa destinada a reprimir los delitos de terrorismo, éstos sigan perpetrándose por las organizaciones “disfuncionales al sistema”. En esto se encierra claramente el problema con el que iniciamos esta investigación: la legitimidad del sistema político en el que estas conductas se perpetran.

Así es como parece ser que se conciben los delitos de terrorismo en la legislación española cuando de ella podría inferirse que el bien jurídico protegido es “el orden constitucional”. Sí, el orden constitucional, pero no entendido como el “supremo valor” al que hay que acudir, sino como continente de otros valores superiores, concreción positiva de derechos subjetivos. Por ello creemos, en términos generales, que en esta búsqueda de postulados mas generales en los delitos de terrorismo, es necesario acudir al criterio de los derechos humanos como guía en la determinación de los bienes jurídicos a proteger. Seguidamente intentaremos desarrollar paso a paso esta idea sirviéndonos del materialismo histórico.

1.- El criterio de valoración jurídica del objeto de tutela penal: derechos humanos como valores intersubjetivos y necesidades humanas.

El criterio de determinación del bien jurídico, en principio, perteneciente al campo axiológico, tiene la misión de servir de guía político criminal general en el esclarecimiento de cuáles son los objetos de protección penal a partir de la realidad social en conflicto para que pueda realmente constituir una síntesis normativa. Se trata, como acierta Laura ZÚÑIGA del “nexo entre el contenido material (las relaciones sociales en conflicto) y el concepto de bien jurídico (la protección penal: síntesis normativa)⁴⁰². Su origen se encontraría en el conflicto que se produce entre “intereses” contrapuestos⁴⁰³ debiendo el derecho resolver esta confrontación produciendo la norma para lo cual acude a un criterio superior, un criterio guía, que principalmente ha sido circunscrito ya a la idea de valor (neokantianos), ya a la idea de “protección del interés general”.

Pero, ni la idea de valor, en sentido estricto, por alejarnos excesivamente del campo del derecho, ni la de protección del interés general, por las razones ya expuestas antes, pueden servirnos para la determinación de este criterio guía. En concordancia con el enfoque histórico materialista que hemos adoptado en el contenido material del bien jurídico nos parece que el criterio guía de ese contenido material debe circunscribirse a ***las necesidades humanas y su satisfacción***⁴⁰⁴, que en los ***delitos de terrorismo*** se entenderán ***como necesidades de los derechos humanos y su realización*** cuya verdad y validez arranca del consenso que idealmente ha de alcanzarse en un sistema democrático⁴⁰⁵. Ello porque el derecho penal representa una

⁴⁰¹ TERRADILLOS, J. 1981 a), p.135.

⁴⁰² ZÚÑIGA, L. 1993, p.55.

⁴⁰³ Es preciso recordar que el bien jurídico se relaciona con la idea de interés preexistente al derecho cuya dimensión jurídica se alcanza una vez que es objeto de protección por éste. El interés puede ser definido como “los objetivos de integraciones varias, de clases o de individuos frente a otras integraciones, clases o individuos”. HELLER, A. ***Hipótesis para una teoría marxista de los valores***, ob. cit., 1974, p. 23. La idea de interés necesariamente se encuentra unida a la idea de conflicto ya que el choque de intereses contrapuestos es lo que proporciona al interés su carácter de producto social, histórico, de donde la norma jurídica será el medio de solución a dicha confrontación. TERRADILLOS, J. 1981 a), p.131.

⁴⁰⁴ Evidentemente no nos estamos refiriendo a la satisfacción de necesidades psicológicas de la colectividad respecto del merecimiento de tal o cual sanción para los delitos de terrorismo (merecimiento de pena), como se ha sostenido, en general, por algunos sectores de la psicología profunda y el psicoanálisis. Ello porque las necesidades de psicología social no pueden legitimar la intervención penal. Una crítica severa a la supuesta función del derecho penal de “satisfacción de necesidades de psicología social” la realiza SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992, pp.307-308.

⁴⁰⁵ Véase también Supra Cap. I en el que se han examinado los derechos humanos y su respeto en cuanto criterio de legitimación del poder político en un sistema democrático, y Cap.II en cuanto

“limitación permanente” para el ejercicio de los derechos humanos, sobre la base de la protección de bienes jurídicos (función preventiva), cuya manifestación mas patente es la del control social formal que se lleva a cabo mediante la represión penal⁴⁰⁶. A su vez esta limitación que el derecho penal impone debe, en todo caso, ajustarse a los límites del ius puniendi fundados en la dignidad de la persona (función garantista), ya que la represión penal para ser legítima no puede ejercerse de forma que transgreda esta dignidad, sino que respetando los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, el derecho penal del hecho y la prohibición de tortura⁴⁰⁷.

Esto significa un intento por realizar una fundamentación dogmática desde la perspectiva específica de los derechos humanos, cuestión a la que la dogmática penal al parecer no ha destinado demasiados esfuerzos⁴⁰⁸. Las ventajas de la adopción de los derechos humanos como criterio de valoración en la determinación del bien jurídico además de las expuestas antes podemos agregar que como aciertan MEDINA y MERA, “los derechos humanos constituyen, sin duda, máximo consenso valórico de cualquier sociedad contemporánea”⁴⁰⁹, y de considerarse como objeto de protección penal puede darse realidad a un derecho penal democrático. Esto significa que será la motivación de la norma – y no el carácter intimidatorio de la prevención general- lo que inspire el cumplimiento del ordenamiento jurídico, puesto que los individuos entenderán que los tipos penales se dirigen a satisfacer sus intereses. Por otra parte, es cierto como dice Laura ZÚÑIGA que es preciso encontrar un “criterio valorativo” para las directrices político criminales, que sirva como “juicio axiológico”⁴¹⁰, pero no podemos encontrar en los valores, por su carácter abstracto, los objetivos a lograr por el derecho penal. Ellos juegan respecto al derecho penal el papel de “mínimos a respetar”⁴¹¹. La necesidad humana tiene una estrecha relación con la idea de valor, toda vez que, como hemos dicho antes, la necesidad no puede definirse sino en relación a un valor o sobre su base.

Cierto es que como apunta Norberto BOBBIO el principal problema en los derechos humanos no es tanto su fundamentación como el de su efectiva protección “para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes sean continuamente violados”⁴¹² y cierto es además que existiendo una crisis de los fundamentos es imposible llegar a una fundamentación absoluta de los mismos - “empresa sublime pero desesperada”- lo que conduce a la búsqueda, cada vez “de los varios fundamentos posibles” atendiendo a los problemas históricos, sociales, económicos inherentes a su propia realización⁴¹³. Sobre esta base estimamos que si se quiere construir

característica (su ataque) del terrorismo.

⁴⁰⁶ Como exponen MEDINA y MERA, las limitaciones que el derecho penal impone a los derechos humanos se manifiestan en tres niveles: a) la prohibición bajo sanción penal de ciertas conductas representa una restricción al ejercicio de la libertad personal, b) restringe también otros derechos tales como la libertad de opinión en los delitos contra el honor (injurias y calumnias), y c) las penas y medidas de seguridad representan una restricción o privación de otros derechos (libertad, propiedad, etc.). MEDINA Cecilia- MERA, Jorge. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos. Cuadernos de Análisis Jurídico*, N°6, Santiago de Chile, 1996, pp.348-349.

⁴⁰⁷ MEDINA, C. - MERA, J. 1996, p.349.

⁴⁰⁸ Un esfuerzo en España lo ha realizado Laura ZÚÑIGA, L. 1993, pp.55 y ss., en Chile, MEDINA y MERA también se orientan en esta dirección, advirtiendo la carencia dogmática, aunque sin desarrollar una tesis que sustente a los derechos humanos como criterio de valor determinante del bien jurídico: “los derechos humanos...como uno de los objetivos mismos del derecho penal, proporcionan valiosos criterios orientadores de la interpretación teleológica de las normas penales e imponen interpretaciones restrictivas de las mismas” y que “las premisas valorativas de la dogmática deben ser extraídas, en última instancia, de las normas y principios que conforman los derechos humanos establecidos, al nivel interno, en la Constitución, y en el ámbito internacional, en los correspondientes instrumentos sobre la materia.” MEDINA C.- MERA J. 1996, pp. 353 ,356 y 379.

⁴⁰⁹ MEDINA, C., MERA, J. 1996, p.356.

⁴¹⁰ ZÚÑIGA, L. 1993, p.55.

⁴¹¹ TERRADILLOS, J. 1981 a), p.133.

⁴¹² BOBBIO, Norberto. “*Presente y porvenir de los derechos humanos*”, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991, pp.63-64.

⁴¹³ BOBBIO, N. “*Sobre el fundamento de los derechos del hombre*”, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema,

conceptos propios de la dogmática penal (bien jurídico) fundamentados en estos valores, debemos intentar la búsqueda de algún código de éstos mas extensiva o generalmente aceptado para evitar caer en el relativismo o en el dogmatismo.

Por esto es que nuestra postura se apoya en una visión *intersubjetivista* respecto de los *derechos humanos*, que les concibe como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten llegar a un consenso generalizado sobre su justificación⁴¹⁴. Ella representa un esfuerzo por superar las contradicciones que se observan en los postulados axiológicos del objetivismo y subjetivismo, revalorizando frente al primero, el papel del individuo en el proceso de identificación y de justificación racional de los valores ético jurídicos; y frente al segundo postulando la posibilidad de una “objetividad intersubjetiva” de tales valores basada en la comunicación de los datos antropológicos que les sirven de base⁴¹⁵. En nuestra opinión, con la visión intersubjetivista se trata no tanto de fundamentar los valores, como de utilizar una metodología cuya pretensión es el establecimiento de un código variable de los mismos determinado históricamente⁴¹⁶.

Recogiendo la fundamentación historicista de los derechos humanos⁴¹⁷, estimamos que ellos son valores cuyo origen ha de buscarse en las necesidades del hombre, entendidos no tanto como “necesidades radicales”, tesis sustentada por Antonio PÉREZ LUÑO⁴¹⁸, sino ampliando su ámbito conceptual al de “necesidades humanas”. Es ésta la premisa antropológica para la que nos valdremos de la corriente filosófica expuesta por la Escuela de Budapest, tomando como base a una de sus exponentes, Agnes HELLER. Una vez claro el contenido material de los derechos humanos en cuanto necesidades humanas, hay que buscar el soporte metódico que sirva como fundamento de los mismos, y éste lo encontramos en la teoría consensual de la verdad, elaborada por Jürgen HABERMAS, último exponente de la Escuela de Francfort, y cuyo punto nuclear, el consenso, a la vez subyace al problema de la legitimidad y legalidad del Estado democrático.

1.1.- Los derechos humanos como necesidades humanas. Premisa antropológica.

Sugeríamos antes que los derechos humanos son valores ético jurídico que arrancan de las condiciones sociales e históricas que rodean al individuo, estas condiciones arrancan de las necesidades del hombre, que ya MARX advertía cuando sostenía como exigencias imprescindibles para la vida, la necesidad de alimento, vestuario, etc. Las necesidades existenciales a juicio de Marx determinaban como primer hecho histórico “la producción de los

Madrid, 1991, pp.53-62.

⁴¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*; Ed. Tecnos, 5º edición, Madrid, 1995, pp. 162.

⁴¹⁵ Las *teorías objetivistas* pretenden fundar los derechos humanos en valores objetivos no sometidos a discusión por su evidencia y conexión metafísica con el absoluto. Las *teorías subjetivistas*, entendido el subjetivismo como una autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, base del iusnaturalismo humanista y democrático, parten de la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores y se apoyan en el racionalismo ético. Desde las *tesis neoliberales* basadas en el individualismos de Von Hayek y Karl Popper, pasando por las *tesis contractualistas* inspiradas por un progresismo neoliberal, cuyo máximo exponente es Jhon Rawls, se llega al radicalismo de Robert Nozick. La característica común a todos ellos es que conciben los derechos humanos como categorías al servicio de la individualidad. Mas ampliamente PÉREZ LUÑO, A. 1995 pp.132-160.

⁴¹⁶ Estamos considerando la advertencia de BOBBIO respecto del intento por encontrar “los varios fundamentos posibles”, creemos que se está refiriendo precisamente al carácter histórico y social determinante en los mismos.

⁴¹⁷ La perspectiva historicista fue defendida por el filósofo italiano B. Croce, en la investigación llevada a cabo por la UNESCO en 1947 acerca de la fundamentación de los derechos del hombre. Así, para Croce, los derechos humanos son “a lo sumo derechos del hombre en la historia...no se trata de demandas eternas, sino solo de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer estas necesidades”. CROCE, B. “*Los derechos del hombre y la situación histórica presente*”, en *Los derechos del hombre*, UNESCO, 1947, pp. 143 y ss. cit por RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Edit. Bosch, 1997, p.15.

⁴¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. 1995, pp.180 y ss.

medios indispensables para la satisfacción de estas necesidades”, a su vez, la adquisición de los instrumentos adecuados para esa satisfacción, generaría nuevas necesidades, lo que configuraba un segundo hecho histórico⁴¹⁹. Sin embargo, Marx no definía lo que debía entenderse por necesidad. La necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y lo que satisface una necesidad humana tiene valor, aquellos que se le opone es un desvalor⁴²⁰. A esta idea parece apuntar la RAE cuando indica, entre otros, que necesidad es la “carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida, o “todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir”⁴²¹. Pero la carencia no es el único factor que puede ayudarnos a un concepto cabal, puesto que la necesidad tiene un soporte psicológico y antropológico que no puede soslayarse. Por ello preferimos entender, siguiendo a Agnes HELLER, que necesidad es: “deseo consciente, aspiración dirigida en todo momento hacia un cierto objeto y que motiva la acción como tal”⁴²², siendo el objeto un producto social. La objetivación social se encuentra en correlación con las necesidades en cuanto delimita su extensión en una determinada sociedad y en un determinado contexto histórico⁴²³.

Las necesidades humanas, según veíamos podían clasificarse en tres tipos: *existenciales*, *propriadamente humanas* y *radicales*. Valga lo dicho en relación a sus respectivos conceptos. Las *necesidades existenciales* son las primeras que se advierten en el ser humano, desde que son precisamente las que tienden a la autoconservación, y constituyen la base tanto para la creación como la producción de medios necesarios para la satisfacción de otras necesidades (siguiendo en este punto a Marx). En esta categoría se encuentran *la libertad, la vida, la salud, la seguridad*, por lo que constituye una *exigencia de primer orden* la protección de las relaciones sociales concretas cuando ellas dicen relación con la satisfacción de estas necesidades⁴²⁴, siendo necesario recordar en qué contexto histórico, económico, social y político nos encontramos. El capitalismo es el primer sistema que a través de su estructura social y la fuerza deja a clases sociales enteras “desprovistas” de estas necesidades, esto es, “reducida al nivel bestial en la satisfacción de sus necesidades existenciales”⁴²⁵. Las clases sociales más desposeídas se ven obligadas a luchar por estas necesidades, y esto hace que lo que prime sean las *necesidades alienadas*⁴²⁶, esto es, aquellas *necesidades propriadamente humanas* de carácter *cuantitativo* (necesidad de dinero, poder y posesión) que al alienarse del hombre pasan a constituirse como un fin, en lugar de ser un medio, como ocurre con las *necesidades no alienadas*, cuyo carácter es cualitativo (descanso laboral, acceso a la cultura, etc.).

Las *necesidades radicales*, recordemos, son aquellas no integrables en el capitalismo, que se desarrollan contradictoriamente durante su evolución misma. Su base es material, pero su nivel es cualitativo y el modo es el de la conciencia individual y social. En la medida que el capitalismo se desarrolla – dice HELLER- crece la miseria y esto es el motivo de las necesidades radicales⁴²⁷ y esto es también lo que constituye la contradicción interna del capitalismo que lo llevará a su extinción, ya que este sistema no puede funcionar sin ellas, pero a la vez no pueden ser satisfechas en esa misma sociedad, sino mediante la superación de esa sociedad, de donde cobra valor el hecho de que aquellos individuos en los que surgen las

419 MARX, Karl. “*La ideología en general y la ideología alemana en particular*”, en MARX, K.- ENGELS, F. *Concepción materialista y concepción idealista*, Eds. Roca, México, 1974, pp.17-65, esp. pp.31-32.

420 PÉREZ LUÑO, A. 1995, p.181.

421 R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1431.

422 HELLER, A. “*Teoría praxis y necesidades humanas*”, ensayo, ob. cit. 1978 b), p.170.

423 Esto explica el por qué las necesidades son “personales” (solo las personas desean conscientemente algo, aspiran a poseer algo, lo anhelan) y al mismo tiempo “sociales” (desde el momento en que el objeto de toda necesidad viene proporcionado por la objetivación social). HELLER, A. 1978 b), p.170.

424 Así opina HORMAZÁBAL, H. 1991, p.163, con quien concordamos.

425 HELLER, A. 1978 b) p. 171

426 “En los países neocapitalistas (al menos así sucede en Europa y América) se origina progreso cuando el dominio de las necesidades alienadas se extiende a estratos sociales mas amplios”. HELLER, A. 1978 b), p.172

427 HELLER, A. 1978 a), p.93.

necesidades radicales, son los portadores de ese deber colectivo del que hablaba Marx de transitar hacia una sociedad comunista⁴²⁸.

Ciertamente el capitalismo genera sus propias antinomias, como ideología y como instituciones, y “la principal de estas antinomias son los derechos humanos”⁴²⁹. De la *necesidad* pasamos a los *valores*, entendiendo por estos últimos, abstracciones mentales realizadas a partir de una experiencia humana concreta⁴³⁰ que si quieren tener validez tienen que reconocer en la existencia humana un orden de capacidades y necesidades en el desarrollo histórico de la sociedad⁴³¹. El contenido material de los derechos humanos, en cuanto valores, está formado por las necesidades humanas, como apunta BOBBIO “los derechos humanos son *cosas deseables*, esto es, *finés merecedores de ser perseguidos*, y que, no obstante esto todavía no han sido todos, en todas partes, y en igual medida reconocidos”⁴³².

La tesis propuesta por PÉREZ LUÑO, opta por concebir que los derechos humanos son “necesidades radicales”⁴³³, porque al ser las necesidades “expresión de valores cuanto más universales sean éstos, más radicales serán aquellas”⁴³⁴. Volviendo a BOBBIO, nos encontramos con que los derechos del hombre son derechos históricamente relativos puesto que constituyen “una clase variable”, demostrando la realidad que “el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas”⁴³⁵. Por otra parte constituyen una “clase heterogénea” ya que existen muchos derechos con status distintos⁴³⁶. Luego, no son “derechos absolutos” sino “*aspiraciones innegables*, que hay que reconocer como legítimas”⁴³⁷.

De allí que parte de la doctrina sostenga que “los derechos fundamentales de la persona no pueden por sí solos, dar contenido cierto al objeto de tutela (penal)” porque “o bien identificamos el concepto de derechos fundamentales con aquellos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que llegaremos a análisis positivistas...o bien nuestro examen se orientará al contenido de esos derechos, prescindiendo del Derecho, con lo que habremos adelantado muy poco y estaremos en realidad moviéndonos en el ámbito de los valores”⁴³⁸. Hay que recordar que si bien la máxima prueba del consenso general acerca de la validez de los derechos humanos se ha dado con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, manifestación positiva también que ha sido recogida en los ordenamientos nacionales internos, los derechos enumerados en esta declaración “no son los únicos ni posibles derechos

428 Decía MARX que “la colectividad se convierte en sujeto. El deber mismo es colectivo, puesto que al límite de la alienación capitalista despiertan las masas – sobre todo en el proletariado- necesidades (las necesidades radicales) que encarnan ese deber y que por su naturaleza tienden a trascender al capitalismo- y precisamente en dirección al comunismo” HELLER, A. 1978 a), pp.87 y ss.

429 TIERNO GALVÁN, Enrique. “*Ética y derechos humanos*”, “*Triunfo*”, N° 677, 17 enero 1976.

430 BOBBIO, N. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino, 1948, pp.34-36, cita de PÉREZ LUÑO, A. 1995, p.182.

431 ZÚÑIGA, L. 1993, p.62.

432 BOBBIO, N. “*Sobre el fundamento de los derechos del hombre*”, ob. cit. 1991, p.54. Lo subrayado es nuestro.

433 PÉREZ LUÑO, A. 1995, pp. 181 y ss. En esta misma opinión ZÚÑIGA, L. 1993, pp.61-66.

434 TERRADILLOS, J. 1981 a), p.137.

435 BOBBIO, N. “*Sobre el fundamento de los derechos del hombre*”, ob. cit. 1991, p.56. A conclusión similar llega Iñaki RIVERA quien toma como fundamento sociológico de los derechos humanos a los “procesos de multiplicación y especificación de los mismos”, RIVERA BEIRAS, I. 1997, p.17.

436 BOBBIO, N. “*Sobre el fundamento de los derechos del hombre*”, ob. cit. 1991, p. 57.

437 DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. *El Poder y los derechos humanos*, Edit. Terranova, 1988, Chile. Lo subrayado es nuestro para destacar que también en este autor parece advertirse la consideración de los derechos humanos como necesidades del individuo.

438 TERRADILLOS, J. 1981 a), p.130.

humanos”⁴³⁹. Por otra parte, al tratar los derechos humanos como necesidades humanas, estamos buscando un contenido material a los mismos sobre una base social e histórica.

Precisamente por su carácter heterogéneo es que entendemos que los *derechos humanos* no son solo necesidades radicales, que es lo que se puede inferir de la filosofía de la Escuela de Budapest⁴⁴⁰, sino *necesidades humanas* en sentido amplio⁴⁴¹. **Primero**, las necesidades existenciales, vida, libertad, salud, integridad, son derechos humanos reconocidos tanto en el ordenamiento jurídico internacional como nacional, y también son derechos humanos reconocidos las *necesidades propiamente humanas no alienadas*⁴⁴², y sin duda alguna, las *necesidades radicales*. **Segundo**, de considerarles solo como necesidades radicales, es difícil aterrizar en el derecho penal, ya que éste dudosamente sirve como medio adecuado para satisfacerlas. Esto porque el ordenamiento jurídico se inserta en una realidad social determinada, y se sabe que la satisfacción de las necesidades radicales implica la negación del sistema en el que se crean, y solo pueden ser satisfechas mediante la superación de esa sociedad. Es evidente que las necesidades existenciales, como decíamos, no solo merecen protección jurídica, sino que la exigen, y en cuanto a las necesidades propiamente humanas, el Derecho Penal resulta idóneo, al menos, como apunta TERRADILLOS para no oponerse a las conductas cuyo efecto sea el de promover las condiciones de su satisfacción y para evitar circunstancias que impidan el desarrollo de las mismas⁴⁴³.

Tercero, concebir los derechos humanos para este objeto (criterio guía en la determinación del bien jurídico) como necesidades humanas nos permite arribar a axiomas más extensivos o generales en su aceptación, sobre cuya base tipificar los delitos de terrorismo en un sistema democrático que goce de la necesaria legitimidad (democracia material). El carácter heterogéneo de los derechos humanos no resta a estos efectos su generalidad ya que si bien se trata de derechos que van cambiando de acuerdo al desarrollo histórico, en el momento en que se generan tienen validez general. En este sentido es pertinente anotar la aproximación conceptual que desde el plano jurídico proporciona PRIETO SANCHÍS: “los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁴⁴⁴. Su característica de generalidad, en cuanto valores, nace del grado de homogeneidad del catálogo de conductas y derechos que se avienen como una meta a aspirar y un esfuerzo de unificación gradual, lento y difícil, que ha sido definido como un proceso de mínimos que se han logrado establecer entre la comunidad internacional y los Estados⁴⁴⁵. A través de la Constitución en los respectivos ordenamientos nacionales se configuran como límites frente al poder del Estado ya que su fuente originaria radica en el titular del poder constituyente, el pueblo. Y **Cuarto**, al ser

⁴³⁹ “La Declaración Universal de Derechos Humanos- dice BOBBIO- representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado, y por tanto, reconocido”. BOBBIO, N. 1991, “*Presente y porvenir de los derechos humanos*”, ob. cit., p. 64 y 71.

⁴⁴⁰ Recordemos que Agnes HELLER estima que caben en este concepto la necesidad contar con capacidad y poder de decisión acerca del desarrollo y evolución sociales, la de igualdad entre los hombres en las relaciones personales; la de abolir la dominación social; la de abolición de la guerra y del rearme bélico, entre otras HELLER, A. 1980, pp. 112-113, TERRADILLOS J. 1981 a), pp.138-139.

⁴⁴¹ En similar sentido Eusebio FERNÁNDEZ, para quien “los derechos humanos tienen su fundamento antropológico en la idea de necesidades humanas”. FERNÁNDEZ, E. *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1987, pp.78-79.

⁴⁴² Naturalmente un Estado social y democrático no puede proteger las necesidades alienadas, ya que ello implicaría agudizar las desigualdades y promover la mediatización del hombre.

⁴⁴³ TERRADILLOS, J. 1981 a), p.139-140.

⁴⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990, p.46.

⁴⁴⁵ Esto no se debe confundir con la denominada “internacionalización de los derechos humanos. MARTÍNEZ DE VALLEJO; Blanca. “*Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual*”, en *Derechos Humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 47 - 49.

los derechos humanos entendidos como necesidades humanas lo que se protege penalmente, la persona ya no se subsume en un concepto de la sociedad totalizador y abstracto (Amelung) sino que se erige como núcleo de la tutela penal.

1.2.- Derechos humanos y consenso. Premisa metodológica.

Una vez analizada la premisa antropológica de la construcción intersubjetivista de los derechos humanos, en cuanto valores, es necesario aludir a los presupuestos metodológicos a fin de no caer en un subjetivismo y dogmatismo extremos. Pensamos que la única manera de justificar los valores desde esta premisa es a través del consenso, según el cual un valor está tanto o más fundado cuánto más compartido sea. A estos efectos *la teoría consensual de la verdad* elaborada por Jürgen HABERMAS nos proporcionará los elementos para llegar a un aunamiento de criterios en la determinación de los valores, y por ende, en los derechos humanos. El intersubjetivismo de Habermas fundamenta a través del consenso la verdad de los argumentos (pretensiones de validez) y la corrección de las normas que regulan la vida social, en cuanto manifestaciones que son de la praxis comunicativa ideal, punto a partir del cual la validez o invalidez de un argumento o norma social se miden por la idoneidad que representen para llegar a un entendimiento intersubjetivo⁴⁴⁶.

La realidad social se reproduce a través de la acción comunicativa sobre los valores, las normas y el uso del lenguaje orientado al entendimiento⁴⁴⁷. En esta acción comunicativa los hombres, guiados por un interés práctico, entablan pretensiones de validez al participar en un discurso, admitiendo algunos presupuestos: las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas y las normas susceptibles de justificación (justas) son preferibles a las que no la admiten (injustas). La base de la validez de un discurso, descansa pues, en la admisión de ese mínimo de presupuestos. El interés práctico tenderá a mantener la cooperación social cuando se acepta la verdad del actuar comunicativo y de las normas que regulan las relaciones humanas, o bien a posibilitar una comprensión cuando dicha aceptación no existe, esto es, no hay consenso. El discurso nace cuando se impugnan las pretensiones de validez del actuar comunicativo, “pero se tiene la convicción de que se puede llegar ‘discursivamente’ a un entendimiento” ya sobre la validez de los enunciados (discurso teórico), ya sobre la corrección o legitimidad de las normas que regulan la actividad social (discurso práctico)⁴⁴⁸. Esto es lo que constituye la situación comunicativa ideal, ya que los hombres al entablar pretensiones de validez anticiparían una forma ideal de vida, que sería una comunidad ideal de comunicación, modelo de socialización comunicativa que es utilizado de manera metodológica por Habermas, para demostrar los momentos de inercia en la sociedad, ya que como él mismo reconoce, ninguna sociedad coincide con esa forma de vida que ella postula⁴⁴⁹.

Al implicar la situación comunicativa ideal una pretensión o anticipación por parte de los dialogantes acerca de la posibilidad de llegar a un consenso racional, se vincula éste con el consenso efectivamente obtenido, pudiendo este último ser objeto de críticas basadas en las condiciones de la situación ideal. La “verdad” de los enunciados quedaría demostrada por su capacidad de resistir a las objeciones que en el discurso se planteen, lo cual no excluye la posibilidad de error. No obstante, y en palabras de HABERMAS “solo cuando pese a su fabilidad tenemos incondicionalmente los enunciados por verdaderos, estamos también dispuestos, sobre la base de esas convicciones...a asumir los riesgos de la acción”. Esta

⁴⁴⁶ En este punto nos hemos guiado preferentemente por PÉREZ LUÑO, A. 1995, pp.163- 168, ZÚÑIGA, L. 1993, pp.64-65.

⁴⁴⁷ HABERMAS, J. “*Facticidad y validez*”, en *Mas allá del Estado Nacional*, Ed. Trotta, 1997, p.158.

⁴⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A. 1995, p.163.

⁴⁴⁹ Así responde frente a quienes le han objetado las idealizaciones que entraña la comunidad ideal como modelo de socialización comunicativa pura, entre ellos Albert Wellmer, quien considera que ella carece de sentido, por cuanto al alcanzarse asistiríamos al fin de toda comunicación humana. HABERMAS, J. 1997, pp. 157-159.

incondicionalidad es la que marca la diferencia entre “verdad” y “aceptabilidad racional”. En el proceso democrático de creación del derecho, el procedimiento democrático “solo puede fundar una ‘presunción’ de racionalidad de los resultados que se producen conforme a él”, en la medida en que se garantice la institucionalización jurídica de las argumentaciones y contraargumentaciones, y la formación de la opinión y la voluntad discursiva. Solo así pueden formarse “criterios normativos convincentes”⁴⁵⁰.

La comunidad ideal de comunicación que postula HABERMAS no es otra cosa que – como perspicazmente advierte Laura ZÚÑIGA⁴⁵¹- “la realización de la idea de democracia”, esto es, la abolición de la dominación, el reparto equitativo del poder, ya que presupone una igualdad de condiciones y posibilidades de intervenir en el discurso, cuestión ésta que también puede deducirse de la tesis sostenida por Agnes HELLER⁴⁵². Aquí nos encontramos con el punto quizá más álgido en la punición de las conductas de violencia política como “delitos de terrorismo”: *la legitimidad del sistema* en el que estas acciones se realizan, punto con el que iniciamos esta investigación y que hemos analizado detalladamente.

En consecuencia, la comunidad ideal de comunicación en cuanto valor “verdadero” y “principio guía de emancipación”⁴⁵³ sirve como fundamento a los derechos humanos por cuanto busca su justificación en el consenso, y se evita de esta manera la prueba de la objetividad (incierto) yendo a la intersubjetividad. Se trata de un fundamento histórico, y por tanto no absoluto, pero el único que puede ser probado factualmente”⁴⁵⁴ y la mayor prueba histórica de este consenso sobre un sistema de valores lo constituye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sistema de valores que es “universal, no en principio, sino de hecho”⁴⁵⁵, por cuanto el consenso sobre su validez e idoneidad como norma rectora entre los hombres ha sido afirmado de manera explícita. La afirmación de los derechos así manifestada no solo es universal, en cuanto se dirige a todos los hombres, sino también positiva ya que al tiempo de efectuar su reconocimiento impulsa un proceso destinado a su efectiva protección. Finalmente hay que destacar que para Habermas la teoría de los derechos fundamentales, en el Estado Social de derecho, tiene que servir de máxima instructora orientando la praxis política en cuanto normas básicas del sistema, y al mismo tiempo esta praxis debe procurar satisfacer las condiciones necesarias para instituir los derechos fundamentales, ya que el consenso que legitima racionalmente las normas solo es posible cuando ellas pueden alcanzar un reconocimiento universal, el que se consigue cuando las normas regulan la posibilidad de satisfacción de las necesidades humanas⁴⁵⁶.

Como corolario a lo expuesto y sintetizando, podemos decir que: **Primero**, las necesidades humanas han de ser la máxima guía en la sociedad democrática para determinar si una relación social dialéctica (contenido material del bien jurídico) es merecedora o no de protección penal, **Segundo**, en los delitos de terrorismo esta pauta rectora se manifiesta en la realización de los derechos humanos entendidos como satisfacción de necesidades humanas, sobre la base del consenso obtenido mediante la situación comunicativa ideal. **Tercero**, esta concepción de bien jurídico permite que él desempeñe una función dogmática al servir como límite de lo punible, informando intrasistémicamente todas las categorías del delito; **Cuarto**, esta concepción permite además que el bien jurídico desempeñe una función político criminal –

450 HABERMAS, J.1997, pp.158-159.

451 ZÚÑIGA, L. 1993, p.64.

452 HELLER, A. *Por una filosofía radical*, ob. cit. 1980, p.126.

453 ZÚÑIGA, L. 1993, p.64.

454 A decir de Bobbio, se evita de esta manera recurrir a otros modos de fundamentar los valores, como lo son el deducirlos de un dato constante, como la discutida “naturaleza humana”, inexistente en forma absoluta a su juicio, o considerarlos como evidentes por sí mismos. BOBBIO, N. *“Presente y porvenir de los derechos humanos”*, ob. cit., 1991, pp.64-66.

455 BOBBIO, N. *“Presente y porvenir de los derechos humanos”*, ob. cit., 1991, p. 66.

456 PÉREZ LUÑO, A. 1995, pp.165-166.

“enmarcada en una política social auténticamente democrática”⁴⁵⁷- desde que sirve como límite (negativo) a la actividad coercitiva del Estado en lo que se refiere a la fundamentación de la pena y los principios que con ella se relacionan, permitiendo a la vez la legitimación del Derecho Penal. De esta forma, la realización de los derechos humanos tendrán que promover la aplicación de criterios político criminales que garanticen la igualdad de los miembros de la sociedad, en el entendido que tengan idénticas posibilidades de participación, para así satisfacer sus necesidades evitando la mediatización del individuo. Se trata pues de propiciar una política criminal, que promueva los espacios democráticos de la sociedad y los principios y garantías del Estado de derecho para que ellos se concreten materialmente, lo que significa en materia penal, “la plena vigencia del principio de legalidad, de culpabilidad, etc., como reclamos oportunos ante un derecho penal en crisis”⁴⁵⁸.

1.3. La exigencia de adecuación del ordenamiento jurídico a los derechos humanos como criterio valorativo. Protección constitucional y bienes jurídicos.

Es evidente, como afirma PECES BARBA que solo la inclusión de los derechos humanos como Derecho Positivo puede garantizar su efectividad⁴⁵⁹ y que es precisamente lo que quiere decirnos Bobbio al señalar como principal problema la “efectiva protección” de los mismos, antes que el intento “desesperado” por encontrar una fundamentación. Si nosotros hemos concebido el objeto de tutela penal orientado por la “realización de los derechos humanos” (criterio valorativo), es evidente que desde el punto de vista dogmático, en cuanto interés pre jurídico originado en la realidad social como relación social dialéctica (contenido material) solo adquirirá relevancia en cuanto es positivizado. La mayor concreción de esta positivización, a nivel del derecho interno- que es el que nos ocupa- se encuentra en las Cartas Fundamentales de los respectivos ordenamientos jurídicos que inspirados en dos principios nucleares del Estado democrático: la igualdad y la libertad consagran así los derechos de la persona⁴⁶⁰. Es preciso pues, descubrir dónde se encuentra la vigencia constitucional del principio del bien jurídico, así como su contenido material a nivel constitucional, que coherente con nuestra postura deberá manifestarse en la creación de las condiciones necesarias para la realización de los derechos humanos, entendido como promoción de las condiciones de satisfacción de necesidades humanas.

En el caso español, la Constitución de 1978 señala como fundamento del orden político y de la paz social “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (art. 10.1 CE - vigencia constitucional del principio del bien jurídico), correspondiendo a los poderes públicos el “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE- contenido material). En el caso chileno, la Constitución de 1980 declara que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1 inciso 1° CPRCH – vigencia constitucional) enfatizando que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (art. 1 inciso 4° CPRCH- contenido material).

Esto significa: **Primero**, que en ambos ordenamientos se reconoce el principio de

⁴⁵⁷ La acertada precisión es de Laura ZÚÑIGA, 1993, p.65.

⁴⁵⁸ ZÚÑIGA, L.1993, p.66.

⁴⁵⁹ PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales. T. I Teoría General*; Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, p.71.

⁴⁶⁰ Pensamos como TERRADILLOS que los demás derechos no son sino concreciones de uno u otro principio. TERRADILLOS, J. 1981 a), p.141.

humanidad, en el sentido que el Estado deja de ser un fin quedando subordinado a la persona humana, y **Segundo**, que el Estado se responsabiliza y se compromete a aplicar políticas que posibiliten la materialización de la igualdad y la libertad de los miembros de la sociedad. “La obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos compete a todos sus órganos, incluido por cierto, el Poder Judicial”⁴⁶¹. De esto se desprende que la protección y realización de los derechos fundamentales han de orientar los lineamientos político criminales en ambas legislaciones, tanto en la construcción de los tipos penales, como en la interpretación de los mismos, y la dignidad de la persona se constituye en un límite al *ius puniendi*. En palabras de ZIPF: “cabe considerar como exigencia universalmente aceptada que el principio de humanidad ha de ser fundamento de la política criminal”⁴⁶². No obstante, y como pone de manifiesto TERRADILLOS⁴⁶³, la realización de la igualdad como “igualdad sustancial” exige tanto la eliminación de las situaciones “de privilegio”, como la superación de todas aquellas en las que existe mediatización del individuo⁴⁶⁴. La dificultad para alcanzar este estadio ideal se encuentra en el reconocimiento constitucional del sistema de economía de mercado basado en “la tendencia a la satisfacción infinita de riqueza”⁴⁶⁵. Así, la igualdad de oportunidades que se proclama no hace sino “encubrir” la desigualdad en la sociedad, ya que la tendencia es a la acumulación infinita de capital, a la “satisfacción ilimitada de la necesidad de dinero”⁴⁶⁶.

Además de los derechos mencionados, igualdad y libertad, ambas Constituciones consagran otros derechos que se corresponden con ciertas necesidades incluso existenciales: la vida, la integridad física y psíquica, la libertad personal, libertad de expresión, de asociación, etc. lo que de paso avala nuestra tesis en orden a concebir los derechos humanos como necesidades humanas, en lugar de reducirlas a las radicales. En el caso español la consagración de estos derechos se encuentra dispersa en el texto constitucional, en el caso chileno se encuentran agrupados en el art.19 de la CPRCH. Esto significa que la ley penal no puede limitar arbitrariamente estos derechos (recordemos la limitación a los derechos humanos por parte del derecho penal), y contrariamente, debe sancionar los ataques graves a los mismos, ataques en los cuales se inscriben los delitos de terrorismo.

Por otra parte, es pertinente destacar – y recordar- que la Constitución Política chilena contiene una norma que expresamente condena al rechazo al terrorismo considerándole contrario a los derechos humanos, norma que fue dictada bajo la dictadura militar, como subterfugio para la incriminación de las conductas de violencia política. La verdad es que cuando la norma fue dictada quienes violaban los derechos humanos no eran precisamente los disidentes políticos sino el propio aparato estatal. De ahí que ETCHEBERRY haya sido tan enfático en declarar que “la esencia específica de los delitos contra los derechos humanos es que ellos son cometidos precisamente por la propia autoridad encargada de tutelarlos y cuyos poderes solo se justifican para cumplir esta misión”⁴⁶⁷.

Si los derechos humanos aparecen en este sentido (art. 9 CPRCH) reconocidos por el ordenamiento constitucional desde un punto de vista negativo (para señalar lo que es terrorismo) en el art. 5 inc.2 de la CPRCH quien efectúa el reconocimiento a dichos derechos al señalar: El

461 MEDINA C.- MERA, J.1996, pp.354. A juicio de ambos – opinión que compartimos- es al Poder Judicial a quien en un Estado de derecho compete la protección de los derechos de las personas.

462 ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*, Edits de Derecho Reunidas, 1979, p.41.

463 TERRADILLOS, J. 1981 a), pp.142 -44.

464 Se refiere a la “progresiva superación de aquellas situaciones que no solo suponen la utilización de un sujeto por otros...sino también de aquellas en que la extensión de los poderes de uno supone el menoscabo del ámbito de las facultades del otro, porque de no superarse este estado de cosas, la igualdad no sería real, no sería desde luego, de todos”. TERRADILLOS, J. 1981 a), p.142.

465 TERRADILLOS, J.1981 a), p.142.

466 TERRADILLOS, J. 1981 a), pp.143 - 144.

467 ETCHEBERRY, Alfredo. “*Tipificación y penalidad de los derechos humanos*”, ponencia en Seminario La justicia ante las violaciones de derechos humanos en Chile, Stgo. 13-14 nov. 1987, publicado por Comisión Chilena de Derechos Humanos.

ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Con ello el Estado se encuentra frente al imperativo constitucional de proteger los derechos humanos cuyo concepto ya no se restringe a los derechos garantizados en la Constitución, sino que se extiende a los contenidos en las normas internacionales sobre la materia⁴⁶⁸.

Si el derecho a la igualdad y la libertad, como sugiere PORTILLA, son los fundamentos teóricos del Estado liberal y los derechos humanos su ideología, los Derechos sociales deben ser la esencia del Estado asistencial⁴⁶⁹. De ahí que entre los bienes jurídicos que el ordenamiento penal debe proteger se encuentran los bienes o intereses colectivos⁴⁷⁰.

Tratándose de los bienes jurídicos colectivos, la relación entre el derecho penal y la Constitución se intensifica aún más, supuesto que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos está limitado tanto negativa como positivamente. El límite negativo se encuentra en la Constitución y los *principios de subsidiariedad y fragmentariedad* del derecho penal, lo que significa que la ley penal no puede amparar intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución, ni los que puedan ser absorbidos por otras ramas del derecho⁴⁷¹. El límite positivo no tiene precisamente un carácter jurídico, superando incluso el marco constitucional, y se refiere a las transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de derecho, siendo a ellas a quienes debe atenderse para determinar los bienes jurídicos y el alcance del principio de exclusiva protección de los mismos. El aspecto positivo no puede verse en la Constitución porque si bien ella tiene un marco amplio y durable basado en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad no es posible ver en ella un catálogo de bienes jurídicos a tutelar por la ley punitiva⁴⁷².

La Constitución no puede convertirse “en un cerco para la progresiva democratización de la intervención punitiva del Estado”⁴⁷³, porque el bien jurídico está concebido materialmente en relación a la participación de los miembros de la sociedad, de donde resulta que es perfectamente concebible tanto la derogación como la inclusión de nuevos bienes jurídicos. Ella “es ciertamente el marco de referencia fundamental del sistema, pero no puede cerrar el sistema, pues ello contravendría las bases mismas democráticas del sistema”⁴⁷⁴. La Constitución toma entonces el carácter de límite mínimo exigible en la valoración social del objeto de tutela penal, posibilitando a la vez su revisión crítica⁴⁷⁵.

Empero, y como precisa BUSTOS, los bienes jurídicos no se agotan en los derechos reconocidos en la Constitución⁴⁷⁶, ya que estos últimos, y en especial los derechos

⁴⁶⁸ Un sector de la doctrina, encabezado por DEL VECCHIO tiende a identificar los derechos humanos con los derechos consagrados en la Constitución: “la declaración de los derechos fundamentales, en ningún caso puede ser considerada con separación de toda la Constitución jurídica del Estado. Su real eficacia depende de la correspondencia y complemento que encuentre no solo en las leyes de Orden Público, sino también en las civiles”. Cfr. PACHECO, Máximo. *Los derechos humanos como fundamento del sistema democrático*. ICHEH, Stgo. Chile, 1986.

⁴⁶⁹ PORTILLA, G. 1989, p.736.

⁴⁷⁰ TERRADILLOS, J. “*Constitución y ley penal. La imposible convergencia*”, en *RFDUCM*, Monográfico 10-11, 1986, pp. 651-665, esp. p. 661. OCTAVIO DE TOLEDO, E. 1990, pp. 16-17.

⁴⁷¹ OCTAVIO DE TOLEDO, E. 1990, p. 9.

⁴⁷² OCTAVIO DE TOLEDO, E., 1990, p.10.

⁴⁷³ BUSTOS, J. 1987, p.192.

⁴⁷⁴ BUSTOS, J. 1987, p.192.

⁴⁷⁵ Como sugiere PORTILLA, a consecuencia de esta valoración social permite la exclusión de los intereses individuales o sociales que no son esenciales, pues pueden no corresponderse con la categoría de “derechos fundamentales” del derecho penal. PORTILLA, G. 1989, p.745.

⁴⁷⁶ “ El derecho a la vida establecido en la Constitución no es confundible con el bien jurídico vida, aún cuando se

fundamentales, son contenido de una relación entre el ciudadano y el Estado, lo que no sucede tratándose de los bienes jurídicos, ya que ellos son contenido de una realidad manifestada en la relación social entre los sujetos entre sí y con el Estado, y por tanto, no afecta a invulnerabilidad. Lo que el derecho penal protege son bienes jurídicos y no los derechos reconocidos por la Constitución, otra cosa es que estos derechos, en la medida que formen parte del elenco de los derechos humanos, hayan de servir como criterio guía para delinear el contenido material del objeto de tutela penal.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO (A LA LUZ DEL CONCEPTO SUSTANTIVO DE TERRORISMO EN LAS LEGISLACIONES CHILENA Y ESPAÑOLA).

Examinábamos antes las razones por las cuales estimamos que los bienes jurídicos protegidos por el terrorismo tienen un carácter colectivo, toda vez que la razón jurídica para explicar la incriminación de estos delitos de manera distinta a la de los delitos comunes y bajo un nomen iuris propio tiene que fundarse en la entidad y jerarquía del interés que se lesiona. Este ha sido el criterio seguido por la legislación española en el CP de 1995, no sin presentar algunas confusiones en su delimitación ya que hace referencia a los conceptos de orden público, orden constitucional y paz pública, pero que sin embargo nos proporciona al menos un indicio para determinar el objeto protegido penalmente (función sistemática del bien jurídico). En cambio, en la legislación chilena, al tratarse de una ley penal especial, estamos imposibilitados de acudir a la función sistemática del bien jurídico para determinar qué es lo que realmente el legislador quiere proteger.

De ahí que en la búsqueda de un criterio común en las leyes penales de ambos países que nos permita delimitar correctamente el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo debamos fijar nuestra atención en la configuración típica. Al observar la descripción que la ley hace de los delitos de terrorismo en ambas legislaciones se observa que hay una exigencia de uno o más elementos subjetivos de los injusto relativo a la intención del autor de actuar o cometer los delitos enumerados con una finalidad.

Así el art. 1º de la ley 18.314 chilena exige para la configuración de los delitos de terrorismo alternativamente cualquiera las siguientes circunstancias: “1ª Que el delito se cometa 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, sea por la naturaleza y efecto de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas”. 2ª Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”. A diferencia del anterior los arts 571 y ss. del CP español exigen en el autor la pertenencia, actuación al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas “cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

Como se ha puesto de manifiesto en el capítulo V, la mayor diferencia en el concepto de delitos de terrorismo en ambas legislaciones radica en la exigencia, por una parte, de un elemento estructural en la legislación española que se configura sobre la noción de “banda armada, organización o grupo terrorista”, y que forma parte del tipo objetivo de lo injusto, elemento que no se exige en la ley chilena. De otra parte, de un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la intención o finalidad que guía al agente en sus actuaciones, que en el caso de la legislación española implica un reconocimiento a la finalidad política en el terrorismo - no así en la legislación chilena- según se examinará. Es este elemento subjetivo el que determina la

señale que tal derecho es su referente constitucional”, dice BUSTOS, el derecho a la vida “reconoce una exigencia del ciudadano frente al Estado, únicamente”, pero el bien jurídico vida es manifestación de “una realidad de realización de la vida social, en que ciertamente está incluida tal exigencia, pero como una relación concreta con el Estado (con su intervención) y al mismo tiempo con los demás sujetos dentro del sistema social”. BUSTOS, J. “*Los bienes jurídicos colectivos*”, ob.cit. 1987, p.193.

dirección de la acción hacia la lesión del bien jurídico siendo, por tanto, el elemento que nos ayudará a determinar cuál es este objeto protegido penalmente.

1.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEY CHILENA: LEY 18.314, SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS.

1.1. Interpretación legislativa.

La ley 18.314 sobre conductas terroristas (LCT) modificada por la ley 19.027 establece tipos penales pluriofensivos que protegen abiertamente bienes jurídicos individuales, e implícitamente bienes jurídicos colectivos. Es difícil ciertamente establecer cuál es el real objeto de tutela penal ya que de un lado el espíritu de la ley, siguiendo con el mandato constitucional del art. 9 CPRCH opta en primer término por la protección de bienes jurídicos individuales: vida, integridad física y libertad de las personas, pero por otra parte con el establecimiento de un elemento subjetivo en el tipo relativo a la finalidad de atemorizar a la población, parece estar protegiendo un interés colectivo relativo a la seguridad pública, e incluso como veremos la seguridad interior del Estado.

La interpretación de la ley sobre la base del elemento histórico (discusión parlamentaria) puede proporcionarnos indicios en relación a esta afirmación. De acuerdo a los Informes de la CCLJ para el gobierno (Mensaje Presidencial), “*lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir daños indiscriminados, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población*”⁴⁷⁷. Ello porque el terrorismo “más que una ideología es un método de acción criminal”, acción criminal que “ya está tipificada en la legislación penal común o especial”⁴⁷⁸.

De lo transcrito y del propio texto de la ley 18.314 se deduce que los *bienes jurídicos protegidos* en primer orden de prioridad son *individuales*: la vida (art. 2 n°1 y 3 en relación con el art. 1); la libertad (art. 2 n°1 en relación art. 1), la integridad física (art. 2 n° 1, 2 y 4 en relación con art. 1). Advertimos en este punto que en un principio se pretendía excluir la propiedad o el patrimonio, lo que nos parece un acierto, por las razones que mas adelante expondremos. Sin embargo esta idea no fue acogida y la propiedad aparece en la ley 18.314 protegida por el art. 2 n°4 bajo la forma de un delito de peligro. Sin embargo, al designar al terrorismo como un *método de acción criminal*, no solo está dando luces en orden a proporcionarle un tratamiento jurídico en cuanto en cuanto crimen organizado, aunque sin identificarle con él⁴⁷⁹, tratamiento que consideramos erróneo, sino además está sugiriendo que el terrorismo es algo más que un delito común o especial de otras leyes (que también protegen estos bienes jurídicos individuales). El terrorismo se diferencia de estos delitos porque persigue *atemorizar a parte de la población o toda ella* (art. 1 n°1 de la ley 18.314) lo que nos conduce a dilucidar que en un segundo plano está protegiendo un *bien jurídico de carácter colectivo* que podría ser identificado con la *seguridad pública*.

Podríamos pensar que puede descartarse el orden público por cuanto los delitos que contra él atentan están expresamente contenidos tanto en el CP (arts. 106 a 140) como en la Ley 12.927 sobre seguridad del Estado. Sin embargo, la ley 19.027, que reformó la ley 18.314, da dos indicios de que también se pretende proteger- ya en un tercer plano- el *orden público*: De un lado contempló un segundo elemento subjetivo en los tipos penales de terrorismo, alternativo al

⁴⁷⁷ Mensaje Presidencial y 1° Informe de la CCLJ, en *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad*, ob. cit., 1997, p.2 y 7.

⁴⁷⁸ Ídem.

⁴⁷⁹ Prueba de ello es el acuerdo de cooperación internacional suscrito con Italia el 16 de octubre de 1992, promulgado por DS N° 26 de 1996 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 22 de febrero de 1996..

del causar temor, y que se refiere al objeto de *imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad* (art. 1 n°2 de la ley 18.314), finalidad que mas bien pertenece al ámbito de los delitos contra la seguridad del Estado. Se anuló con ello, a nuestro juicio, la idea inicial contenida en el Proyecto de ley en orden a clarificar una conducta terrorista diferenciándole de estos delitos y de los castrenses⁴⁸⁰. Esto, como veremos en el capítulo VII, ha dado lugar a problemas de concurso de delitos. Por otra parte contempló un delito específico de “asociación ilícita terrorista” en el art. 2 n°5 en relación con el art. 1°.

Nos encontramos entonces con una protección de *carácter dual* (bienes individuales y colectivos) pero a la vez *tripartita* (bienes individuales, seguridad pública y orden público). Conforme a lo señalado por la doctrina⁴⁸¹ y la jurisprudencia, en esto que nosotros hemos llamado *carácter dual*, puede inferirse un cierto orden de prioridad: los bienes colectivos (seguridad y orden público) prevalecen por sobre los bienes jurídicos individuales que son los inmediatamente afectados. Para la Corte de Apelaciones de Santiago son bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos: “la seguridad y el orden público, los que prevalecen sobre aquéllos inmediatamente afectados, como son la vida, integridad corporal y psíquica y libertad de las personas”⁴⁸².

1.2. Interpretaciones doctrinales.

Como decíamos al analizar la pluriofensividad de bienes en los delitos de terrorismo, y ahora refiriéndonos en concreto a los bienes colectivos, para DEL BARRIO y LEÓN REYES, “la lesión o peligro en el delito de terrorismo” *debe* “referirse al bien jurídico seguridad y orden públicos”⁴⁸³ ya que “no cabe seguridad sin orden, ni orden sin seguridad. Son estos dos elementos los que primordialmente afectan a la coexistencia normal de la comunidad”⁴⁸⁴. Siguiendo la definición que proporciona en España J. EBILE⁴⁸⁵, estiman que la *seguridad pública* puede ser definida como “una razonable esperanza de no ser víctima de agresiones, y lleva inscrita un elemento espiritual, relativo al sosiego de amplios sectores de la población”. El *orden público*, para ambos, “tiene un sentido más material, referido a las concretas agresiones contra las personas en cuanto, por su gravedad o extensión o, más bien, debido al carácter organizado, planificado y sistemático de la actividad terrorista, perturban la vida de la comunidad toda”⁴⁸⁶. Para este sector doctrinal, la finalidad política (alteración de la organización del Estado constitucional y democrático) cumple una función de *móvil* del sujeto.

Si los autores relegan el móvil político a cumplir la función de elemento subjetivo en lo injusto, tenemos que entender que la noción de orden público que ellos adoptan no dice relación alguna con el orden político establecido, y que más bien tiende a identificarse con la noción de seguridad pública, concepto mucho más preciso que el de orden público y que en un Estado democrático debe entenderse como “la protección de todos los bienes jurídicos de los

480 “Se destaca que el fundamento principal de la reforma se encuentra en el concepto de terrorismo, poniéndose de relieve que la ley vigente confunde actos propiamente atentatorios contra la seguridad del Estado con conductas terroristas, porque atribuye al terrorismo el carácter de una ideología”. *Primer Informe de la CCLJ*, “el Gobierno insiste en que ha estimado pertinente clarificar lo que es una conducta terrorista, porque en la medida en que no haya una distinción con los delitos contra la seguridad del Estado y los delitos propiamente militares o castrenses, no cabría obtener una debida protección de los derechos que se desea salvaguardar”. Intervención del diputado Sr. Rojo, en Historia de la ley 19.027, ob.cit., 1997, pp.7, 46.

481 DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.201.

482 SCA de Santiago de 13 nov. de 1992, (*caso Edwards*), *considerando séptimo*, en GJ N° 149, 1992, p.90

483 Los autores se plantean en un plano ideal. No se están refiriendo a la ley en esos momentos vigente (ley 18.314 antes de la modificación por la ley 19.027 de enero 1991) que es aquella sobre que versa su obra.

484 DEL BARRIO y LEÓN REYES.1990, p. 200, matizando la definición de EBILE, J. 1985, pp.89-90

485 EBILE, J. 1985, pp. 89-90.

486 DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 200.

ciudadanos”⁴⁸⁷. Pensamos que lo correcto, en el concepto que estos autores sostienen, habría sido restringirse a esta última noción.

Para Jorge MERA, el concepto constitucional de terrorismo definido como “contrario a los derechos humanos” unido a la finalidad de intimidar a la población, son los elementos característicos del mismo. Analizando el antiguo art. 1º nº5 de la ley sostiene un criterio que creemos es general en su concepción: Desconoce el autor la finalidad política en el terrorismo señalando que esta característica es propia de los delitos políticos, solo la finalidad de “intimidar a la población se adapta al concepto de terrorismo. El propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública y la circunstancia de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, tienen una connotación de carácter político y no terrorista”⁴⁸⁸... “Tanto es así que esta figura forma parte de la Ley de Seguridad del Estado”. A diferencia de los autores anteriores, su concepción del orden público parece asociarse más a la idea de mantenimiento del orden constitucional, de un lado, y de “tranquilidad pública” por otro, que es a su juicio el bien protegido en los delitos tipificados en la Ley de Seguridad del Estado.

Para Guillermo PICKERING, los delitos de terrorismo pueden definirse como “la realización de ciertos delitos comunes con propósitos políticos”, pero entiende que la finalidad política debe ser comprendida en sentido amplio: “intenciones religiosas, nacionalistas, ideológicas y raciales, que están dirigidas a afectar *la organización política, la institucionalidad o las estructuras de poder del Estado o la sociedad*. Pese a su variedad y origen diverso, estos móviles apuntan a cuestiones de orden político”⁴⁸⁹. Para el autor, la diferencia entre los delitos de terrorismo y los políticos radica en la forma de ejecución de los actos: los primeros siempre se realizarán mediante la ejecución de acciones criminales constitutivas de delitos comunes: Los segundos tienen un sentido distinto y por eso deben estar contemplados en la Ley de Seguridad Interior del Estado y no en la Ley Antiterrorista”⁴⁹⁰.

De este concepto puede deducirse que, para el autor, el objeto de tutela penal es el orden público entendido como ordenamiento institucional, y al parecer ajeno al concepto de seguridad pública, ya que su alusión a que los delitos de terrorismo se diferencian de los delitos políticos por realizarse los primeros a través de la comisión de delitos comunes, en nada ayuda para una delimitación del objeto de tutela penal en el terrorismo. Parece necesario recordar que los delitos políticos también se manifiestan a través de la comisión de delitos comunes: el que mata o lesiona en el contexto de un régimen dictatorial o en una democracia meramente formal (como muchas de Latinoamérica, baste señalar Colombia y Perú), está cometiendo un delito común, pero dado el contexto histórico en que lo realiza, comete un delito político; no así el que mata o lesiona bajo una democracia material, que también comete un delito común, pero un delito de terrorismo.

1.3. Aproximación al concepto de orden público: La diferencia entre delitos de terrorismo y delitos contra la seguridad interior del Estado.

Parece necesario detenernos en lo que en Chile se entiende por *Orden Público* a efectos de la legislación de emergencia que impera en este país⁴⁹¹. El concepto de orden público ha sido quizá la punta del iceberg en lo que a infracción a los principios de legalidad y tipicidad se

⁴⁸⁷ ZÚÑIGA, L. 1993, p.131.

⁴⁸⁸ MERA, Jorge. *Ley 18.314: Los delitos terroristas*, ob. cit. 1984. La misma postura sostiene mas tarde: “salvo el propósito de ‘intimidar a la población’ los demás no se relacionan de una manera necesaria con el terrorismo, y *tienen una connotación claramente política*.. GONZÁLEZ M., F., MERA, J., VARGAS VIANCOS, J.E. *Protección democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*, ob. cit. 1991, p.207.

⁴⁸⁹ PICKERING, G. *Terrorismo, Aspectos Jurídicos, políticos y militares*, ICHEH, 1988, pp.124-125. Lo subrayado es nuestro.

⁴⁹⁰ Ídem.

⁴⁹¹ Véase también punto 2º de este apartado, en relación al bien jurídico protegido en la legislación española.

refiere. Su carácter indeterminado y definitivamente ideológico, ya que ha dependido de las concepciones y poder político imperante en cada momento, ha sido el caldo de cultivo en la proliferación de la legislación de emergencia, plagada de tipos penales difusos. Tanto la legislación ordinaria como la especial carecen de disposiciones que definan este concepto, y la jurisprudencia ha sido “tímida y solo genérica”⁴⁹² a este respecto. Veamos brevemente su evolución histórica.

Bajo el imperio de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia (Nº8.897 de 1948) el orden público se identificó claramente con el concepto de *seguridad interior del Estado*, de tal suerte que la atención se centraba en reprimir todas aquellas conductas que ideológicamente fueren contrarias a la estabilidad del sistema. De hecho esta ley contemplaba numerosas figuras penales que mas bien decían relación con conflictos laborales y los “sabotajes a industrias” que pudieren llevar a cabo los obreros en el curso de una huelga⁴⁹³.

La ley 12.927 sobre seguridad del Estado de 1958 derogó la anterior ley 8.897. Inspirada en el sistema democrático diseñado por la Constitución de 1925, y al cual la ley derogada no respondía en sus objetivos⁴⁹⁴, vino a restituir los principios del pluralismo ideológico admitiendo como legítima la posibilidad de transformar las estructuras políticas y sociales sin utilización de la violencia. Sin embargo, en la jurisprudencia de la época no puede advertirse que el elemento central sea la protección del sistema democrático, mencionándolo a veces pero de manera formal, de tal suerte que perdía su carácter interpretativo. Con todo, los tipos penales de la ley 12.927 parecían tender hacia un concepto de orden público como sistema político que rige en un Estado⁴⁹⁵ y en cuanto objeto de protección penal tenía sus límites derivados del ordenamiento jurídico democrático.

Tras el Golpe Militar de 1973, el concepto de orden público se transforma vistiéndose con los ropajes que le proporcionó la Doctrina de Seguridad Nacional. El orden público fue entendido nuevamente en el sentido de “seguridad interior del Estado” y “orden en las calles” basado en la distinción arbitraria entre “amigos y enemigos” en el “supuesto” de una guerra permanente contra el marxismo y el comunismo internacionales. De lo que se trataba era de proteger el poder político de manera férrea sobre la base de la eliminación de la disidencia, ya que cualquier discordancia con la opinión oficial de la Junta Militar era considerada como creadora de un problema de seguridad interior ya que obstaculizaba el logro de los ‘objetivos nacionales, determinados conforme a la DSN por parte de los militares y los sectores civiles que le prestaban apoyo. Una vez llegada la transición democrática, las reformas realizadas a la LSE y otros cuerpos legales, si bien “tienden a garantizar en mejor forma los derechos de las personas”⁴⁹⁶ tampoco proporcionan un concepto claro de Orden Público, sin embargo de dicha reforma puede inferirse que se tiende a eliminar la noción de orden público entendida bajo los criterios de la DSN, para adecuarla al nuevo orden institucional y tuvo por objeto: restablecer

⁴⁹² GONZÁLEZ, F.- MERA, J.- VARGAS, J. 1991, p.230.

⁴⁹³ La Jurisprudencia en esos momentos entendía que orden público era “la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación y en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informen dicho Estado... desde un ángulo económico, el orden público se ha definido como el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad”. *RDJCh*, año 1954, 2ª parte, sección 4ª, pp.123. y ss.

⁴⁹⁴ El gobierno de González Videla, bajo el cual se dictó la ley 8.897 tuvo por misión principal la erradicación de las ideologías de izquierda. Recordemos que éste llegó al poder mediante los votos comunistas, y una vez en él, reprimió a los militantes y simpatizantes del PC. *Supra* Cap. V.

⁴⁹⁵ GONZÁLEZ, F. - MERA, J.- VARGAS, J. 1991 pp. 216, 122 y ss. Los autores advierten también que en este ley subsistía el problema acerca de cuál de los poderes públicos era el protegido, ya que la LSE al referirse al gobierno constituido parecía estar otorgando protección tan solo al poder ejecutivo, interpretación que los mismos autores desechan por improcedente, entendiendo que deben considerarse incluidos todos los poderes públicos ya que la LSE regula las conductas que son contrarias al sistema democrático de gobierno. (1991, pp. 127 y ss.)

⁴⁹⁶ *Ley 19.047 de enero de 1991*, véase *supra* Cap. V.

una penalidad racional respecto de los delitos que atentaren contra el gobierno legalmente constituido, entre otros; enmendar las presunciones graves que fueron agregadas a la ley durante las situaciones de excepción constitucional que había vivido el país bajo la dictadura, y restringir la competencia de los tribunales castrenses para el conocimiento de estos delitos, limitándola únicamente a los casos en que fueren las conductas cometidas por personas sujetas al fuero militar.

La estrecha vinculación entre “estabilidad política” y “orden público” en la criminalidad política ha llevado a la doctrina chilena a diferenciar claramente entre las nociones de Seguridad Interior del Estado y Orden público⁴⁹⁷, estimándose que este último se corresponde con la idea de “tranquilidad pública” a cuyo alero se agruparían delitos de menor gravedad que aquellos relacionados con la Seguridad Interior. Naturalmente esto muestra que la doctrina hace una distinción entre distintos grados de afección a la “estabilidad política”. Así por ejemplo, ETCHEBERRY⁴⁹⁸, estima que el orden público “denota la confianza en el normal y pacífico desenvolvimiento en las actividades ciudadanas”, concepto que mas bien parece tener relación con los delitos de desórdenes públicos, que no ponen en peligro las bases de la sociedad, sino que se trataría de alteraciones transitorias de la paz ciudadana, a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la Seguridad Interior⁴⁹⁹.

Con todo, y compartiendo la opinión de GONZÁLEZ, MERA y VARGAS⁵⁰⁰, estimamos que aún no puede encontrarse una noción de orden público que parezca adecuarse a los principios democráticos, por cuanto tanto de la regulación de los tipos penales en la LSE como de la dirección que ha orientado a los tribunales de justicia puede inferirse que, por una parte, no se observa una claridad en torno a la relación entre Seguridad Interior del Estado, Orden Público y Derechos Humanos; por otra parte, por regla general se tiende a identificar la protección de la estabilidad del Estado con la del Poder Ejecutivo, y finalmente, se ha tendido a reducir el concepto de orden público a “tranquilidad pública” u otros conceptos semejantes. Sobre este punto y sobre la idea de “estabilidad del sistema en peligro” volveremos durante el examen de la legislación española (vid., epígrafe 2.4.) y al tomar posición respecto de cuál creemos debe ser el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

Retomando la discusión anterior a la digresión realizada, pensamos que tiene razón Jorge MERA cuando advierte que los *delitos contra el orden público* en Chile, se encuentran regulados en la Ley de Seguridad del Estado (Ley 12.927), pero ello no es obstáculo para reconocer en el terrorismo la finalidad política, finalidad que otros sectores de la doctrina chilena sí reconocen⁵⁰¹. El que comete delitos de terrorismo evidentemente persigue atemorizar a la población o a un sector de ella, pero lo hace con un propósito, y éste es político. El verdadero terrorista es el que sobre la base de la creación de la inseguridad en la población, la inseguridad pública, pretende alterar las bases de la convivencia democrática, que están reguladas por el ordenamiento constitucional. Pero hay algo mas, los actos realizados tienen que tener *la capacidad para producir efectivamente la inseguridad y la alteración del orden constitucional*⁵⁰². No podemos comparar lo que en la Ley de Seguridad del Estado se regula bajo el título *de los delitos contra el orden público*, que más bien se refieren al orden y tranquilidad en las calles, con *los delitos de terrorismo*. Evidentemente una manifestación pública en la que piquetes de trabajadores o estudiantes realizan ciertos actos de desobediencia

⁴⁹⁷ GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991 p.232.

⁴⁹⁸ ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal*, T.IV, Ed. Gabriela Mistral, Stgo. 1976, p.231.

⁴⁹⁹ EN opinión similar MONTEALEGRE estima que los delitos contra el orden público se refieren a disturbios internos incluyendo sucesos de violencia colectiva, pero sin alcanzar la gravedad de los atentados contra la Seguridad Interior. MONTEALEGRE H. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, AHC, Santiago, 1979, p.409.

⁵⁰⁰ GONZÁLEZ, F.-MERA, J.- VARGAS, J. 1991, pp. 230 y ss.

⁵⁰¹ Así DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.201

⁵⁰² En este sentido concordamos con Jorge Mera en cuanto señala que el acto debe tener la capacidad para provocar el terror. MERA, J. 1984, p.17.

civil, lanzando cócteles molotov y alterando “el orden en las calles”, no es igual a que una organización decida hacer estallar un centro comercial mediante una bomba, causando numerosos muertos.

Por otra parte, cabe hacer presente que en la Ley de Seguridad del Estado el legislador diferencia claramente entre *los delitos contra la seguridad interior del Estado* y *los delitos contra el orden público*. La tipología de los primeros exige en algunos casos el alzamiento contra el gobierno constituido o la provocación de la guerra civil (art. 4 LSE), con lo que mas bien parece semejarse a lo que en España es el delito de rebelión y que originariamente se identificó con los golpes de Estado militares⁵⁰³; y en otros casos exige la finalidad de “alterar el orden constitucional o la seguridad públicas” e incluso “imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad” cuando se trata de la figura de secuestro (art. 5 a y b LSE), lo que plantea un problema de concurso de leyes entre la LSE y la Ley 18.314.

En los *delitos contra el orden público* el legislador se limita a enumerar una serie de conductas que más bien dicen relación con la alteración de la tranquilidad pública (p.ej. art. 6 LSE). Empero, cuando enumera los delitos contra la seguridad interior del Estado, también habla de orden público, como por ejemplo cuando sanciona a “los que en cualquier forma o por cualquier medio se alzaren contra el gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente a) los que inciten o induzcan a la subversión del orden público o a la revuelta...”(art. 4 a LSE).

Desde un punto de vista de la práctica judicial, evidentemente es mucho mas beneficioso para un acusado, que se le procese por alguna de las figuras contenidas en la ley de seguridad del Estado, ya que la penalidad establecida en ella es infinitamente menor a la contemplada en la ley antiterrorista, más esto no le quita su carácter de ley especial, y tampoco ha de ser el criterio que nos guíe en la determinación de cuál es el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo. Por lo demás, la Ley de Seguridad del Estado es también una ley penal especial, adscrita a esa “cultura de la emergencia” que se ha venido perfilando en Chile sin ir tan lejos, desde la dictadura militar, y que aún se mantiene en el régimen democrático, cultura que como hemos insistido en esta investigación, denota los rasgos de autoritarismo que subsisten en los sistemas democráticos.

1.4. Toma de posición (lege data y lege ferenda)

En nuestra opinión, y como apuntábamos al inicio, la ley 18.314 mantiene un carácter dual en la protección del objeto de tutela penal: De un lado, bienes jurídicos individuales, y de otro lado, bienes colectivos. Ahora bien, estos bienes colectivos, de lege data, pueden identificarse por una parte con *la seguridad pública*, desde que el legislador hace referencia a la finalidad de intimidar a la población; y por otra parte con *la seguridad interior del Estado* (y no con el orden público) desde que el legislador se refiere alternativamente a la finalidad de “imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad”. Recordemos que la propia LSE destinada a regular los delitos contra la seguridad interior y el orden público, parece distinguirlos ubicándolos en títulos apartes⁵⁰⁴, porque como hemos visto también se refiere a “la subversión del orden público” como elemento de los delitos contra la seguridad interior. *Esto no significa, empero, que consideremos que sean éstos bienes jurídicos los que deben proteger los tipos penales de terrorismo*, ya que la “seguridad interior” alude a un fin del Estado más bien en cuanto institución, y no un fin de la comunidad toda. De lo contrario caeríamos en el riesgo de utilizar la ley penal como herramienta para la eliminación del disenso político sobre la base de

⁵⁰³ Sobre este punto mas ampliamente GARCÍA RIVAS, N. *La rebelión militar en derecho penal*, Eds. Universidad de Castilla La mancha, 1990., LAMARCA, C. “*Terrorismo y Golpe de Estado*”, en *Tratamiento Jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, pp. 213 y ss.

⁵⁰⁴ Título II: Delitos contra la seguridad interior del Estado, Título III Delitos contra el orden público, ambos de la Ley 12.927 sobre seguridad del Estado (Nº 12.927).

la manipulación de las conciencias individuales, haciendo creer a la comunidad que los intereses del Estado son sus “intereses”. En otras palabras, transformar en intereses generales los que pertenecen a quienes detentan el poder valiéndose de la eficacia simbólica de la ley penal.

La verdad es que, de *lege data*, se advierte una confusión entre los bienes jurídicos protegidos por la LCT. 18.314 y la LSE (Nº12.927). Por una parte, nos encontramos con que en la LCT se exige una finalidad alternativa de “arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad” que parece aludir al Orden Público en el sentido de protección de la seguridad interior del Estado, del orden político establecido, o de disciplina social y política, y por otra parte nos encontramos con que la LSE, dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado sanciona conductas exigiendo esta misma finalidad (art. 5b), y si vamos más allá y fijamos nuestra atención en lo que la doctrina considera es objeto de tutela penal en la ley 18.314 : “seguridad y orden públicos” también se encuentra en la ley de seguridad del Estado (art. 5 a) y 5b), claro que en esta última se contempla también la finalidad de “alterar el orden constitucional”, lo que a juicio de DEL BARRIO y LEÓN REYES no tiene el carácter de bien protegido sino de móvil, y para MERA es la característica de los delitos políticos que contempla la ley de seguridad del Estado, y no una finalidad propia de los delitos de terrorismo.

No está claro, por tanto, cuál es el bien jurídico que protege la ley 18.314, y al existir esta indeterminación el bien jurídico no cumple con su *función garantizadora de carácter cognoscitivo*, ya que la sociedad no sabe qué es exactamente lo que se está protegiendo, lo que implica una merma al menos al *principio de tipicidad* (base de lo injusto penal en conjunto con la antijuridicidad, ámbito dogmático). El derecho penal del hecho obliga a sancionar actos sobre la base del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, esto es, los actos que la LCT sanciona sólo entran en consideración *desde* el bien jurídico, describiendo la conducta en su “desvalor social objetivo”⁵⁰⁵, debiendo cumplir con los principios de responsabilidad por el hecho y de lesividad.

Por otra parte, esta indeterminación no permite al bien jurídico desarrollar *su función crítica*, esto es, la pregunta del por qué se protege un determinado interés (ámbito político criminal). Y si vamos más allá, tampoco permite avistar que exista un enlace entre la valoración social y la dogmática, punto nuclear para la tipificación de las conductas, ya que la realidad social en Chile, como decíamos en la primera parte de esta investigación, al momento de dictarse la ley 19.027 que modificó la LCT 18.314 no manifestaba la existencia de un clima de violencia política terrorista. En esos momentos, recién iniciada la transición democrática de lo que se trataba era precisamente de “garantizar en mejor forma los derechos de las personas” como se propusieron las denominadas *Leyes Cumplido*, sin desconocer los esfuerzos legislativos, no vemos en esos momentos la exigencia social de protección - de no se sabe exactamente qué- *a través de una ley penal especial*, ello en el entendido que los bienes jurídicos están constituidos por relaciones sociales concretas y dialécticas (contenido material) que son las que van a determinar la protección de aquello que se estima como esencial para la subsistencia del sistema social, en el caso de los delitos de terrorismo, la convivencia democrática. De ahí la importancia de determinar exactamente si lo que se quiere proteger son bienes jurídicos individuales- para lo que no hace falta una ley penal especial dada la existencia de los tipos penales comunes- o son bienes jurídicos colectivos, en donde el legislador debe ser cuidadoso en no confundir la necesidad de protección al orden constitucional con el orden público entendido como “orden en las calles”. Sobre este punto volveremos tras analizar la legislación española.

2.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ARTS. 571 Y SS CP 1995.

Al igual que en la legislación chilena, la dificultad en la identificación del bien jurídico

⁵⁰⁵ BUSTOS, J. 1984, p.181, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, p. 81.

protegido en los delitos de terrorismo en España subyace al concepto de Orden Público y a los elementos subjetivos de lo injusto relativos a la finalidad perseguida por el autor. La ubicación de los delitos de terrorismo en el Título XII del Libro II del CP relativos a los Delitos contra el orden público, puede conducirnos- si utilizamos el criterio sistemático- a señalar que el bien jurídico protegido es el Orden Público, concepto que presenta límites difusos. Quizá por ello es que el legislador, en el afán de señalar lo que debería entenderse a estos efectos por Orden Público, exige para la configuración de los tipos penales de terrorismo (arts. 571,575 y 577) la comisión material directa de una serie de figuras delictivas (delitos comunes) por parte de quien pertenece, actúa al servicio o colabora con bandas armadas, organizaciones o grupos (elemento estructural), delitos que han de tener por finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (elemento subjetivo), ambos conceptos que se encuentran de una u otra manera presentes en la noción de Orden Público. En adelante nos referiremos a este último por su indudable conexión con el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

2.1. Aproximación al concepto de orden público.

En general se entiende que el *orden público* tiene dos vertientes: por una parte, la protección del ordenamiento político establecido (orden constitucional) y por otra parte la tranquilidad pública o paz pública⁵⁰⁶. La primera de estas acepciones ha tendido históricamente a identificarse con el concepto de seguridad del Estado, cuya manifestación mas aguda se dio bajo el régimen franquista. La segunda de estas acepciones se refiere “a los bienes o expectativas sociales mas directamente vulnerados por el terror y la alarma que los terroristas pretenden crear en beneficio de sus propios fines”⁵⁰⁷.

Bajo la vigencia de los Códigos Penales de 1944, 1963 y 1973 hasta la reforma de 1978, el orden público a efectos de los delitos de terrorismo era entendido en el primer sentido mencionado, identificándole con la *seguridad del Estado*, esto es, lo que se protegía era el régimen político imperante, la forma de gobierno, la estabilidad y el normal funcionamiento de los órganos del Estado⁵⁰⁸. Así el artículo 1º de la Ley de Orden Público de 1959 le definió como: “el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las leyes constituyen el fundamento del orden público”. En su artículo 2º se refirió a “la paz pública o la convivencia social” entendida como “tranquilidad en las calles”, pero incluso la jurisprudencia cuando se refería a este último sentido, se refería a la paz pública en cuanto fin básico del Estado⁵⁰⁹.

Se trataba de una concepción omnicomprensiva del orden público que le identificaba con “el orden jurídico y político establecido” carente de controles externos y de contenido desde que se correspondía, en general, con la “sumisión al Estado”⁵¹⁰. Así concebido, la consecuencia siguiente era la aplicación de una verdadera “política penal de orden público” anclada ideológicamente en una estrategia antiterrorista basada en la clásica distinción “amigo-enemigo”. En esta estrategia la legislación de emergencia prolifera cómodamente formando parte de una “red difusa de protección frente al disenso político”⁵¹¹ para conseguir su

⁵⁰⁶ Así, en la doctrina española ZÚÑIGA, L. 1993., pp.130-132.; GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp.125 y ss. BUENO ARÚS, 1984, p. 119. En Chile, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS, 1991, pp.231 y ss.

⁵⁰⁷ BUENO ARÚS, F. 1984, p.119

⁵⁰⁸ Este es el sentido en el que se entiende originariamente para la represión de los delitos políticos. Así FILANGIERI considera que los delitos contra el orden político son en realidad delitos contra el orden público el que concibe como aquel orden político “que se determina por las leyes fundamentales que arreglan la distribución de las diversas partes del poder, los límites de cada autoridad, las prerrogativas de las diversas clases que forman el cuerpo social y los derechos y obligaciones que proceden de este orden”. Cita de LAMARCA, C. 1985, p. 52.

⁵⁰⁹ Por todos, GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp.126-127.

⁵¹⁰ LÓPEZ GARRIDO - GARCÍA ARÁN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Ed. Eurojuris, 1996, p.200.

⁵¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Crítica de la política penal de orden público*, en CPC N°16, 1982, p. 52.

marginación, enmascarando este objetivo bajo la forma de una lucha contra la delincuencia en general. Se trataba de conseguir el aislamiento del disenso más radical para procurarles un tratamiento particularmente especial.

A partir de la Constitución de 1978 la Ley de Orden Público quedó tácitamente derogada, subsistiendo hasta 1992. El tratamiento a los delitos de terrorismo fue orientado hacia una despenalización, considerándoseles delitos comunes (Leyes 56/78 y 82/78)⁵¹², y por tanto el bien jurídico protegido deja de ser el orden público entendido como protección o seguridad del Estado. En 1979 se dicta el **DL 3/79 sobre seguridad ciudadana**, noción en torno a la cual comienza a identificarse el objeto de ataque en los delitos de terrorismo. Y así lo demostró la Ley 11/80 haciendo referencia a hechos “que incidan gravemente en la seguridad ciudadana” en relación con las bandas armadas, concepto que aparecía en la legislación antiterrorista vigente (como delitos autónomos).

Junto a la noción de *seguridad ciudadana*, aparece, pero ya en el propio texto constitucional, la noción de *seguridad pública* (art. 149.1.29) que la jurisprudencia interpretó en un sentido más amplio, considerando que aquella era un aspecto de esta última⁵¹³. En este entendido, la *seguridad pública* se refiere a la protección de personas y bienes, mientras que la seguridad ciudadana es un aspecto de dicha protección que se identifica con la “tranquilidad en las calles”. En otras ocasiones la jurisprudencia tiende a equiparar el orden público a “seguridad ciudadana”, y a la vez, separar ésta de la “tranquilidad en la calle” por cuanto aquella tendría un significado más restringido desde que se le utiliza para referirse al terrorismo y otros hechos que causan alarma en la población⁵¹⁴. Luego, la tendencia predominante en la jurisprudencia era a identificar el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo con un aspecto del orden Público, la seguridad ciudadana, conceptos en los que se mostraba confusa en cuanto a su delimitación.

Con la posterior promulgación de la **L.O. 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana**, la noción de *orden público* se define más claramente como “tranquilidad en la calle”⁵¹⁵. Con ello se enlaza el sentimiento de “inseguridad ciudadana” o “intranquilidad pública” con la represión al disenso político llegando a extenderse esta última noción a cualquier otra forma de violencia. Al estimar que el elemento predominante en el terrorismo era la incidencia en la tranquilidad y seguridad ciudadana, sin dar relevancia a la finalidad política o a la gravedad real de los medios empleados se estaba desconociendo la naturaleza singular del terrorismo frente a otras formas de delincuencia. Con ello se generaba “una grave falta de seguridad jurídica al extender la restricción o suspensión de los derechos fundamentales a los no terroristas, a ese sujeto difuso e indeterminado por las leyes de Seguridad ciudadana”⁵¹⁶. Se consolidan así los cimientos de la política penal de orden público

⁵¹² Tanto fue así que la Ley 82/78 transformó el antiguo art. 263 ACP que regulaba el “terrorismo de segundo grado o en tono menor” en una modalidad de desórdenes públicos, pasando a ser el art. 264 ACP, bastando para la perfección delictiva que los sujetos activos tuvieran por finalidad atentar contra la paz pública, sin que se exigiese ya el ánimo de provocar el terror o atemorizar a la población (SSTS 25 nov. 1983, 30 enero y 5 julio 1984). PRATS CANUT, José Miguel. “De los delitos de terrorismo”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MUÑOZ, d. Aranzadi, 1996 a); pp.1578-1593, esp. p.1579; 2ª edición, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, 1999, pp. 1618-1634, esp. p. 1620.

⁵¹³ Para el Tribunal Constitucional “la ‘Seguridad Pública’...supone una noción más precisa que la de ‘Orden Público’...en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad..., que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”. STC 33/1982. Ampliamente GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp.128 y ss.

⁵¹⁴ Así, STC 36/1982 de 16 de junio. Ampliamente GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp. 130 y ss.

⁵¹⁵ Ampliamente sobre el concepto de seguridad ciudadana y sus incidencias en el derecho fundamental a la libertad personal ZÚÑIGA, L. 1993.

⁵¹⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis A. “Terrorismo y sistema penal”, en AA.VV., *Reforma política y Derecho*, Madrid, 1985, p.164.

basados en un control social férreo para todos aquellos que están al margen del sistema productivo y para los no partidarios del sistema económico social.

Mas tarde, la doctrina fue decantándose por el concepto de *Orden Público material*, tendiendo a separar el orden público, entendido como orden político constitucional, y el concepto de *paz pública*. Así el Tribunal Supremo en STS de 19 de junio de 1985 separa los conceptos de *orden público* y *paz pública*, entendiendo esta última en un sentido más amplio, y equipara aquel a “tranquilidad pública”⁵¹⁷. En STS 25-11-1983 indica que como viene señalando la reiterada jurisprudencia para la realización del tipo (terrorismo) basta que los sujetos lleven a cabo las conductas descritas con la finalidad de atentar contra el orden público, sin que sea necesario por el contrario, para la perfección delictiva sembrar el terror, con lo que claramente está reconociendo al terrorismo una finalidad política⁵¹⁸.

No obstante no siempre se ha dado a la finalidad política la relevancia que actualmente se observa en el CP de 1995. Así el Tribunal Constitucional en la STC 199/1987 de 16-12 declara que la característica esencial al terrorismo es “el propósito o en todo caso el efecto de difundir una situación de alarma o de inseguridad social”⁵¹⁹, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado e indiscriminado de esta actividad delictiva, con entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo en la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana y por suponer un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Con ello en realidad se está diciendo que los delitos de terrorismo pretenden proteger la tranquilidad en las calles, elemento básico de las políticas penales de orden público. Si bien la sentencia determina éste como elemento relevante, no elimina completamente el elemento político y mas bien tiende a objetivarlo en relación al concepto de banda armadas, entendiendo que cualquier interpretación restrictiva del mismo incriminando “a personas o a grupos que actuaran, con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo en peligro” sería inconstitucional⁵²⁰.

A partir de la tipificación realizada por el CP de 1995, la noción de orden público, supuesto que fuere el bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo, tiende a ampliarse pero a la vez restringirse. La consideración “alternativa” entre la finalidad política de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública, exigiendo la concurrencia de “cualquiera” de estos dos elementos subjetivos para la configuración de los tipos penales parece dar a entender que el *Orden Público* ha de ser comprendido en su doble acepción, con lo que el concepto tiende a ampliarse. Esto porque el orden público no es entendido solo como “tranquilidad en la calle” sino también como el “sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal”⁵²¹. Pero a la vez, tratándose de la subsunción de las conductas en los tipos penales de terrorismo, este mismo orden público, amplio, tiende a restringirse ya que para la configuración del tipo se requerirá tan solo uno los dos aspectos (finalidades). La decisión tanto doctrinaria como jurisprudencial se ha orientado mas bien hacia la interpretación que debe dársele a estos elementos, cada uno por separado. Sobre este punto volveremos tras mencionar qué es lo que la doctrina considera como objeto de tutela penal en estos delitos.

⁵¹⁷ En igual sentido STS de 5 de octubre de 1985. Ampliamente GARCÍA RIVAS, N.1990, p.133 y ss.

⁵¹⁸ En el mismo sentido la Audiencia Nacional indicó en SAN 23-2-1987 que declara que la finalidad primordial es la de atentar contra el orden público sin que sea necesario para configurar la conducta típica sembrar el terror. Cfr.. BARÓN, S. “*Legislación y Jurisprudencia, Título XXI del Código Penal. Delitos contra la Constitución*”, en AA.VV. *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J.C.Ferré Olive y E. Anarte Borallo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p.273..

⁵¹⁹ Críticamente TERRADILLOS, J. 1988, pp. 57 y ss.

⁵²⁰ TERRADILLOS, J. 1988, p.59. En el mismo sentido LAMARCA, C. 1989, p.960.

⁵²¹ En esta interpretación, pero refiriéndose al “orden público” en cuanto concepto bajo el cual se agrupan todos los delitos contenidos en el Título XXII del Libro II del CP, LÓPEZ GARRIDO - GARCÍA ARÁN. 1996. p.200.

2.2. La discrepancia doctrinaria en la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

Como consecuencia de los difusos límites del concepto de orden público la doctrina ha sido dispar en la identificación del objeto de tutela penal en el terrorismo. La doctrina mayoritaria coincide en la necesaria relevancia que ha de darse el elemento político, de ahí que identifiquen el bien jurídico protegido mas bien con lo que se puede denominar “ordenamiento constitucional del Estado democrático”. Quien más claramente se decanta por esta postura es Carmen LAMARCA, para quien la concepción del terrorismo como institución político criminal pone de relieve que “el bien jurídico atacado no es solo aquel que se lesiona de un modo concreto sino la propia unidad del ordenamiento estatal y la exclusividad de los cauces constitucionales como forma de lucha política”⁵²². A la misma conclusión pueden llevar las consideraciones de GÓMEZ CALERO⁵²³, ARROYO ZAPATERO⁵²⁴, TERRADILLOS y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁵²⁵ desde que consideran como secundario el elemento tranquilidad y seguridad ciudadana, poniendo en primer orden la finalidad política.

De manera similar, SERRANO PIEDECASAS⁵²⁶ aludiendo a la pluriofensividad de bienes en los delitos de terrorismo, destaca en primer término que estos delitos “a) atentan contra la Constitución, en cuanto tratan de socavar las instituciones y los principios fundamentales mediante el empleo de la coacción y la violencia”, pero dice también que estos delitos “ b) atentan contra el Orden Público, en cuanto perturban la paz social y la seguridad ciudadana”, y “c) atentan contra las personas y la propiedad”⁵²⁷. De estas afirmaciones podemos deducir que para SERRANO PIEDECASAS, el orden público no necesariamente se identifica con el ordenamiento constitucional, y que mas bien tiende a concebir éste como “paz social”, elementos ambos que se encuentran presentes en el CP de 1995 y la actual tipificación de los delitos de terrorismo, claro que concebidos de manera “alternativa” y no conjunta como propone el autor.

Mucho mas restrictiva es la posición de CUERDA ARNAU⁵²⁸, para quien el bien jurídico protegido “no es otro que la *seguridad interior del Estado*, o si se prefiere, ‘la preservación del

⁵²² LAMARCA, C. 1985, p. 451; en sentido similar al referirse a la necesaria presencia de una finalidad política, ob. cit. 1989, pp.961 y ss., ob.cit. 1993, p.546.

⁵²³ GÓMEZ CALERO, J. “*Delitos de terrorismo*”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XI, Madrid, 1990, p.268.

⁵²⁴ “Solo la finalidad política...acompañada de los indicados medios (que atacan bienes jurídicos fundamentales), que han de ser objetivamente idóneos para alcanzarla, permite identificar al objeto merecedor de una política jurídica de especial severidad”. ARROYO ZAPATERO, L. 1985, p. 163:

⁵²⁵ “La acción terrorista, como acción política que es, supone, en último término, un intento de incidir en el desarrollo de una determinada forma de convivencia, mediante la lesión de bienes jurídico de importancia trascendental, o a través de la utilización de medios que provoquen alteraciones graves de la vida ciudadana” TERRADILLOS, J.- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. “*Terrorismo y derecho penal*”, *Informaciones*, 11 nov. 1978, Suplemento político núm. 172, p.1. En igual sentido, TERRADILLOS, J. 1988, p.55.

⁵²⁶ SERRANO PIEDECASAS, J.R.1988, p.175.

⁵²⁷ En este mismo sentido se pronunció antes junto a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “Sólo la reunión de estos requisitos (medios y resultados, de un lado, y finalidad por el otro) parece dar en principio pie a una política penal de especial severidad, puesto que lesionan varios bienes jurídicos individuales, como son, la vida, la libertad y la salud, por otro, un bien colectivo, la subsistencia del Estado democrático de Derecho”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE- SERRANO PIEDECASAS. “*Reflexiones político criminales sobre el terrorismo*”, *RDPC*, N° 34,1988, p. 93. En similar sentido La finalidad es “la de conmovir los fundamentos del Estado democrático de Derecho”, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “*Garantías ante la suspensión de derechos fundamentales*, , en *Rev. Sistema N°42*, , Mayo de 1981, p.73.

⁵²⁸ CUERDA ARNAU. M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p.367. Menos enfática pero a la misma conclusión llevan las opiniones de VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU quienes si bien no se pronuncian directamente sobre el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, en los comentarios respecto al delito de asociación ilícita (art. 515 CP) y al referirse específicamente al concepto de bandas armadas a efectos del art. 515 n°2 del CP, estiman que el carácter armado de la banda ha de establecerse en atención a la gravedad del

funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas' (STC 8-04-1981)", planteamiento que estimamos lleva implícito el peligro de utilizar el derecho penal como instrumento de manipulación política frente al disenso, tal como ocurría con la Ley de Orden Público de 1959.

Otro sector de la doctrina tiende a identificar el bien jurídico protegido con conceptos que dicen relación más bien con la noción de *tranquilidad pública*. Así para EBILE⁵²⁹, el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo es "la seguridad y el orden públicos", concibiendo aquella como la "razonable esperanza de no ser víctima de agresiones", el "sosiego de amplios sectores de la población", y al orden público con una noción similar "concretas agresiones a las personas, al patrimonio de los servicios públicos...".

Actualmente, la doctrina, a la luz del CP de 1995, en general no se pronuncia directamente en relación a cuál es el bien jurídico protegido, optando por referirse más bien a los elementos que han de estar presentes para la configuración del tipo penal: teleológico y estructural, enfatizando el primero. Así, MUÑOZ CONDE indica que el terrorismo "es una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad política (o como después se verá, de alterar la paz pública)", "finalidad política consistente en un afán por desestabilizar el sistema democrático y las bases sobre el que éste se asienta"⁵³⁰. Una línea similar es la que han seguido CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO⁵³¹, CARBONELL MATEU⁵³², POLAINO NAVARRETE⁵³³, y LUZÓN CUESTA⁵³⁴, entre otros⁵³⁵.

Parece ser que a la luz del texto legal vigente, como señala PRATS CANUT⁵³⁶, el legislador identifica el bien jurídico protegido tanto con el "orden constitucional", como con la "paz pública" aunque ubique a los delitos de terrorismo dentro de la categoría de los delitos contra el "orden público", que como se ha visto es un concepto mucho más amplio que cada uno de los anteriores considerados por separado como exigen los tipos penales de los arts. 571, 575 y 577 CP.

Es necesario insistir en la idea de que el Orden Público tiene dos vertientes, no necesariamente opuestas, como demuestran los arts. 571 y ss. del CP, y que son, de un lado, la necesidad de protección del ordenamiento constitucional, y de otro lado, la necesidad de protección de la paz pública. Otra cosa es que a lo largo de la historia de la legislación antiterrorista, el orden público haya sido entendido en uno u otro sentido. Al ser el orden público un concepto de difícil delimitación, no puede – sin lesionar el principio de legalidad- ser

hecho desde el punto de vista de "la seguridad interior". VIVES ANTÓN/ CARBONELL MATEU. "*Delitos contra la Constitución*" en VIVES ANTÓN- BOIX y otros. *DP.PE.*, 2ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996 a), p.761.

⁵²⁹ Así EBILE, J. 1985, pp.89-90

⁵³⁰ MUÑOZ CONDE, F. *DP. PE.*, 1996, pp.778-780.

⁵³¹ CALDERÓN CEREZO, A.- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *DP.PE.*, T.II, Ed. Bosch, 1999, pp.1229-1231.

⁵³² CARBONELL MATEU, J.C. "*Delitos contra el Orden Público, 6.Terrorismo*", en VIVES ANTÓN- BOIX REIG, y otros, ob.cit. 1996 a), pp.800 y ss. El autor no se pronuncia respecto del bien jurídico específicamente en los delitos de terrorismo, pero sí lo hace en relación a otros delitos contra el orden público, como los atentados contra la autoridad (p.787) y los desórdenes públicos, (pp.792-793). Empero, como se decía, junto a VIVES ANTÓN, al pronunciarse en relación a los conceptos de banda armada y grupo terrorista parece considerar la seguridad interior del Estado como bien jurídico protegido.

⁵³³ POLAINO NAVARRETE, "*Delitos contra el Orden Público (V). Delitos de terrorismo*", en *Curso de DP.español. PE.*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997 a), p.906.

⁵³⁴ LUZÓN CUESTA, J. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dikynson, 6ª edición, 1996 p.361, 7ª ed, 1998, p.361.

⁵³⁵ Sin pronunciarse respecto al bien jurídico también MORA ALARCÓN, J.A. *Suma de DP. PG y PE.*, Edisofer, 1996, pp.697 y ss. MARCHENA GÓMEZ, M. *Código Penal de 1995*, Ed. Comares, 1997, pp. 543 y ss.

⁵³⁶ PRATS CANUT, J.M. 1996 a), esp. p.1581, 2ª ed. 1999, p. 1619. En el mismo sentido BARÓN QUINTERO, S. ob. cit. Ferré Olive y Anarte Borrallo Editores, 1999, p.272.

concebido como el bien jurídico protegido, a menos que se le interprete como orden público exclusivamente material, esto es, “orden público constitucional”⁵³⁷.

2.3. Interpretación de acuerdo al texto legal.

El legislador emplea dos conceptos que aparecen alternativamente para la configuración de los tipos penales, como finalidades perseguidas por el autor: subvertir el orden constitucional, o alterar la paz pública. Cabe destacar que al exigir la finalidad de subvertir el orden constitucional se reconoce en el terrorismo una clara finalidad política, que no le distancia mucho de la que se exige en el delito de rebelión, delito que sin embargo el legislador ubica en un lugar distinto en el CP bajo el título de delitos contra la Constitución. Cabe señalar este respecto que los delitos de terrorismo se diferencian del delito de rebelión por cuanto éste exige el alzamiento público⁵³⁸.

a) La “subversión” del orden constitucional.

La expresión “subvertir el orden constitucional” que emplea el legislador suscita no poca polémica. La verdad es que parece apuntarse a la incriminación de conductas que provienen de lo que sociológicamente hemos denominado “terrorismo insurgente” dejando al margen el terrorismo patrocinado por instituciones del Estado y perpetrado por sus agentes.

La polémica alcanzó su punto máximo cuando la Audiencia Nacional en Sentencia de 20 de septiembre de 1991, en el *Caso Amedo y Domínguez*⁵³⁹, negó el carácter de terroristas a los delitos cometidos por estas personas bajo las siglas GAL, señalando que la finalidad política a que el legislador aludía para la incriminación de las conductas como delitos de terrorismo debía concretarse en la alteración del orden constitucional entendido solo como “cambio o modificación del mismo”, y no como “defensa de la estabilidad” del régimen político imperante, aunque ello se realizara “por medios jurídicamente repudiables”⁵⁴⁰. En otras palabras, los hechos “aparentemente terroristas”⁵⁴¹ cuando eran cometidos para “preservar” el orden constitucional debían ser sancionados como delitos comunes. Este criterio restrictivo ha sido acogido por un sector minoritario de la doctrina⁵⁴². Y este fue también uno de los argumentos que esgrimió ante la Audiencia Nacional la Fiscalía Nacional en defensa del General Pinochet, impugnando tanto la competencia de los tribunales españoles para juzgarle, como la calificación de los hechos como delitos de terrorismo, entre otros. La Fiscalía Nacional consideró discutible que las Fuerzas Armadas chilenas o argentinas hubiesen actuado como banda armada al margen de la ley, toda vez, que su objetivo “nunca fue el de subvertir el orden constitucional vigente, sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido a fin de subsanar las insuficiencias para mantener la paz pública que tenían los sistemas derrocados”.⁵⁴³

⁵³⁷ Así GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp.125 y ss.

⁵³⁸ Dice GROIZARD: “faltando el alzamiento que es el medio característico, desaparece el delito de rebelión” y por tanto se distingue entre la alarma mediata que produce todo delito y la alarma inmediata que produce un alzamiento. GROIZARD. *Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo III, 2ª ed., Madrid, 1911, p.594. Cit. por GARCÍA RIVAS, N. 1990 p.135.

⁵³⁹ Un estudio completo de esta sentencia en LAMARCA, C. “*Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*”, *ADPCP*, 1993 a), pp.535-559.

⁵⁴⁰ Sentencia nº30/91 de 20 de septiembre de 1991, de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional. *Fund. Jurídico* 13º.

⁵⁴¹ LAMARCA destaca “y tan aparentemente que fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional”, 1993 a), p. 538.

⁵⁴² Así FERNÁNDEZ- GANZEMULLER, ESCUDERO, FRIGOLA y VENTOLÁ, sostienen que “el concepto de terrorista, basado en el texto punitivo (CP 1995), hace que el llamado terrorismo de Estado ...no lo sea propiamente, sin perjuicio de que las bandas armadas o grupos terroristas puedan ser castigadas conforme a los arts. 515 y ss., y que los delitos que realicen las mismas sean igualmente castigables, pero conforme a los preceptos comunes en la mayoría de los casos, al faltar el elemento subjetivo, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.338, nota 123.

⁵⁴³ “*Documento Fungairiño*”. Equipo NizKor, <http://www.derechos.org>, Madrid, 2 de Oct de 1997

Evidentemente si acudimos a la interpretación literal del vocablo “subvertir” llegaremos a una conclusión semejante. Subvertir (*del lat. subvertere*) significa “trastornar, revolver, destruir”⁵⁴⁴. Empero, creemos que no puede, en un Estado democrático, interpretarse la ley penal en un sentido literal cuando éste conduce a una discriminación ideológica arbitraria. No puede sostenerse, si se quiere preservar la democracia, que quien mata “para preservar el orden constitucional” realiza una conducta menos reprochable (no terrorista) que quien lo hace para “modificar el orden constitucional” (terrorista). En ambos casos existe un acometimiento en contra de los postulados básicos del mismo, en ambos se lesionan los derechos humanos y el orden constitucional, máxime cuando se trata de delitos perpetrados por agentes del Estado, ya que ellos se encuentran en una posición de “garantes” en relación al respeto de ese ordenamiento⁵⁴⁵.

Esta interpretación restrictiva, tendente a la sola sanción del “terrorismo insurgente o revolucionario”, podría inducirnos a pensar que el legislador ha discurrido sobre la base de la consideración del objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo identificándole con el orden público en su versión de “seguridad del Estado”, como ocurría bajo el régimen franquista. No parece ser ese el espíritu del legislador desde que los tipos penales han de adecuarse al sistema de valores que la Constitución Política consagra y que se corresponden con los principios del Estado democrático de Derecho⁵⁴⁶. Por otra parte la consideración de que el orden constitucional solo resulta lesionado cuando se pretende “modificarle” recurriendo a métodos violentos, que se apartan de los cauces de participación democrática, supone indirectamente la aplicación de la legislación antiterrorista como parte de una política penal de orden público, que tiende a sancionar cualquier tipo de delincuencia apelando a la necesidad de proteger la “seguridad ciudadana”, que no puede ser interpretada en este contexto mas que la necesidad de proteger el “orden en las calles”.

La doctrina mayoritaria coincide en una interpretación amplia, sosteniendo que la expresión “subvertir el orden constitucional” debe ser entendida como “*alteración del orden constitucional democrático*”⁵⁴⁷ siendo éste el bien jurídico protegido en los delitos que tienen una finalidad política, como la rebelión y el terrorismo⁵⁴⁸. Y esta es también la línea que ha seguido la jurisprudencia. Así el Tribunal Supremo señala como finalidad la pretensión de “*alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado Social y Democrático de derecho al que se refiere el art. 1 de la Constitución*”⁵⁴⁹.

544 R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1913.

545 Véase supra Cap. V, 3. *Los delitos de terrorismo en el CP de 1995*, y en este mismo capítulo VI, Apartado I, 5.- *Digresión acerca del Terrorismo de Estado y su posibilidad de sanción en el campo del derecho penal interno*.

546 En este sentido, LAMARCA, C. 1993 a), p. 545.

547 Así LAMARCA, C. 1993 a), p.546; DE JORGE MESAS, Luis F. “*Restricciones al derecho de asociación para prevenir y perseguir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas*”, en AA.VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CDJ, CGPJ, 1996, p.335; MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.780, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1229, POLAINO NAVARRETE, M. 1997 a), p.906, DE PRADA SOLAESA, R. “*Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*”, *JpD* núm., marzo, 1996, p. 74, BARÓN QUINTERO, S. 1999, p.273,

548 Mayoritariamente a favor de considerar el “ordenamiento constitucional democrático” como el bien jurídico protegido en las infracciones políticas: GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp. 136 y ss., LAMARCA, C. 1985, p. 451; 1989, p. 961 y ss., 1993, p.546. ARROYO ZAPATERO, 1985, p. 163, TERRADILLOS, J.- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; 1978, p.1., TERRADILLOS BASOCO, 1988, p.55, SERRANO PIEDECASAS, 1988, p.175., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE- SERRANO PIEDECASAS. 1988, p. 93. ; GÓMEZ CALERO, J. 1990, p.268

549 STS de 29 de Julio de 1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*).Fund. Décimoquinto. En este caso la sentencia absolvió a los acusados del delito de pertenencia o colaboración con banda armada como agravación específica del delito de asociación ilícita, por no encontrarse acreditados los elementos constitutivos de la noción de banda armada. No constaron para el TS ni la estabilidad, ni el armamento adecuado, ni el resultado de perturbación de la convivencia ciudadana.

El Tribunal Constitucional al definir el terrorismo como "un desafío a la esencia misma del Estado democrático"⁵⁵⁰ estima que "en un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista *no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política*, sino porque *su forma delictiva de exteriorización*, es decir, *el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que, casi siempre como mera excusa, se expresan, ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal. a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política*. Es cierto que el individuo o grupo terrorista puede ser portador de un diseño político o de un proyecto o programa de organización político-social de la convivencia, *más tal presupuesto pierde su valor jurídico por la utilización de la violencia*"⁵⁵¹.

La Audiencia Nacional resume su tendencia en este sentido con ocasión de la petición de extradición y procesamiento del General Pinochet, por los hechos cometidos bajo el marco de la *Operación Cóndor*: "Tal como consta se crea una organización armada, aprovechando la estructura militar y la usurpación del poder para, con impunidad, institucionalizar un régimen terrorista que *subvirtió en sí mismo el orden constitucional* para desarrollar con eficacia el plan de desaparición y eliminación sistemática de miembros de grupos nacionales, imponiéndoles desplazamientos forzosos, secuestros torturas, asesinatos y desapariciones"⁵⁵². "*La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete*, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial."⁵⁵³

Finalmente, la LO 2/1998, de 15 de Junio, que modifica el CP de 1995, vino a zanjar la discusión en torno a la interpretación que debía darse a la expresión "subversión del orden constitucional", entendiéndose por tal "*la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones*"⁵⁵⁴.

2.4.2. La alteración de la "paz pública"

La exigencia de la alteración de la paz pública suscita mayores problemas aún en cuanto a su contenido o precisión, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado⁵⁵⁵ y que provoca dificultades de delimitación con otras figuras del CP. Así ocurre con los delitos de desórdenes públicos del art. 557 que también exigen para la configuración del tipo "la alteración de la paz pública" y la "actuación en grupo"⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ SSTC 89/1993 de 12-05-1993. En sentido similar en SSTC de 30-08-1990 (*Caso Fox, Campbell y Hartley*), STC 136/1999 de 20 de julio (*Caso mesa Nacional HB*), delito de colaboración con banda armada por la difusión de video de ETA.

⁵⁵¹ STC 136/ 1999 de 20 Julio (*Caso Mesa Nacional de HB*) Fund. Jdco sexto Los subrayados son nuestros.

⁵⁵² Audiencia Nacional, JCI N° 5. Auto ampliatorio de la orden de detención y orden de prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet Ugarte, de 18 de octubre de 1998, Fundamento Segundo. Sumario 19/97-J., Los subrayados son nuestros.

⁵⁵³ Auto de la Sala de lo Penal de la AN de 5-11-1997 (Sección 1ª, ARP 1998/5944, *Caso Pinochet*) por el que reafirma la competencia y jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por militares chilenos y argentinos. Fund. Jurídico Sexto. Los subrayados son nuestros.

⁵⁵⁴ LO 2/1998 de 15 de junio, Exposición de Motivos. BOE núm 143 de 26 junio de 1998.

⁵⁵⁵ En este sentido, por todos, GARCÍA ALBERO, Ramón. "*De los desórdenes públicos*", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; dirig. por en QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MUÑIZ, Ed. Aranzadi, 1996, pp.1537 y ss., esp. p.1541, 2ª edición, coord. por MORALES PRATS, 1999, pp. 1576 y ss.

⁵⁵⁶ Art. 557: Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías...". Los subrayados son nuestros.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a separar los conceptos de paz pública y orden público. Para CARBONELL MATEU el orden público representa el funcionamiento regular de la convivencia ciudadana, en cambio, “la paz, no exige el funcionamiento ordenado de la vida pública”, definiéndose como “tranquilidad, quietud, o como “sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden”⁵⁵⁷. En similar opinión, para LUZÓN CUESTA “Paz pública y orden público no son absolutamente coincidentes. La paz es en definitiva, un estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social (S. 16-10-1991, Ruiz Vadillo)”⁵⁵⁸. BUENO ARÚS, en cambio, estima que la noción de paz pública debe entenderse como “paz social”, “seguridad ciudadana” u “orden en la calle”, ya que a su juicio estos “son los bienes o expectativas sociales mas directamente vulnerados por el terror y la alarma que los terroristas pretenden crear en beneficio de sus propios fines”⁵⁵⁹. PRATS CANUT en una dirección similar a la de Bueno Arús entiende que la paz pública es un aspecto de la paz social, entendiendo que aquella es la “resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos” pero que sin embargo reviste un concepto mucho mas amplio que el de orden público ya que ella se refiere a la “tranquilidad social o normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes en un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que imponga ...la vida cotidiana”⁵⁶⁰.

Se observa la indeterminación del concepto de “paz pública”, evidentemente no es lo mismo un estado de tranquilidad o sosiego, que hablar de “seguridad ciudadana” y orden en la calle, por todas las implicancias político criminales que estos últimos conceptos llevan consigo.

Pensamos que el elemento de alteración de la tranquilidad pública es consustancial a los delitos de terrorismo, porque como apunta alguna doctrina⁵⁶¹, viene a demostrar la pretensión de causar intranquilidad o desasosiego, e incluso temor en los ciudadanos, ya sea por la naturaleza del armamento utilizado en los hechos realizados o por la concreta clase de delito especial de alarma colectiva, vrg. la colocación de artefacto explosivo en un centro comercial. Consustancial pero no único ni exclusivo elemento, ni mucho menos determinante⁵⁶². Primero, porque de no considerarse la finalidad política como esencial, unida al elemento estructural en lo injusto, los tipos penales de terrorismo se transformarían en el cajón de sastre de otras conductas, generalmente de violencia social. Que una turba apedree una sede de un partido político ubicada en una zona transitada, causando lesiones a las personas, evidentemente altera la tranquilidad pública, pero no es un delito de terrorismo, es un delito de desórdenes públicos.

Segundo, porque no todo acto es capaz de alterar la paz pública⁵⁶³, luego, el acto debe tener la capacidad para provocar esa alteración de la normalidad en la convivencia de los ciudadanos⁵⁶⁴, cuestión que si bien aparece como susceptible de medición en casos extremos, no lo es tanto en otros. Naturalmente una bomba que estalla en un supermercado causando numerosos muertos, es un acto con capacidad para provocar la alteración de la tranquilidad

⁵⁵⁷ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.792. En expresa referencia al bien jurídico protegido por el delito de desórdenes públicos.

⁵⁵⁸ LUZÓN CUESTA, 1996, p. 361, 1998, p. 361

⁵⁵⁹ BUENO ARÚS, 1984, p.119.

⁵⁶⁰ PRATS CANUT. 1996 a), p.1581, 2ª ed. , 1999, p. 1619.

⁵⁶¹ Así POLAINO, M. 1997 a), p.906, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1231.

⁵⁶² En contra, POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.906, para quien la alteración de la tranquilidad pública es la característica en esencia diferenciadora, y CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1231. Estos últimos autores enfatizan no obstante el elemento político al considerar que la alteración de la paz pública es en definitiva “un atentado contra nuestra Ley Fundamental” desde que la alteración de la convivencia ciudadana implica la imposibilidad de ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional.

⁵⁶³ En este sentido PRATS CANUT. 1996 a), p.1581-1582, 2ª ed. 1999, p. 1619.

⁵⁶⁴ Así, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1231.

ciudadana, pero ¿lo es realmente el asesinato de ciertas autoridades políticas?. Hay que destacar que hablamos de “tranquilidad de la población” y no de “ciertos sectores de la población”. Hay que reconocer que, por una parte, la magnificencia de muchos asesinatos viene dada también por los mass media, y por otra parte que, con el estado de indiferencia que actualmente aqueja a la sociedad contemporánea, y esa pérdida de la capacidad de asombro ante muchas de las actuaciones de grupos o bandas armadas, difícilmente podremos arribar, en todos los casos, a un criterio uniforme en la medición de la tranquilidad pública. Queremos dejar en claro que no estamos aprobando una conducta semejante (asesinato), simplemente intentando determinar si la alteración de la tranquilidad pública es un elemento que pueda medirse “objetivamente” a efectos de instituirse como un bien jurídico protegido.

La jurisprudencia de la Audiencia Nacional, en reiteradas oportunidades ha manifestado su opinión acudiendo a la finalidad de causar alarma o terror como fin inmediato para conseguir el fin último (alterar el orden constitucional)⁵⁶⁵. El Tribunal Constitucional también en algunas sentencias se ha mostrado partidario de este criterio⁵⁶⁶. Para los tribunales, las finalidades exigidas en los tipos de terrorismo pueden definirse como “el propósito de infundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterativo y muy frecuente, indiscriminado de esta actividad delictiva, que ha de tener entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un gran rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana y por suponer un ataque al conjunto de la sociedad democrática”⁵⁶⁷.

Pensamos que la alteración de la paz pública si bien es un elemento de la delincuencia terrorista, no es un elemento privativo de ella⁵⁶⁸. De hecho esta misma finalidad, como hemos dicho, está presente en otros delitos, como los desórdenes públicos, siendo entonces difícil la delimitación entre una y otra figura. Esta alteración de la tranquilidad en las calles, esta quietud o desasosiego en la convivencia ciudadana, puede ser, o bien un resultado⁵⁶⁹ de los delitos comunes realizados por los grupos o bandas armadas, o bien, como apunta la jurisprudencia y alguna doctrina como “medio” para alcanzar la finalidad que se persigue. Lo cierto es que la delimitación de la “paz pública” a efectos de los delitos de terrorismo resulta un concepto vago que no permite identificarle- sin quebrar el principio de legalidad- con el bien jurídico protegido en estos delitos. Hemos visto cómo en reiteradas ocasiones a lo largo de la historia legislativa ella ha tendido a semejarse algunas veces al concepto de seguridad pública, o de seguridad ciudadana, pero que en definitiva continúa sin ser definido por la legislación.

Por otra parte, se plantean además serios problemas de prueba, ya que como sugeríamos antes, para nadie es una novedad que, en general, la “alarma pública” no es provocada tanto por la entidad de los actos terroristas, sino por la influencia de los medios de comunicación, a menos que se trate de actos que realmente tengan la capacidad de crearla, como por ejemplo, la colocación de una bomba en un centro comercial. No existe un criterio objetivo de medición de

⁵⁶⁵ S. 2/81, 22/81, 25/81 Y 39/81 (Sección 3ª), 71/84 (Sección 2ª), 66/85 (Sección 1ª) y 27/86 (Secc.3ª).

⁵⁶⁶ Señala el TC: “partiendo de la expresiva definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que se refiere al terrorismo como ‘dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin’, cabe exponer como fórmula definidora del mismo la de ser una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización. con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”. STC 136/1999 de 20 Julio, Fund. Jdco sexto, delito de colaboración con banda armada, (*Caso Mesa Nacional de HB*), difusión de video de ETA. En igual sentido Sentencias de la Sala de Lo Penal del TS. de 4 de noviembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 26 de enero de 1994 y 16 de mayo de 1995. También S.TEDH de 30 de agosto de 1990 (*caso Fox, Campbell y Hartley*).

⁵⁶⁷ STS 2838/1993 de 14 de diciembre; STC 199/1987 de 16-12, 89/1993 de 12-05, 71/1994. En la doctrina LUZÓN CUESTA, 1998, p.361.

⁵⁶⁸ En este sentido LAMARCA, C. 1989, p.547, nota 32.

⁵⁶⁹ En esta opinión LAMARCA, C. 1989, p.547, nota 32.

la misma que permita institucionalizarle como objeto de tutela penal, el que como hemos dicho al inicio de este apartado, ha de instituirse como el centro de los tipos penales principio de exclusividad) cumpliendo con los principios de responsabilidad y lesividad. Como expresa DE PRADA SOLAESA “en un Estado democrático la única finalidad político criminal legitimante, y por tanto el único motivo de incriminación admisible para la delincuencia terrorista, debe ser la preservación de la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder”⁵⁷⁰.

La LO 2/1998 de 15 de Junio interpreta la “alteración de la paz pública” señalando que ella supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público, de manera tal que se pongan en cuestión los propios fundamentos del sistema democrático. Acogiendo este criterio, algunos autores estiman que este elemento debe interpretarse como “un atentado contra nuestra Ley Fundamental” desde que la alteración de la convivencia ciudadana implica la imposibilidad de ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional⁵⁷¹. Empero, esta interpretación, aunque mas precisa que esa genérica “alteración de la paz ciudadana” tampoco parece llenar las expectativas de respeto al principio de legalidad que los tipos penales deben tener, la descripción de la conducta (principio de tipicidad), ya que también en cierta clase de actos puede alterarse la Carta Fundamental e impedir el ejercicio de determinados derechos: que un piquete de trabajadores en huelga obstaculice el paso en una determinada zona mediante barricadas, causando disturbios con la policía, naturalmente que impide a los transeúntes su derecho a la libre circulación, y esto no es un delito de terrorismo.

2.4. Comentario

La interrogante en torno a cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo *a la luz del texto legal vigente* creemos continúa sin respuesta, o al menos ésta resulta dudosa, a pesar de la coincidencia de la doctrina mayoritaria en estimar que el mismo se circunscribe al ordenamiento constitucional. La verdad es que más allá del bien jurídico cabe cuestionarse si en realidad el legislador no está demostrando una tendencia progresiva hacia la despolitización del terrorismo⁵⁷², no tanto ya en orden a privarle de los beneficios de los delitos políticos y pasar a considerarles delitos comunes, como en orden a utilizar los tipos penales para la aplicación de una política penal de orden público, tendente a disfrazar la incriminación de conductas que están al margen de la legalidad vigente, como delitos de terrorismo.

La redacción del art. 577 así parece indicarlo al señalar que la finalidad en los delitos de terrorismo es la de “subvertir el orden constitucional ‘o’ alterar la paz pública ‘o’ la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población...”. Es decir, podemos encontrarnos con conductas que “alterando el orden constitucional” pero no la paz pública sean calificadas como delitos de terrorismo, o viceversa, conductas que “alterando la paz pública” no alteren o no estén dirigidas a atacar el ordenamiento constitucional. Y asimismo podemos encontrar conductas que ni siquiera tengan por objeto estas finalidades, sino simplemente la de “contribuir” a las mismas mediante la causación del temor. Estas dos últimas situaciones son las que, a nuestro juicio, plantean problemas. En primer lugar, como hemos indicado, existe un problema de concurso con otras figuras penales, como el delito de desórdenes públicos. A ello se responderá que la esencia del terrorismo es una finalidad política, lo que si bien está claro a nivel de la doctrina, no parece quedar del todo claro del texto vigente. Es difícil pensar que las

⁵⁷⁰ DE PRADA SOLAESA, R. 1996, p.74, compartiendo la opinión de C. LAMARCA, 1989, p.546. En sentido similar PRATS CANUT, José Miguel. “*De los delitos de terrorismo*”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Ed. Aranzadi, 1996 a), p.1583, 2ª ed. coord. por MORALES PRATS, 1999, p. 1623.

⁵⁷¹ CALDERÓN CERESO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1231.

⁵⁷² En esta opinión MUÑOZ CONDE, para quien al incluirse la alteración de la paz pública se elimina, en parte, de esta materia, la connotación de delincuencia política. (MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE*, 1996, p. 780.

manifestaciones desplegadas por ciertos grupos, utilizando cierta clase de armamento menor (cócteles molotov), pueda ser calificada como delitos de terrorismo, aunque se trate de grupos “organizados”. Es evidente que toda manifestación de la violencia social tiene un nivel mínimo de organización, que no se condice con la organización de un grupo terrorista. Así por ejemplo, los piquetes en una huelga de trabajadores.

De ahí que pueda pensarse que, en realidad, lo que se pretende es aplicar un control social severo para todos aquellos que disienten con las estructuras de poder económico y social dominantes, por sobre la necesidad de prevenir y sancionar ataques terroristas, especialmente si consideramos que la paz pública en reiteradas ocasiones ha sido entendida como “seguridad ciudadana” u “orden en las calles”.

Ahora bien, ilógico sería calificar como delitos de terrorismo a una conducta que material, delito común, que alterando la paz pública, fuere incapaz de alterar el orden constitucional, ya que ello conduciría a pensar que el legislador atiende en la tipificación de los delitos al deseo del sujeto, lo que implica sancionar por la intención. ¿Es suficiente un delito de incendio cometido con la finalidad de perturbar la paz pública para alterar el orden constitucional?. ¿Es suficiente lanzar cócteles molotov, con el fin de provocar un estado de desasosiego en la población, de reivindicar ciertas demandas, aunque políticas, para al menos poner en peligro el orden constitucional?.

Esto ha sido parcialmente subsanado con la LO 2/1998 quien entiende que *la alteración de la paz pública debe circunscribirse a actos que pongan en cuestión los fundamentos del sistema democrático*. Aún así la duda nos asalta. Si no podemos medir objetivamente el grado de alteración de la paz pública, su grado, precisamente por el problema que se advierte de dominación y manipulación política de los medios de comunicación, ¿cómo puede medirse entonces objetivamente la capacidad de ese mismo acto para alterar el orden constitucional?. ¿Es que a mayor “alteración de la paz” necesariamente tiene que existir una mayor cercanía hacia la alteración del orden constitucional?.

No creemos que ello sea siempre posible. Si con ocasión del 20 de noviembre, fecha de la muerte de Franco, ciertos grupos provocan desmanes que llegan hasta el extremo de causar algunos heridos con armamento menor (cócteles molotov). ¿Esa es una conducta que altera el orden constitucional?. ¿Pone en peligro la estabilidad del sistema democrático?. Lo que pone en peligro el sistema democrático es la apatía de la población, a través de formas de manifestación de la voluntad no violentas, como el abstencionismo, pero no conductas como las descritas. Además, y como decíamos al iniciar esta investigación, los grupos que devienen en terrorismo nacen en un principio como insurgentes, y en su fracaso por lograr la deslegitimación del sistema político van transformando sus objetivos: ya no se trata de vencer o siquiera convencer al Estado, sino de *demostrar que el Estado no puede contra ellos*. Cada vez menos parece claro que la estabilidad democrática pueda efectivamente ser afectada por sus actuaciones.

Si el legislador en el art. 577 hubiese utilizado la conjunción “y” en lugar de la disyunción “o” quizá quedara mas claro el sentido que puede darse a los tipos penales, y podríamos haber entendido que lo injusto pretende proteger dos bienes jurídicos: el orden constitucional y la paz pública, conjuntamente. Ello parece acercarse más a la definición de terrorismo: finalidad política y provocación o resultado de alarma, de desasosiego o intranquilidad. Sin embargo, de considerar la alteración de la paz pública como bien jurídico protegido, la esencia de lo injusto, de todas maneras nos veríamos enfrentados al problema de prueba que se plantea en orden a su medición, y por tanto no resulta idónea como objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo, a menos que se le considere como un resultado, o como un medio para alcanzar un fin ulterior.

V.- TOMA DE POSICIÓN: EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. Algunas consideraciones en torno a los bienes jurídicos individuales afectados en los delitos de terrorismo.

Sintetizando lo explicitado en este apartado hemos de indicar que el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo, encuentra su contenido material en las relaciones sociales dialécticas que exigen la protección de ciertos intereses que van más allá de los meramente individuales. Este contenido material resulta insuficiente para la determinación de cuáles son aquellos objetos sobre los cuales la norma penal ha de erigirse para su protección, de manera tal que hemos considerado imprescindible acudir a un criterio de valoración para la orientación de las políticas criminales que se ejercen en la legislación antiterrorista. Este criterio de valoración son los derechos humanos entendidos como necesidades humanas. Pero si bien los derechos humanos han de servirnos como criterio guía para la determinación del bien jurídico, se hace necesario considerar también otras valoraciones y que dicen relación con la jerarquía de los bienes que se pretende proteger. Esto es, si merece o no ser considerado digno de tan “agravada” protección penal, a lo que hay que sumar las modalidades de ataque, la entidad del mismo, es decir, si se trata de un delito consumado o de una tentativa (en Chile también delito frustrado), todo ello a fin de dar cumplimiento al carácter de última ratio del Derecho penal.

Partiendo de la base que los delitos de terrorismo solo pueden existir en una sociedad organizada políticamente bajo un sistema democrático, en el que deben encontrarse abiertas - materialmente - las vías de participación políticas, y considerando que el terrorismo tiene una característica sustancial cual es la finalidad política, el bien jurídico protegido no puede circunscribirse solo a bienes jurídicos individuales, sino que debe plasmar la exigencia social de protección a un bien jurídico colectivo, que estimamos es el *ordenamiento constitucional democrático* por las siguientes razones:

1.- El ataque a la convivencia democrática a través de la comisión de delitos merece ser objeto de tutela penal, por cuanto el interés protegido está referido a la sociedad en su conjunto y no al Estado en sí mismo. No debe olvidarse que los derechos humanos (criterio de valoración) pertenecen a todos los hombres, no al Estado, y que la subsunción de la voluntad popular en la Carta Fundamental, obliga al legislador a ceñirse a su marco a la hora de proteger intereses, no en un sentido dogmático, encontrando en la Constitución los bienes que se pretende proteger, sino en un sentido material, esto es, protegiendo los intereses del sistema social al que la Constitución rige. El respeto al ordenamiento constitucional es un derecho y una obligación a la vez, para todos los ciudadanos.

En una sociedad democrática la participación en las decisiones políticas es un derecho que las cartas Fundamentales garantizan⁵⁷³, indicando criterios para la determinación en el ordenamiento institucional de vías para la participación social. Si estos cauces democráticos de participación se encuentran materialmente garantizados⁵⁷⁴, y en lugar de ellos se utiliza la violencia como método estratégico para desconocerlos y atacarlos, el bien jurídico atacado no puede ser sino el continente de estos derechos, es decir, el ordenamiento constitucional. Como señala QUINTANO RIPOLLÉS: "el más característico terrorismo implica un ataque total al

⁵⁷³ En la CE, art. 1.1: España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. En la CPRCH, art. 1º : “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (inc.1º). Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” (inc.5º).

⁵⁷⁴ Naturalmente estos cauces de participación son distintos en régimen autoritario que en una sociedad democrática. Vt.gr. en Chile en 1980 bajo la dictadura militar se abrieron los registros electorales para “aprobar” la Constitución, siendo estos cauces meramente formales. La pregunta que cabe hacerse es si realmente en los sistemas democráticos estos cauces de participación son siempre materiales. Ampliamente Supra Cap. I., 3.b. *El Estado y las crisis de legitimación*.

orden existente y a la comunidad social, como un todo, y no al aniquilamiento de un determinado enemigo"⁵⁷⁵

2.- ¿Por qué ordenamiento constitucional democrático y no orden público en su acepción general?.

El concepto de orden público resulta demasiado amplio para la incriminación penal de conductas sancionadas con alta penalidad, obstaculizando el cumplimiento del principio de certeza, taxatividad o determinación, y en general del principio de legalidad en materia penal. Esto porque, como se ha señalado, la noción de Orden Público nace en el Estado Liberal como límite a la libertad de los particulares en cuanto garantía de la defensa del orden político establecido a objeto de consolidar el poder político de manera autoritaria, lo que en Chile alcanzó su punto cúlmine con el régimen del general Pinochet, y en España con el régimen del General Franco. De esta forma, el primer concepto al que se asocia el de "orden público" es al de "seguridad del Estado". Es cierto que no es éste el sentido en el que debe entenderse en un sistema democrático, ni mucho menos en el CP de 1995, porque la diferencia entre el orden público "autoritario" y el "democrático" radica en el elemento externo de legitimación del ordenamiento jurídico cuya aplicación se protege, y además porque en el sistema democrático el derecho penal no protege la autoridad "como principio que demanda acatamiento" sino la dignidad o prestigio de los órganos del Estado⁵⁷⁶. Esta constatación no permite, empero, arribar a la conclusión de que la amplitud del concepto de orden público que se advierte en el Título XII del Libro II del CP, excluya la posibilidad de que se entienda como "seguridad del Estado" en el sentido autoritario. Baste para ello dar una rápida mirada a la "excepcionalidad legislativa" con que se trata el terrorismo, especialmente en materia de restricciones a los derechos fundamentales. ¿Qué es, si no, ceder a la "tentación autoritaria", cuando se amplían injustificadamente, por ejemplo, los plazos de detención?

Por otra parte, parece ser que la noción de seguridad del Estado debe entenderse como "seguridad política", que requiere la idea de "estabilidad"⁵⁷⁷, es decir, que lo que se encuentre amenazado por la comisión de delitos de terrorismo sea "la estabilidad del sistema". Reiterando nuestra posición, no pensamos que sea la "estabilidad del sistema" lo que el terrorismo pone en jaque. De hecho, el terrorismo patrocinado desde el Estado, perpetrado por sus agentes, no pone en peligro la "estabilidad" democrática, desde que su objeto es "mantener" el régimen político y económico dominante, y tampoco lo hace el terrorismo desarrollado por los grupos armados insurgentes. La mayoría de los grupos armados han nacido como insurgentes frente a un régimen autoritario y al advenimiento de los nuevos sistemas políticos han ido poco a poco perdiendo la base social que les servía de apoyo, y que era su legitimante e impulsora. Actualmente y en las legislaciones que hemos examinado, ni el sistema político chileno, ni el español, pueden aseverar con seriedad que su estabilidad se encuentra amenazada (ni creemos ninguna democracia occidental), subterfugio que se utiliza para implementar una represión penal mas severa. Hoy día, tanto los grupos armados en España, como los que siguieron operando en Chile durante los primeros años del gobierno de la transición, lo que intentan es demostrar que el Estado es incapaz de exterminarlos.

No es la "estabilidad política" lo que los delitos de terrorismo han de pretender proteger frente a las agresiones llevadas a cabo en el marco de una estrategia criminal con finalidad política⁵⁷⁸, sino las relaciones sociales dialécticas que exigen la tutela de los derechos

⁵⁷⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del DP*, 1967. p. 35.

⁵⁷⁶ En este sentido LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.201. Para ambos la amplitud del concepto de orden público que se advierte en el Título XXII del Libro II del CP de 1995, "no debe conducir de modo simplista a la identificación con el concepto autoritario de orden público".

⁵⁷⁷ LAMARCA, C. 1985, p.133.

⁵⁷⁸ En este sentido, pensamos como LAMARCA, en torno a la dificultad que existe en encontrar una organización armada que, a pesar de no perseguir objetivo político alguno, logre alterar el orden constitucional. LAMARCA, 1989,

humanos, y que a nivel interno se plasman en el ordenamiento constitucional democrático, en cuanto bien jurídico colectivo.

3.- ¿Porqué ordenamiento constitucional democrático y no tranquilidad pública?.

Si acudimos a la segunda vertiente del orden público, esto es aquella referida a la protección de la tranquilidad pública, seguridad ciudadana, paz pública, encontraremos igualmente dificultades para su determinación como objeto de tutela penal, porque si bien es cierto que la comisión de delitos de terrorismo tiene como nota característica el empleo de medios capaces de alterar la tranquilidad ciudadana, o la paz pública, ello no significa que deba erigirse como bien jurídico protegido. El suponer que el centro de lo injusto penal es la alarma pública que “causan”(resultado), o “se proponen” (fin inmediato), quienes cometen delitos comunes con una finalidad política (alteración del orden constitucional) implicaría llegar al desconocimiento de la naturaleza misma del terrorismo como fenómeno histórico y social, y llegar a confundirlo con otras formas de delincuencia. El desconocer que es la finalidad política y la gravedad de los medios empleados en la comisión de delitos comunes que conllevan un ataque a los derechos humanos, lleva a la inseguridad jurídica propia de la aplicación de una política penal de orden público, esto es, a extender excesivamente el ámbito de punibilidad hacia otras conductas ya de violencia política legítima, ya de violencia social, e incluso de delincuencia común.

4.- Como corolario a ello podemos decir que no ha existido, tanto en la ley penal chilena como española, claridad respecto de la relación entre por una parte, seguridad interior del estado y Orden público, y por la otra, derechos humanos. Como expresan MERA-GONZÁLEZ Y VARGAS: ambos conceptos, seguridad interior y orden público, solo adquieren sentido en relación con los derechos humanos, y “la seguridad se ve en peligro cuando se realizan ataques que pueden impedir el normal desenvolvimiento de la sociedad, entendida ésta en sus aspectos mas esenciales, como por ejemplo cuando se atenta contra el orden constitucional⁵⁷⁹. Pensamos, como GARCÍA RIVAS⁵⁸⁰ que si se quiere erigir *el orden público* como bien jurídico protegido ha de hacerse desde un punto de vista *exclusivamente material*⁵⁸¹, esto es, referido al “ordenamiento constitucional democrático”, debiendo ser la expresión que se acoja en la norma penal perteneciente al campo del Derecho penal político.

5.- Ventajas de la consideración del ordenamiento constitucional democrático como bien jurídico protegido.

5.a.- Conforme al razonamiento inmediatamente anterior, hay que tener presente que los principios de la Constitución democrática que se plasman en el derecho penal político, debe servir para la configuración del ilícito penal de naturaleza política, en cuanto “conducta violadora de las ‘reglas del juego democrático’ esto es, contrario a la exigencia de acudir a un método no violento para la consecución de las metas políticas perseguidas”⁵⁸² con lo que se evita la aplicación de un verdadero derecho penal de autor de considerar en lo injusto un

p.964. Discrepando de esta posición CUERDA ARNAU, M^a. L. 1995, p.369, para quien sí es posible alterar el orden constitucional sin perseguir objetivo político, apoyando su argumento en las actividades desarrolladas por la mafia en Italia.

⁵⁷⁹ En este sentido, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p. 230, críticamente en relación a la legislación en Chile.

⁵⁸⁰ Seguimos en este punto a GARCÍA RIVAS, N. 1990, pp.125 y ss.

⁵⁸¹ La doctrina italiana distingue entre “orden público ideal” y “orden público material” equiparando este último al ordenamiento constitucional democrático. “El orden público- dice Corso- viene tutelado en la acepción mínima de seguridad e integridad...o sea, como orden público material, condición pacífica de una convivencia inmune a la violencia, no como orden público ideal, esto es, como conjunto de principios inderogables sustraídos al debate y a la posibilidad de modificación (o con posibilidad de modificación realizable sólo por medio de una ruptura de la Constitución”. CORSO, G. “*Ordine pubblico (diritto pubblico)*”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, 1980, p. 1.061.Cit. por GARCÍA RIVAS, N. 1990, p.132.

⁵⁸² GARCÍA RIVAS, N. 1990, p.140.

elemento subjetivo especial relativo a la “finalidad de alterar el orden constitucional” en circunstancias que lo que lo injusto puede estar castigando es una conducta en sí misma lícita⁵⁸³.

Pensamos que solo de esta manera se logra delimitar el objeto de protección penal de acuerdo a las normas constitucionales, garantizando la aplicación del derecho penal del hecho en el campo de las infracciones políticas, lo que permite fundamentar la incriminación de conductas (delitos comunes) con respeto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

5.b.- En cuanto a las posibilidades de afección al bien jurídico creemos que considerar el ordenamiento constitucional democrático como objeto de tutela penal es una manera adecuada de solucionar el problema latente de la introducción de los delitos de peligro abstracto en la protección de bienes jurídicos colectivos, introducción que nace por el hecho de ser tipificado el delito poniéndole en relación con el bien jurídico individual (bien complementado, inmediatamente afectado), y no en relación al bien jurídico colectivo. Al existir una ‘objetivación’ o determinación concreta del bien jurídico colectivo, pueden introducirse tipos de lesión o peligro concreto en relación a éste⁵⁸⁴.

Como hemos dicho antes la constatación de la afección a un bien jurídico requiere de categorías anexas que son, el objeto material del bien jurídico (substrato empírico) y el objeto de la acción. Así la vida, la integridad física, la salud, la libertad de las personas son los objetos materiales o substratos empíricos de bienes jurídicos individuales, sobre los cuales se concreta la transgresión del bien jurídico protegido colectivo (ordenamiento constitucional democrático), y hacia los cuales se dirige de manera inmediata el comportamiento del agente. La o las personas sobre las cuales recae este comportamiento son el objeto de la acción.

La lesión al bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático) se producirá cuando el objeto de la acción haya sido “realmente dañado”⁵⁸⁵(delitos de lesión), es decir, cuando se mata, se lesiona la integridad física, se priva ilegalmente de libertad, etc. Sin embargo, al ser esta lesión un resultado que se encuentra fuera del tipo penal, no es imprescindible que ella se produzca efectivamente para que el ordenamiento constitucional democrático se vea menoscabado. Basta para la consumación que éste se ponga en peligro (concreto) a través de actos que tengan materialmente la capacidad de “alterarlo”. Al realizarse los delitos comunes a través de los cuales se exteriorizan los tipos penales de terrorismo “se debe crear una fuente de peligro, en el radio de la cual debe ingresar el bien jurídico, manifestado en determinados objetos materiales”⁵⁸⁶ que en este caso están constituidos por la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas. Así pueden construirse delitos de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo.

5.c- La consideración del ordenamiento constitucional democrático como objeto de protección penal, tiene además como ventaja la posibilidad de calificar como delitos de terrorismo las actuaciones de grupos que, amparados en la impunidad que proporciona el aparato estatal, cometen delitos (comunes), igual que lo hacen los grupos o asociaciones insurgentes. Damos por reproducidas las opiniones vertidas en orden a la necesaria sanción del “terrorismo de

⁵⁸³ Ídem. GARCÍA RIVAS se refiere a los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en STS de 8 de abril de 1981 que se pronuncia sobre el tema de “huelga sediciosa”.

⁵⁸⁴ Tal como expone Cristina MÉNDEZ, en la mayoría de los casos la correcta concreción del bien jurídico elimina la objeción de la imposibilidad de su lesión. MÉNDEZ, C.1993, p.43.

⁵⁸⁵ ROXIN, C. 1997, pp. 335-336.

⁵⁸⁶ PAZ y PAZ BAILEY, Claudia. *Análisis jurídico del genocidio. Especial consideración del concepto y mecanismos de protección*. Tesina de Grado, Universidad de Salamanca, Diciembre de 1997,p. 169. Se encuentra así un rasgo común en el delito de genocidio y los delitos de terrorismo. Para Claudia Paz, el bien jurídico protegido en el delito de genocidio está constituido por un bien jurídico colectivo: “la existencia del grupo”, cuyo objeto material es el “grupo humano”, objeto material hacia el cual debe dirigirse la acción descrita en el tipo penal, requiriéndose tan solo “el ánimo” en el autor de “destruir al grupo nacional” sin que el tipo exija para su consumación que lo logre.

Estado”. Parece absolutamente necesario recordar que no existe el ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado que desde sus instituciones no solo incita, sino que además coordina el ejercicio del terror para cumplir con la misión que asume como encomendada. La lucha contra la impunidad del poder cuando éste actúa negando los derechos mas elementales de las personas, como lo son la vida, la integridad física y la libertad, es una idea que resulta consustancial a la concepción de democracia.

Pensamos que el hecho de que la eliminación o neutralización de personas en razón de sus convicciones políticas e ideológicas- como ocurre en la llamada “guerra sucia contra el terrorismo”- pueda tener el carácter de crimen contra la humanidad en ciertas circunstancias⁵⁸⁷, no es óbice para la sanción de estos mismos actos en el campo del derecho penal interno bajo la calificación de delitos de terrorismo.

6.- Consideraciones sobre los bienes jurídicos protegidos de naturaleza individual en los delitos de terrorismo.

Indudablemente no puede desconocerse que en la comisión de delitos de terrorismo existe una afección también a *bienes jurídicos individuales*, que son los que resultan inmediatamente afectados por los delitos comunes realizados con una finalidad política. Ellos son, como decíamos, utilizados como instrumento para la lesión del bien jurídico protegido de mayor entidad: el ordenamiento constitucional democrático. Pero no cualquier bien jurídico individual puede ser objeto de protección penal a través de los delitos de terrorismo, porque se trata de delitos de la mayor gravedad. Dos razones entran a jugar: *Primero*, considérese que nuestro criterio de valoración jurídico penal del contenido material del bien jurídico es la necesidad de los derechos humanos y su realización. *Segundo*, como hemos apuntado en el capítulo II, el terrorismo se caracteriza por atacar frontalmente a los derechos humanos. Pero no cualquier derecho, sino solo derechos humanos fundamentales. Sobre esta base consideramos que estos bienes jurídicos deberían circunscribirse a: la *vida*, la *integridad física*, la *salud* y la *libertad*, descartando el derecho de propiedad⁵⁸⁸.

Una opinión similar ha sido sostenida por DEL BARRIO y LEÓN REYES, para quienes “terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales, la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal”⁵⁸⁹.

El derecho a la *vida* es el primero de los derechos humanos, y todos los demás son tributarios de él, de ahí que su protección se encuentre ampliamente difundida en el campo del derecho penal interno como en el campo del derecho penal internacional⁵⁹⁰, al igual que los derechos a la integridad física como a la salud o la libertad. Su indudable trascendencia en el

587 Como ha señalado la Audiencia Nacional: “El terrorismo participa del concepto de crimen contra la humanidad y existe el interés común de los países en perseguirlo al constituir un caso claro de responsabilidad penal internacional cuando el terrorismo se utiliza como un método de represión ideológica y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes”. Auto de procesamiento dictado en contra de Augusto Pinochet por el JCI nº 5 de la AN. Fund. Séptimo. Texto en *El Mundo*, viernes 11 de diciembre de 1998, pp.24-25. Hay que recordar además que en este estado de cosas, existe una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se insta a adoptar todas las medidas precisas para combatir y eliminar todos los actos de terrorismo donde quien y por quien quiera que los haya cometido (Doc. A/50/186 de la Asamblea General de 22 de diciembre de 1995).

588 Esta es una de las razones por las que no participamos de los criterios de las teorías personalistas del bien jurídico, ya que como advierte SCHÜNEMANN en el centro de estas teorías se halla la propiedad, manifestación de lo que el autor denomina la “perversión de valores” en las mismas. SCHÜNEMANN, B. 1996, p.23.

589 DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.126

590 “El derecho a conservar la vida es algo que no solo importa al gobierno del individuo o grupo correspondiente sino también a la comunidad internacional, sobre todo cuando es esta comunidad la titular el derecho que se viola”. Auto de procesamiento dictado en contra de Augusto Pinochet por el JCI nº 5 de la AN. Fund. Segundo. Texto en *El Mundo*, viernes 11 de diciembre de 1998., pp.24-25

desarrollo de las sociedades y del ser humano hace que no cuestionemos su inclusión en lo injusto.

Sin embargo, con *el derecho de propiedad* ocurre algo distinto: **Primero**, recogiendo las palabras de BOBBIO: “Que la propiedad es sagrada e inviolable debió aparecer probablemente como evidente a los autores de la Declaración del 89. Hoy, en cambio, ha desaparecido totalmente cualquier alusión al derecho de propiedad como *derecho humano* en los documentos más recientes de las Naciones Unidas”⁵⁹¹. Es discutible, en consecuencia, su carácter de “derecho humano”, entendiéndose que no debemos confundir éstos con los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. **Segundo**, si bien se trata de una “necesidad humana”, coherente con los criterios adoptados en el párrafo respectivo, no puede olvidarse que pertenece a la categoría de “necesidades alienadas” de donde nos asalta la duda acerca de su real merecimiento de protección penal bajo una incriminación tan grave como la que suponen los delitos de terrorismo.

Tercero, si hemos discutido el carácter que se le tiende a dar a la propiedad en su protección constitucional, con mayor razón discutimos su protección penal a través de delitos graves como el terrorismo, ya que el mismo puede ser fuente de desigualdades y constituir un obstáculo para la realización de la democracia plena. El derecho penal no está en condiciones de proteger esta clase de bienes jurídicos de manera absoluta, y solo puede dar una “protección selectiva que considere la función social que la Constitución le atribuye a estos derechos”⁵⁹². **Cuarto**, los ataques al derecho de propiedad perfectamente pueden ser sancionados por la vía de los delitos comunes que consagra el código penal, o por la vía administrativa. Resulta contrario al principio de intervención mínima, al principio de proporcionalidad, y en definitiva al carácter de última ratio del derecho penal el sancionar tan gravemente (delitos de terrorismo) los ataques a bienes cuya naturaleza de derecho humano resulta discutible.

Y **Quinto**, advertimos que estas consideraciones no se dirigen a la “propiedad” que se protege en delitos como los de estragos o incendios (arts. 571 CP español, art. 2º nº1 en relación con art. 1º de la ley 18.314 chilena) ya que, en ellos al menos puede advertirse un peligro para las personas. La crítica se dirige más bien a los delitos contra el patrimonio que contempla el art. 575 del CP español a cuyo examen nos avocaremos en el último capítulo de esta investigación. Pensamos que el derecho de propiedad solo debe ser protegido cuando supone una *lesión* o un *peligro concreto* para otros bienes jurídicos de mayor trascendencia como la vida, la integridad física o la salud⁵⁹³.

APARTADO TERCERO: ELEMENTOS BÁSICOS DEL TIPO DE INJUSTO EN LAS LEGISLACIONES CHILENA Y ESPAÑOLA.

Hemos tomado posición en torno al ordenamiento constitucional democrático en cuanto piedra angular de la construcción de tipos penales de terrorismo, teniendo como criterio de valoración la necesidad de la realización de los derechos humanos. Sobre esta base se sustenta el análisis sustantivo penal del injusto básico⁵⁹⁴ en los delitos de terrorismo, que realizaremos

⁵⁹¹ BOBBIO, N. Ob. cit. 1991, p.65

⁵⁹² HORMAZÁBAL, 1991, p.165.

⁵⁹³ En opinión similar DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 183, pero considerando más ampliamente la posibilidad de delitos de peligro: “cuando su ejecución pone en peligro a las personas”.

⁵⁹⁴ Es pertinente recordar que la expresión *tipo de injusto* se emplea en el Derecho Penal para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad. Recordemos que el concepto de delito admite un doble juicio de desvalor: por una parte, en relación al hecho o acto humano (injusto o antijuridicidad), y que se refiere a “la desaprobación del acto”, y por otra en relación al autor de ese hecho (culpabilidad o responsabilidad) y que consiste en “la atribución de ese hecho a su autor”. Sin embargo, cabe aún realizar una distinción. Lo injusto no es necesariamente sinónimo de antijuridicidad. *Lo injusto* es un sustantivo que

seguidamente. En este apartado tomaremos en consideración los elementos básicos del injusto en la ley penal chilena y española debido a que no se trata de “un delito de terrorismo” sino de “delitos de terrorismo” en los que el *tipo objetivo*, tiene conductas multiformes, que se materializan en la comisión de delitos comunes o delitos autónomos. Los tipos penales específicos serán analizados en el capítulo siguiente. Tratándose de los elementos que forman parte del *tipo subjetivo*, habremos de encontrar ciertos rasgos comunes en ambas legislaciones y que se circunscriben a elementos subjetivos relativos a la finalidad que en el caso español manifiesta abiertamente el reconocimiento de la finalidad política, a diferencia del caso chileno.

I.- TIPO OBJETIVO.

1.- SUJETO ACTIVO DEL DELITO: ELEMENTO ESTRUCTURAL U ORGANIZATIVO: ¿REQUISITO SINE QUA NON DEL INJUSTO?.

Sujeto activo es quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal⁵⁹⁵ debiendo, en todo caso, tratarse de una persona natural, ya que “solo la persona humana individualmente considerada puede ser sujeto de una acción penalmente relevante”⁵⁹⁶, lo que significa que conforme a los principios generales, la responsabilidad en materia penal es individual⁵⁹⁷. Por esta razón, aunque el sujeto activo sea plural (o plurisubjetivo) siempre se tratará de un conjunto de sujetos individuales y determinables debiendo excluirse expresiones genéricas como “pueblo” o “comunidad”⁵⁹⁸. Aunque expresiones o conceptos similares se empleen, por razones de técnica legislativa, para designar en ciertos tipos penales la característica distintiva de quien realiza la acción. Así, en los delitos de terrorismo, en las legislaciones en las que se concibe a éste como violencia política organizada, el sujeto activo es designado mediante las expresiones “el que”, “los que”, pero considerando la relación directa de ese individuo con una organización terrorista a través de verbos rectores que manifiestan el tipo de relación (pertenencia, integración, colaboración, etc.).

Siguiendo con estas reflexiones, considerando que el bien jurídico protegido es el ordenamiento constitucional democrático, y que como se ha manifestado a lo largo de esta investigación se requiere un elemento de intencionalidad política para la configuración de los tipos penales de terrorismo, cabe entrar en la discusión doctrinaria acerca de si el elemento estructural u organizativo es o no un requisito indispensable en la estructuración de los mismos. La necesidad de su consideración en el injusto se advierte mas bien en la doctrina y legislación española, ya que el concepto de terrorismo en el CP español exige un elemento estructural: la existencia de una banda armada, o grupo terrorista. En Chile, la doctrina y el legislador se

se emplea “para denominar una acción calificada como antijurídica, es decir, la conducta antijurídica misma”. *La antijuridicidad* es “un predicado de la acción, el atributo con el que se califica a una acción para denotar que ella es contraria al ordenamiento jurídico”. Finalmente es pertinente recordar que *la tipicidad* es “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley, y es una consecuencia del principio de legalidad”.. Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP. PG.*, 1996, pp.214 y ss., pp. 318 y ss.

⁵⁹⁵ BUSTOS, J. *Manual de DP. Español. PG.*, ob.cit. 1984, p.197; el mismo *Manual de DP.PG.*, 4ª ed. Aumentada, corregida y puesta al día por H. Hormazábal M., Edit. PPU, 1994, p. 271, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de DP.*, Vol. II, Edit. Trotta, 1999, p.50, RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP. PG.*, T.I., Ed. Reus, 1977, p.267; RODRÍGUEZ DEVESA. *DP.Español. PG.*, 8ª ed., Madrid, 1981, p.375; MIR PUIG, S. *DP.PG.*, ob. cit., 1996, p.197., MUÑOZ CONDE, *DP.PG.* ob. cit., 1996, p.236.

⁵⁹⁶ Así para la doctrina mayoritaria, por todos, MUÑOZ CONDE, *DP.PG.* ob. cit., 1996, p.236.

⁵⁹⁷ La discusión doctrinaria acerca de la responsabilidad individual v/s responsabilidad colectiva se ha manifestado mas bien en el ámbito de la criminalidad económica. Véase entre otros; SCHÜNEMANN, B. “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*”, en *ADPCP*, 1988; AA.VV. *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*; S. Mir Puig y D. Luzón Peña Coords. Ed. Bosch, 1996; GRACIA MARTÍN, L. “*La responsabilidad penal de la propia persona jurídica*”, en *AP* n° 2, 1993, pp.603 y ss. PÉREZ MANZANO. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en *AP* n° 2, 1995; ZÚÑIGA, Laura. “*Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*”, en AA.VV. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J.C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrallo Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 199- 235.

⁵⁹⁸ BUSTOS, J. 1984, p.197, 1994, p. 271, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol.II, p. 50.

dividen en este punto. Mientras el sector mayoritario considera que la pertenencia del agente a una organización ilícita armada, es requisito necesario en el concepto jurídico del terrorismo, el legislador ha vertido una posición distinta considerando que la citada organización constituye un tipo penal específico de asociación ilícita terrorista.

La exigencia del elemento estructural en el concepto jurídico del terrorismo parece obedecer a su característica en cuanto estrategia predominante o "método tendencialmente exclusivo"⁵⁹⁹, concepto que desde las ciencias sociales ha llevado a concebir el terrorismo como "el método o la teoría metodológica mediante la cual una organización o partido político intenta conseguir sus objetivos, recurriendo de modo preferente a la violencia"⁶⁰⁰. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español el que indica que el terrorismo es "una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización. con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido" (STS 2/1997 de 29-11-97)⁶⁰¹.

La jurisprudencia chilena parece haber ido plasmando un criterio similar considerando que en los delitos de terrorismo debe existir el elemento organizativo. Si bajo el imperio de la antigua ley, describía el terrorismo como "conjunto de actos de violencia... fuerza que se emplea contra el derecho o la ley cometidos para infundir terror"⁶⁰², tras la modificación realizada por la ley 19.027, parece haber comenzado a considerar como necesaria "la organización" o "asociación ilícita" como elemento integrante del concepto de terrorismo (y no tanto como delito autónomo), aunque la ley establezca lo contrario. Así ya en 1992 la Corte de Apelaciones señaló que por "delitos terroristas" debía entenderse aquellos "actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas, que, ejecutados *de un modo sistemático y planificado*, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático"⁶⁰³.

Si la doctrina coincide en que el terrorismo es – desde el plano sociológico- la manifestación de una violencia organizada con fines políticos, en lo que no ha coincidido es en la consideración en el injusto penal del elemento estructural u organizativo. La verdad es que no puede en este sentido hablarse de la existencia de una doctrina "mayoritaria" ni "minoritaria", sino de una *falta de unanimidad*, ya que existen numerosos autores tanto a favor de una como de otra posición.

Quienes consideran la estructura como elemento que debe formar parte en la delimitación de los tipos penales del terrorismo⁶⁰⁴, argumentan que la consideración de la violencia sistemática y planificada, ejercida por organizaciones, con una finalidad política, permite excluir del concepto de terrorismo, a cualesquiera otras conductas de violencia: individual, colectiva no organizada, y colectiva organizada sin finalidad política. Así, para Carmen LAMARCA "Desde una perspectiva criminológica el carácter planificado y sistemático que presenta la violencia cuando se orienta hacia la transformación del orden constitucional, entendida la expresión en sentido amplio, exige separar esta forma de terror de cualesquiera

⁵⁹⁹ Recordamos la expresión de Fernando REINARES. "*Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas*", en *RIS*, núm.5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67, esp. pp.42 y 47. Supra Capítulo II, IV.- *El terrorismo, 1.- Un intento de caracterización*.

⁶⁰⁰ HARDMAN, J. *Encyclopedia of Social Science*, 1937, p.575.

⁶⁰¹ En el mismo sentido, STEDH de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley), de las STC 199/1987, 89/1993 y 71/1994, STS. Sala de lo Penal de 4-11/1992, 14-12/1993, 26-01/1994 y 16-05/1995

⁶⁰² SCA de 13 de mayo de 1988. *RDJCh* Año 1988/Nº2 Mayo-Agosto/Sección IV/pp. 63-76.

⁶⁰³ SCA de 13 nov. de 1992 considerando 5º, *GJ* nº 149, 1992, p. 90, (*Caso Edwards*). Los subrayados son nuestros.

⁶⁰⁴ Por todos, LAMARCA, C. 1985, pp.48, 456, 206 y ss.; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E.1987, pp.32 y ss.; GARCÍA SAN PEDRO, J. *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993, pp. 127 y ss.

otras"⁶⁰⁵. El terrorismo “es algo más que simple violencia política” ya que se funda “en una estrategia, un sistema ideológico normativo” que le da un “carácter institucional y cuasijurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza”⁶⁰⁶. No existe, por tanto, el terrorista individual. El terrorista forma parte de un grupo organizado⁶⁰⁷.

Esta postura doctrinal mayoritaria⁶⁰⁸ ha encontrado eco tanto en la historia legislativa del tratamiento jurídico del terrorismo en España, como en la visión jurisprudencial hasta antes del CP 1995, la que nunca había castigado al amparo de las normas dictadas en materia de terrorismo al *terrorista* desvinculado de un grupo o banda organizada⁶⁰⁹. Ya no es así. La Audiencia Nacional sí ha castigado a tales sujetos en virtud del art. 577 CP, generalmente jóvenes que actúan en el marco de la violencia juvenil callejera (*kale borroka*).

En la doctrina chilena DEL BARRIO y LEÓN REYES adoptan una postura similar indicando que en los delitos de terrorismo el “sujeto activo” ha de ser “colectivo”, porque es la organización terrorista la que, por una parte, “cualifica la violencia” poniendo en peligro la supervivencia de las estructuras democráticas, y por otra parte “objetiviza los fines político sociales” porque “al reunirse en un grupo para cometer una serie coordinada de delitos, el terrorista pone de manifiesto su deseo de atentar contra el orden establecido”⁶¹⁰.

Para otros, en cambio, si bien el elemento estructural es reconocible desde una perspectiva sociológica y criminológica, no parece deseable su inclusión en la construcción de un concepto dogmático de terrorismo como requisito sine qua non. Para sector el énfasis ha de hacerse por una parte en la finalidad política que guía las actuaciones de los agentes; y por otra parte, en los medios empleados y el resultado producido por la actividad terrorista, pudiendo advertirse incluso una subdivisión en la doctrina en atención al concepto de terrorismo que ellas mantienen, esto es, enfatizando elementos subjetivos (finalidad) u objetivos (medios, resultado de alarma).

⁶⁰⁵ LAMARCA, C.1985, p.48.

⁶⁰⁶ LAMARCA, C.1985, pp.450-451.

⁶⁰⁷ CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1229. En el mismo sentido LAMARCA, C. 1985, p.48, pp. 206 y ss., p. 456; 1989, pp.960 y ss.; 1993, pp.536-537; GARCÍA RIVAS, N.“*Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*”, en *PJ* n°10, 1984, pp.107-113, esp. p.107; PRATS CANUT, JM. 1996 a); pp.1580, 1584; 2ª ed. 1999, pp. 1620, 1625; LANDECHO VELASCO, C.M.- MOLINA BLAZQUEZ, C. *DP. Español. PE*, Ed. Tecnos, 2ª edición, 1996, pp.576-577; LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de DP.PE*, Ed. Dykinson, 7ª edición, 1998, pp.360-361. DE PRADA SOLAESA, J.R. 1996, pp. 73 y ss.; MORA ALARCÓN, J.A. *Suma de DP. PG y PE.*, Edisofer, 1996, pp.697-698.; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p.265; BARÓN QUINTERO, S. 1999, pp.272-273, MARTÍNEZ CARDÓS, L. 1998, núm.1, marg. 486.

⁶⁰⁸ No solo en España ha encontrado eco esta posición, también en la doctrina comparada, aunque ella se manifiesta mas bien en el plano sociológico o criminológico que jurídico. Así, para BONANATE, hay que considerar que si en cuanto al sujeto hubiese que tener en cuenta la posibilidad de que éste fuera un individuo aislado, no habría existido controversia en la doctrina y bastaría con haber considerado cualquier acto violento con finalidad política como terrorismo, y obviar cualquier esfuerzo por delimitar el contenido de éste, llegando- como se ha hecho- a identificarle con el concepto de violencia política, que en todo caso (y con él compartimos) es un concepto mas amplio que el terrorismo. BONANATE. “*Dimensioni del terrorismo político*”, ob.cit. 1979, pp.99 y ss., esp. pp.130-131. Reconociendo la organización como elemento esencial PIGNATELLI, Amos. “*Natura del terrorismo e repressione penale*” en *La Magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra*”, en *Quaderni di Questione Giustizia*, Ed. Franco Angeli, Milano, 1982, p.20 y ss., esp. p.252. LEVASSEUR, G. “*Les aspects répressifs du Terrorisme International*”, en GUILLAUME, G.- LEVASSEUR, G. *Terrorisme International*, A. Pedone, París, 1977, p.p.59 y ss. PATALANO, V. *L'associazione per delinquere*, Ed. Jovene, Napoli, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92. En España, desde esta perspectiva, CALDUCH, Rafael.“*Una revisión crítica del terrorismo a finales del siglo XX*”, en *State and societal Reactions to Terrorism*, publ. de IISL, Oñati Papers núm.3, 1997, pp.11-29; LABROUSSE, Alain. *Los Tupamaros*, Ed. Tiempo contemporáneo. Buenos Aires, 1971, p.278. REINARES, F., 1993, pp. 42 y 47. Véase también supra Cap. III, II.4 *Terrorismo ¿Crimen Organizado?*, y Cap. II, IV. *Terrorismo: Un intento de caracterización*.

⁶⁰⁹ MESTRE, E. 1987, p.167.

⁶¹⁰ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, (siguiendo en todo a LAMARCA, C. 1985, p.92).En opinión similar en la doctrina chilena, GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.2. Véase Supra Apartado Primero epígr. 3.

Sin embargo no queda claro si esta corriente de autores pretenden una eliminación del elemento organizativo en lo injusto penal. Al menos esa es la opinión que parece manifestar SERRANO PIEDECASAS para quien: "El elemento organizativo resulta, hoy en día, esencial para comprender el fenómeno terrorista. Algunos autores lo incluyen en sus definiciones como nota característica", pero especifica que "todos los elementos examinados: la grave lesión a un bien jurídico, la intencionalidad política y la idoneidad de los medios empleados a efectos de poner en peligro el orden constitucional, son suficientes para elaborar una definición útil y operativa para la ciencia del derecho"⁶¹¹.

En esta posición se habían manifestado ya Ignacio BERDUGO y Luis ARROYO ZAPATERO, para quienes "el contenido del concepto de terrorismo está determinado por la concurrencia de dos elementos. De una parte, los medios y el resultado; y de la otra, la finalidad perseguida por el autor"⁶¹². La finalidad política perseguida es "conmover los fundamentos del Estado democrático de derecho"; y los medios empleados deben ser de aquellos que producen ataques a bienes jurídicos fundamentales, "la vida, la integridad corporal y la libertad personal"⁶¹³. "Solo la finalidad política mencionada acompañada de los indicados medios, que han de ser *objetivamente idóneos* para alcanzarla, permite identificar al objeto merecedor de una política jurídica de especial severidad"⁶¹⁴. A la luz del CP de 1995, MUÑOZ CONDE subraya que ya la importancia del factor organizativo en el concepto de terrorismo ha quedado atrás, desde que el legislador hace hincapié en la finalidad que guía al autor, antes que en la exigencia de su pertenencia o colaboración con una banda armada o grupo terrorista⁶¹⁵.

La corriente de autores antes citados, como puede observarse, subrayan en la conducta la presencia de una finalidad política destinada a atentar contra las bases del Estado democrático, sin perjuicio de los medios empleados o el resultado producido. Para otro sector doctrinal, lo que caracterizaría a esta última radica precisamente en los medios y el resultado producido por la conducta, y a partir de ello estiman *innecesaria la inclusión del factor organizativo* en un concepto. Así, para VIVES ANTÓN, los elementos que definen dogmáticamente el terrorismo son: a) actos graves ejecutados por medios especialmente violentos, aptos para producir terror en la población o en una parte de ella", b) comportan al menos un peligro para la vida, la integridad o la salud de las personas, es decir, para los bienes jurídicos más básicos, y c) dirigidos a subvertir total o parcialmente el orden político constituido⁶¹⁶.

⁶¹¹ SERRANO PIEDECASAS, JR.1988, pp. 177-178, adhiriendo al concepto que proporciona ARROYO ZAPATERO y que se expone seguidamente.

⁶¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "*Garantías ante la suspensión de derechos fundamentales*", en *Rev. Sistema*, N° 42, mayo de 1981, pp. 57-78, esp. p. 73 y en igual opinión en "*Los estados de excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio*" en *Rev. de Política Comparada*, V, 1981, pp. 109 y ss.

⁶¹³ ARROYO ZAPATERO, L. "*Terrorismo y Sistema Penal*", ob.cit., 1985, p.163. En este mismo sentido se había ya pronunciado el mismo en "*La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*", en *CPC*, n°15, 1981, pp. 404-406. Posteriormente, como decíamos, adhiere a esta idea, SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, pp.177-178.

⁶¹⁴ ARROYO ZAPATERO, L. 1985, p.163. En igual sentido en, ob. cit, 1981, pp. 404-406. En el mismo sentido TERRADILLOS, J. 1988, p.55.

⁶¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*11ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996, pp.779-780

⁶¹⁶ VIVES ANTÓN- BOIX REIG- ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC. *DP.PE.*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1990, p.83; 1993, p. 79; 1996 a) (2ª ed.), p. 762. Le siguen CUERDA ARNAU, Mª Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 372,374, 376 y RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1993, pp.105-106. También ubicamos en esta posición a GARCÍA VALDÉS. "*La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas*", en *RFDUCM*, Monográfico n°6, 1983, p.321, quien enfatiza en su definición el carácter en extremo violento y grave de la conducta delictiva que busca destruir el sistema político democrático. Le siguen FERNÁNDEZ, E.M., GANZEMÜLLER,C., ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J., VENTOLÁ, F. *Delitos contra el Orden Público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*. Edit. Bosch, 1998, pp.337-338.

Para GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO y SERRANO PIEDECASAS las notas distintivas en el concepto de terrorismo son: 1ª la comisión de delitos comunes, 2ª realizados en el marco de una organización armada, 3ª presididos por una finalidad política⁶¹⁷. Más preciso es POLAINO NAVARRETE cuando afirma que " en su mayor medida, los delitos de terrorismo son determinados delitos comunes contra bienes jurídicos individuales y colectivos, constituidos en tipos cualificados por ciertas propiedades objetivas de acción o características subjetivas de autoría, que no anulan el contenido material de los injustos típicos ya descritos en la norma penal"⁶¹⁸.

A las notas características que estos autores estiman ha de considerarse para la elaboración de un concepto sustantivo penal de terrorismo, en realidad lo que les hace excluir el elemento organizativo es una razón práctica. Como resume TERRADILLOS, el factor organizativo "no tiene entidad como para constituirse en elemento formal de la definición, máxime cuando nuestra legislación se refiere tanto a 'organizaciones' como a 'elementos terroristas'"⁶¹⁹. Luego, lo que subyace a estas posturas es la constatación de una tautología⁶²⁰ en el concepto jurídico de terrorismo en la legislación española, y que hace referencia en el tipo penal a la "organización terrorista" como sujeto activo, esto es, "terrorismo es lo que cometen organizaciones terroristas" con lo cual el concepto de terrorismo resulta prácticamente indefinible. Esta situación se arrastra desde la LO 9/1984 y aún no ha sido subsanada permaneciendo incluso en los arts. 571 y ss. del CP de 1995.

Para arribar a una conclusión acerca de la conveniencia o no de la inclusión del factor in comento *en lo injusto penal de los delitos de terrorismo* se hace necesario analizar previamente la configuración típica tanto en la legislación chilena como española en el entendido que constituyen precisamente los ejemplos de las posturas doctrinarias in comento.

1.1.- LEGISLACION CHILENA: SUJETO ACTIVO.

La ley 18.314 establece un sujeto activo indeterminado, carente de requisitos especiales. Tanto es así que se lo omite expresamente en las figuras contempladas por el art. 2 en relación con el art. 1 de la LCT, empleando el legislador el lenguaje en tercera persona. El art. 1º comienza diciendo: "constituirán delitos terroristas los enumerados en el art. 2º, cuando en ellos concurre alguna de las circunstancias siguientes...". Y el art 2º indica: "constituirán delitos terroristas, cuando reunieren algunas de las características señaladas en el artículo anterior.." (inc. 1); "los de homicidio, ..." (nº1); "apoderarse o atentar contra una nave, aeronave..." (nº2); "el atentado contra de la vida o la integridad corporal de..." (nº3); "colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos..." (nº4); "la asociación ilícita cuando ella..." (nº5). De esta forma, **cualquier individuo**, puede ser agente de la conducta tipificada como delitos de terrorismo, sin que se requiera la pertenencia a ningún tipo de organización ilícita, la que se encuentra tipificada de manera autónoma (art. 2 nº5)

Las razones que tuvo el legislador para establecer de esta manera la configuración típica aparecen implícitas en el proceso de discusión parlamentaria que precedió la promulgación de la ley 19.027 de 1991. Sabemos que la idea central de dicha reforma era la necesidad de diferenciar las conductas de terrorismo con las conductas atentatorias contra la seguridad del Estado, circunstancia que se advertía en la antigua ley. En esta orientación, el terrorismo se concibe como "un método de acción criminal, más que una ideología", "al cual recurren los

⁶¹⁷GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 55, GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob. cit. 2000, pp. 141-142.

⁶¹⁸POLAINO NAVARRETE, M. 1997 a), p. 902.

⁶¹⁹TERRADILLOS, J. *Terrorismo y Derecho...* ob.cit., 1988, p.60. hay que precisar que el autor se está refiriendo a las LO 3 y 4/1988. En la actual redacción del CP ha desaparecido la expresión "elementos terroristas".

⁶²⁰GARCÍA ARÁN y otros, *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 53, GARCÍA ARÁN, M. "Terrorismo" en AA.VV. *Crimen Internacional y ...*, ob. cit. 2000, p138.

extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras”⁶²¹. El entonces Ministro de Justicia manifestó que “el gobierno no participaba de la idea de que haya organizaciones terroristas. Lo que puede haber son organizaciones destinadas a atentar contra la seguridad del Estado, porque no aceptan las reglas del juego democrático y optan por caminos no institucionales. Toda organización puede utilizar el método terrorista y son los que lo utilizan los que deben estar sometidos a estas condiciones excepcionales que establece el derecho”⁶²².

Si según las expresiones reseñadas, cualquier organización, y por tanto, las que atentan contra la seguridad del Estado, pueden utilizar “el método terrorista”, ¿por qué entonces se optó finalmente por el establecimiento de un tipo penal específico de terrorismo destinado a sancionar a las asociaciones ilícitas cuyo objeto sea cometer delitos de terrorismo?. Esto demuestra que, en definitiva, el legislador no desconoce absolutamente que el terrorismo se manifieste como violencia organizada. Sin embargo, la asociación ilícita es “uno” de los delitos de terrorismo que se contemplan en la ley 18.314 (art. 2 n°5), lo que significa que – de *lege data*- el elemento estructural no es un requisito sine qua non de lo injusto penal. Si así fuera nos encontraríamos ante una doble incriminación tal como se produce en la legislación española, en la que el agente puede llegar a ser condenado dos veces por el hecho de su pertenencia a una organización armada. Esto no supone, en nuestra opinión, que deba optarse por la solución que contiene el CP español tipificando autónomamente el delito de asociación ilícita terrorista.

La consecuencia quizá más inmediata de esta configuración típica es la sanción al terrorismo individual, esto es, el que se comete sin el apoyo de una estructura organizativa, que como se ha dicho, es la que en verdad está capacitada para lesionar el bien jurídico ordenamiento constitucional democrático. La segunda consecuencia es la extensión del ámbito de punibilidad hacia otras conductas de violencia política que, frente a la practicada por una asociación ilícita, tiene un carácter esporádico, o también espontáneo, especialmente si consideramos que el énfasis para la determinación de las finalidades perseguidas por el agente se presume de derecho en el art. 1° cuando se emplearen medios comisivos especialmente dañinos (vid. epígrafe II). Así pueden llegar a sancionarse conductas que mas bien pueden responder al concepto de violencia social y que normalmente no constituyen mas que la extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales.

Si lo que el legislador enfatiza es la finalidad de “aterrorizar”, “sea por la naturaleza de los medios empleados”... y presume de derecho que esta finalidad existe cuando se comete el delito mediante: “artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, etc.”, quien arroja un cóctel molotov en una manifestación cuadra perfectamente con la descripción típica, y más aún si consideramos que esta conducta encuadra dentro del tipo penal contemplado en el art. 2 n°4 de la ley 18.314, produciéndose también un problema de non bis in ídem.

Dos consideraciones cabe hacer, *Primero*, es difícil pensar que ya en el siglo XXI exista un auténtico terrorismo individual. Las transformaciones sociales y políticas, unidas a las tecnológicas conducen a pensar que no es posible que un individuo, un “terrorista solitario” lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido. Hace falta una organización para al menos intentar poner en jaque la estabilidad política de un sistema democrático. *Segundo*, resulta difícil creer que arrojar un cóctel molotov en una manifestación, lanzar piedras a la policía, sea una conducta de terrorismo, porque ella encuadra mas bien dentro del ámbito de los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos contemplados en los arts. 261 y ss. del Código Penal, ya que ello implica desconocer la naturaleza misma del terrorismo: “Colocar la delincuencia terrorista junto a la de tipo patrimonial y a las actividades de los piquetes de huelga violentos supone descartar que exista una diferencia cualitativa entre éstas y aquella y, al propio

⁶²¹ Mensaje Presidencial de 11 marzo de 1990, en *Historia de la Ley 19.027*, ob.cit., 1997, p.02.

⁶²² *Historia de la Ley 19.027*, ob.cit., 1997, p.18.

tiempo, negar un posible ‘aislamiento’ de la normativa relativa a las actividades de las bandas armadas frente al resto del Derecho Penal”⁶²³.

¿Se está diciendo con la tipificación que hace la ley 18.314 que los grupos de autodefensa estudiantiles, los piquetes de obreros en una huelga cometen actos de terrorismo cuando lanzan piedras, o artefactos incendiarios?. Así parece ser, porque *no encontramos en la configuración típica de los delitos de terrorismo* el reconocimiento del legislador a este fenómeno en cuanto “método de acción criminal”. Método que evidentemente forma parte de una estrategia que pensamos solo puede ser diseñada y llevada a cabo en el marco de una asociación criminal, y que el legislador opta por sancionar como un delito autónomo, marcando aún más la idea que se critica: que el terrorismo pueda ser desarrollado por individuos. La incriminación será distinta cuando esa conducta sea realizada a título individual, que cuando se realiza en el marco de una asociación ilícita de las que menciona el art. 2 n°5 LCT, en cuyo caso la sanción es mayor por efecto de acumulación de las penas que resultan aplicables por el delito específico realizado, y las que resultan del delito asociación ilícita terrorista.

Quizá lo que se pretendió con la norma fue, de un lado, evitar una confusión en el sentido de que la norma pudiera interpretarse como la consideración de una responsabilidad penal colectiva, y de otro caer abiertamente en la estigmatización de determinados grupos políticos como terroristas pareciendo diferenciarse de lo que en la anterior ley era considerado terrorismo, y que estaba dirigido hacia la neutralización del enemigo político (de ahí que se enfatice en el mensaje presidencial que el terrorismo no es una ideología).

En cuanto a lo primero, pensamos que la exigencia del elemento estructural para la configuración típica no dice relación con el reconocimiento a una responsabilidad penal “colectiva”. No se trata de un “sujeto activo colectivo”, como ha confundido la doctrina⁶²⁴, ya que, como se sabe, la responsabilidad penal por el hecho cometido es individual. Es evidente que la asociación ilícita u organización ilícita no puede tener responsabilidad penal por los hechos cometidos por sus integrantes, no solo porque la responsabilidad en materia penal continúa siendo individual, sino además porque se trata, en todo caso, de una organización que elabora una estrategia destinada a llevar a cabo delitos que atentan contra el ordenamiento constitucional democrático, esto es, ilegal, inexistente en la vida jurídica, un ente que ni siquiera puede ser considerado una persona jurídica, en donde al menos resulta discutible la posibilidad de responsabilidad penal colectiva. Por esta misma razón es que los legisladores, tanto chileno como española, y ante la demanda político criminal de incriminar penalmente a estas organizaciones han optado por tipificarlas como delito autónomo en los respectivos códigos penales: asociaciones ilícitas (arts. 292 y ss. CP chileno; art. 515 CP español), flexibilizando así el principio de responsabilidad penal personal, aunque no sin dificultades para salvar las contradicciones que se plantean en torno a los principios de lesividad y culpabilidad.

Queremos decir con esto que, si el CP chileno ya contiene una norma destinada a sancionar las asociaciones ilícitas ¿cuál es el sentido de incriminar a una nueva asociación ilícita que denomina terrorista, de manera también autónoma y en una ley especial?. Por el contrario, la no consideración de la misma como delito autónomo y sí como un elemento integrante de lo injusto penal en los delitos de terrorismo trae más ventajas que desventajas: *Primero*, se evitaría un posible problema concursal con la asociación ilícita común, según veremos al analizarla (siguiendo el esquema de la ley) como tipo autónomo. *Segundo*, se evitaría la sanción al mal llamado terrorismo individual, o a conductas de violencia social, esporádicas o espontáneas.

⁶²³ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p.107.

⁶²⁴ Así DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, pp.206-207, quienes como lege ferenda han planteado la necesidad de considerar “un sujeto colectivo”, lo que interpretado literalmente puede conducir a pensar que está exigiendo la colectividad en la responsabilidad por el hecho cometido. En realidad no parece ser que sea ésta la postura de los autores, sino enfatizar que es necesaria la estructura u organización para encontrarnos frente a una auténtica conducta de terrorismo. No obstante, atendida la redacción la interrogante queda abierta ya que tampoco se pronuncian sobre si la responsabilidad recae en el sujeto, como autor del hecho o en la organización.

Tercero, en la perspectiva de un derecho penal mínimo y de garantías se evitaría una doble sanción agravada (en relación a delitos comunes) en la comisión de delitos de terrorismo, el uno, por el delito específico cometido (vr. Gr. Homicidio terrorista, secuestro terrorista), y el otro la “asociación ilícita terrorista”, que llevaría a altísimas penas. Al exigirse el elemento organizativo, como requisito en lo injusto penal, el agente sería sancionado por el hecho cometido, respondiéndose de mejor manera no solo al principio del derecho penal del acto, sino en mayor medida al carácter de *última ratio* del derecho penal. Ello significaría, no obstante, asumir una postura en torno a la incriminación penal autónoma de la asociación ilícita como delito específico. De optar por ello debería determinarse en la ley penal el concepto de asociación ilícita para estos efectos, lo que puede solucionarse si a la ilicitud se añade el elemento teleológico o finalidad perseguida por la citada organización. A la vez, implicaría determinar qué conductas en relación a la asociación deben ser consideradas para configurar el tipo (pertenencia y/o colaboración con la asociación) cuya punición debería quedar absorbida por los delitos mas graves cometidos.

En nuestra opinión, resulta de dudosa utilidad tanto en el campo político criminal, como en la valoración jurídica la configuración de un delito específico de asociación ilícita terrorista. Sin perjuicio de lo que se expondrá, consideramos que existen suficientes argumentos como para rechazar su incriminación penal autónoma, entre ellos, el revestir el carácter de un adelantamiento de la punibilidad y problemas de infracción al principio de *non bis in ídem*⁶²⁵.

En cuanto a lo segundo, da la impresión que el legislador, en aras a distinguir las conductas atentatorias contra la seguridad del Estado de las de terrorismo, temió caer discriminaciones ideológicas arbitrarias. A este respecto cabe señalar que, el hecho que la jurisprudencia chilena en el fallo mencionado de 1992⁶²⁶ haya considerado el elemento estructural como requisito indispensable para la formación de un concepto de delitos de terrorismo sirvió para considerar -en el mismo fallo- a una organización política de izquierdas como una asociación ilícita terrorista. A nuestro parecer este fallo mostró una clara opción política. Considerar el elemento estructural en lo injusto no tiene por qué llevarnos a esta conclusión ni mucho menos a hacer discriminaciones ideológicas en pro de la protección de determinados intereses. Pensamos como Carmen LAMARCA; que el “reconocer relevancia jurídica a la finalidad ideológica”, esto es política en cuanto el objeto de tutela penal es el ordenamiento constitucional democrático, “ni enturbia una adecuada comprensión y tipificación de las figuras, ni mucho menos, obliga a una mayor benignidad en las penas o en las medidas procesales”⁶²⁷, y permite a su vez la sanción tanto de los actos de terrorismo insurgente como de terrorismo estatal. Sobre este punto volveremos al tomar posición. Veamos ahora las consecuencias de la consideración el elemento estructural en lo injusto penal, a la luz de la legislación española.

1.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: SUJETO ACTIVO.

Según anunciamos al describir el concepto jurídico de terrorismo, la orientación que guía a la legislación española en materia de terrorismo considera un elemento estructural u organizativo como requisito sine qua non de lo injusto, y que se encuentra presente en los tipos penales de los arts. 571,572 y 574 del CP. Empero, del art. 577 se desprende que el sujeto activo ya no es solo el sujeto relacionado con una banda armada, grupo u organización terrorista, sino que también puede serlo un individuo aislado, sin perjuicio que el criterio dominante siga siendo la consideración del terrorismo como violencia política que se ejerce desde una estructura organizada⁶²⁸. En ambos casos el sujeto activo ha de tener la finalidad política de subvertir el

⁶²⁵ Supra Cap. VII, *Análisis de los tipos penales...*

⁶²⁶ SCA de 13 nov. de 1992 considerando 5º, *GJ* nº 149, 1992, p. 90.

⁶²⁷ LAMARCA, C.1985, p. 164.

⁶²⁸ Mantienen la posición de la primacía del elemento estructural en el CP de 1995: CALDERÓN CERESO-

orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, materializando su conducta a través de una serie de delitos comunes descritos en las configuraciones típicas, de donde se deduce que es el elemento subjetivo lo que se yergue como elemento central de lo injusto penal⁶²⁹.

A) LA BANDA ARMADA, ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA.

El art. 571 indica: "Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351...". El art. 572, por su parte, establece: "Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior...". Similar es el encabezado del art. 574.

De acuerdo a estos preceptos, el sujeto activo es un individuo que forma parte o actúa para un grupo o estructura organizada. Es autor el que realiza cualquiera de las conductas típicas en el marco de una banda armada, organización o grupo terrorista, ya sea como *intrañeus* (perteneciendo) o como *extraneus* (colaborando al logro de sus objetivos o actuando al servicio de la banda para igual logro, esto es sin pertenecer). Por esta razón, el terrorismo a la luz de estos preceptos se configura como un delito especial.

El legislador no ofrece un concepto claro de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, ya que se limita a tipificarlas como un tipo agravado de asociación ilícita (art. 515 nº2), y cuya pena resulta visiblemente superior a la establecida para las asociaciones ilícitas comunes. Y aunque a efectos de los arts. 571 y ss. del CP estas bandas armadas, organizaciones o grupos deban tener la finalidad específica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, lo que a su vez las diferencia de las asociaciones ilícitas comunes, no parece existir un concepto de las mismas. Esto porque tampoco parece haber diferencia – en la ley- entre la banda armada, de un lado, y la organización o grupo terrorista, por otro, fuera de la tautología que significa aludir a estas últimas en relación al concepto dogmático de terrorismo: los que cometen delitos de terrorismo son las organizaciones terroristas. Existen por tanto, dos referencias expresas del CP a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la una, en cuanto tipo agravado del delito de asociación ilícita (art. 515 nº2 CP), y la otra, en relación con los delitos de terrorismo (arts. 571 y ss.), pero en ninguno de los casos se les define.

A.1. La banda armada, organización o grupo terrorista como asociaciones ilícitas.

El art. 22 de la CE tras reconocer el derecho de asociación, declara ilegales a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos prohibiendo en su numeral 5 las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Conforme a este criterio, el art. 515 del CP sanciona el ejercicio abusivo de este derecho constitucional, o extralimitación en el derecho de asociación⁶³⁰, tipificando y sancionando las asociaciones ilícitas en los arts. 515 a

CHOCLÁN MONTALVO. 1999, pp.1229. PRATS CANUT, JM. 1996 a), pp.1580, 1584, 2ª ed. 1999, p. 1620, 1624; LANDECHO VELASCO, C.M.- MOLINA BLAZQUEZ, C. 1996, pp.576-577; LUZÓN CUESTA, J.M. 1998, pp.360-361. DE PRADA SOLAESA, J.R. 1996, pp. 73 y ss.; MORA ALARCÓN, J.A. 1996, pp.697-698; BARÓN QUINTERO, S. en *Delincuencia organizada...*, FERRÉ OLIVE, J.C. y ANARTE BORALLO Eds., ob.cit. 1999, pp.272-273; FERNÁNDEZ, E.M, GANZEMÜLLER, y otros. 1998, pp.337-338.

⁶²⁹ Ello que da gran parte de razón a CARBONELL cuando afirma que a la luz del CP de 1995 el concepto de terrorismo no gira ya en torno a los elementos estructural y teleológico, sino que en torno a la comisión material y directa de una serie de figuras delictivas, y la finalidad con que se llevan a cabo, toda vez que la exigencia de la pertenencia o colaboración con la banda armada u organización terrorista se encuentra en los supuestos de los arts. 571, 572 y 574, y no así en el art. 577. En VIVES ANTÓN, BOIX, CARBONELL y otros, ob.cit. 1996 a), p.801. En sentido similar MUÑOZ CONDE para quien "lo verdaderamente importante no es ya la existencia de la organización, banda armada o grupo, sino la finalidad...que también sirve para calificar de terrorismo el comportamiento individual descrito en el art. 577". MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE*, Tirant Lo Blanch, 1996, p.780.

⁶³⁰ Ampliamente, GARCÍA PABLOS, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, 1977, el mismo "Asociaciones ilícitas y terroristas", en *CLP*, dirig. Por COBO DEL ROSAL y coord. por BAJO FERNÁNDEZ, T.II, Madrid, 1983, pp.109 y ss.

521. En términos generales es asociación ilícita una unión de personas caracterizada por las notas de organización y permanencia y cuyo objeto es cometer delitos⁶³¹, características todas que permiten diferenciarles de los supuestos de conspiración y la simple asociación para delinquir⁶³².

El art. 515 aumentó el catálogo de asociaciones ilícitas incorporando en el nº2 a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, lo que, si bien no importa una modificación sustancial, sí representa un acierto en la medida que normaliza el tratamiento de la delincuencia terrorista en los tipos penales ordinarios⁶³³, tendencia que venía advirtiéndose desde las LO 3 y 4 /1988⁶³⁴. Es cierto, que la inclusión de las mismas en el art. 515 se ha debido al tratamiento especial que normalmente han recibido, agravadas en su punición en relación al resto de las asociaciones ilícitas (art. 516)⁶³⁵.

a) Concepto de banda armada.

Ante la carencia de un concepto legal la doctrina y la jurisprudencia han desplegado esfuerzos para delimitar cuales son las notas características que integran el concepto de banda armada, existiendo un consenso generalizado en estimar que ellas giran en torno a dos elementos: la organización y el carácter armado.

a.1.) La Organización: La banda armada se estructura ante todo como un grupo organizado que goza de una cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, del que nacen de alguna manera vínculos estables en el tiempo y presididos por las ideas de jerarquía y disciplina⁶³⁶. No basta

⁶³¹ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1166, VIVES ANTÓN-CARBONELL MATEU, 1996 a) pp.758-759, TAMARIT SUMALLA, J.M. “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”, en QUINTERO OLIVARES y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1996 a), pp.1431 y ss., esp. pp.1447-1448, 2ª ed. 1999, pp. 1468 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, G. *Delitos contra la Constitución (V)*, en *Curso de DP. Español. PE.*, dirig. Por COBO DEL ROSAL, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.701 y ss., esp. p.713; QUINTERO OLIVARES, G. “*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, FERRÉ OLIVE, J.C. y ANARTE BORRALLO, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.177-190, esp. p.179, nota 4.

⁶³² El concepto de asociación ilícita ha generado abundante polémica en la doctrina española, especialmente en torno a los criterios de delimitación entre éstas y los supuestos de conspiración y codeincuencia (asociación para delinquir) que a juicio de GARCÍA PABLOS se encontrarían en las notas de organización y permanencia. GARCÍA PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, 1977, pp.291 y ss.

⁶³³ TAMARIT SUMALLA, J.M. 1996 a), p.1449.

⁶³⁴ En el anterior CP el delito de asociación ilícita estaba contemplado en el art. 173.1, mientras que la referencia a banda armada, organizaciones terroristas o rebeldes se encontraba en el art. 173.3, sin tampoco definirlos y que al igual que ocurre en el actual CP (art. 516) recibían un tratamiento punitivo agravado “los fundadores, directores o presidentes”.

⁶³⁵ Recordemos que desde la LO 82/78 el concepto dogmático de terrorismo gira en torno al elemento estructural, que se ha vertido en los conceptos de bandas armadas, luego elementos terroristas, y más tarde organizaciones o grupos terroristas.

⁶³⁶ Así, en la doctrina LAMARCA, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, ob. cit. 1985, pp.229 y ss, la misma; “*La última recepción de la normativa antiterrorista...*”, ob.cit., 1989, pp.963 y ss, “*Sobre el concepto de terrorismo. (A propósito del caso Amedo)*”, ob. cit. 1993, pp.551 y ss., MESTRE, E. 1987, pp.34, 189 y ss. TERRADILLOS, J. 1988, p.58; CUERDA ARNAU. 1995, p.360, VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), pp.759, 761, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1230, PRATS CANUT. 1996 a), p.1584, 2ª ed. 1999, p.1625; DE PRADA SOLAESA. 1996, p.73, BARÓN QUINTERO. 1999, p.268; MORA ALARCÓN. 1996, p. 698; LANDECHO VELASCO- MOLINA BLAZQUEZ. 1996, p. 577; PORTILLA CONTRERAS. 1997, p.714. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.339, REIG REIG, J.V. “*Delitos contra la Constitución*”, en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, p.1864.

En la *Jurisprudencia: Tribunal Supremo*: SSTS 25-01-1982 (RJ 1982/140), 9-02-1983 (RA 744); 28-03-1984 (RA 1870), 19-11-1985 (RJ 1985/ 5428); 12-6-1987 (RJ 1987/47/26), 25-01-1987 (análoga a RJ 1987/8444), 27-5-1988 (RJ 1988/3839, *Caso Leiba*), 12-03-1992 (RJ 1992/2442, *Caso Amedo*), 29 -07- 1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*). *Tribunal Constitucional*: SSTC 199/1987 de 16-12-1987; 89/1993 de 12-05-1993, STC 136/1999 de 20 Julio (*Caso Mesa Nacional HB*). *Audiencia Nacional*: SAN 30/91 de 20- 09-91 (*Caso Amedo*), Auto de la Sala de lo Penal de la AN de 5-11-1997 (Sección 1ª, ARP 1998/5944, *Caso Pinochet*), SAN 73/1997 de 27-11-1997 (ARP 1997/1860),

con una concurrencia de sujetos ocasional y transitoria, debe tratarse “de una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de éstos”⁶³⁷, proyección que se manifiesta en un esquema operativo permanente cuyo funcionamiento está sujeto a determinadas reglas. La existencia de la organización se verifica cuando existe una pluralidad de individuos en un número suficiente como para formar una estructura⁶³⁸. A juicio de la doctrina mayoritaria el mínimo de tres individuos es suficiente para que exista una asociación ilícita⁶³⁹. Otro sector de la doctrina estima que el factor numérico es irrelevante, debiendo fijarse la atención en las características de organización y permanencia para que pueda distinguirse a las bandas armadas de los supuestos de codeincuencia⁶⁴⁰, llegando a sostener un sector de ella que, en todo caso, un número de tres resulta insuficiente como para dar indicios de una efectiva organización⁶⁴¹.

Esta es la orientación que ha guiado a la jurisprudencia la que afirma que no basta para estimar que existe un grupo constitutivo de banda organizada en sentido legal, el hecho que lo integre más de tres personas, sino que ésta requiere como grupo, una cierta organización, cierta estructura estable con objetivos definidos⁶⁴², requiriendo además la constitución de una verdadera asociación⁶⁴³. El TS en STS de 29 Julio de 1998 (Caso GAL, Marey) resumiendo la jurisprudencia indica que para que la banda armada existe como agravación específica del delito de asociación ilícita requiere: “Que exista realmente una banda es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos. Evidentemente no es necesario que se trate de una asociación que haya adoptado alguna de las formas jurídicamente previstas al respecto: basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad”⁶⁴⁴.

SAN 124/1999 de 4-06-1999 (ARP 1999/2194), SAN de 26-04-2000 (Caso Lasa y Zabala). En contra LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris, 1996, p.204. Para estos autores lo que distingue una banda armada de una organización terrorista es que en aquella no resulta determinante el elemento organización ni el carácter permanente de la misma.

⁶³⁷ GARCÍA PABLOS. 1977, p.236. En similar sentido, VIVES ANTÓN- CARBONELL. 1996 a), p.759; CUERDA ARNAU. 1995, p.360, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1166, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLAZQUEZ. 1996, p.577; DE PRADA SOLAESA. 1999, p.75 nota 16, PRATS CANUT, 1996 a), p. 1584, 2ª ed. 1999, p.1625; BARÓN QUINTERO. 1999, p.268; MORA ALARCÓN. 1996, p.698, PORTILLA CONTRERAS. 1997, pp.714-715. En la jurisprudencia, *Tribunal Supremo*: SSTS, 25-01-1982 (R.J 1982/140), 1-03-1988, 19-11-1985 (R.J. 1985/5428), 27-05-1988 (R.J 1988/3839), 18-03-1991 (R.J 1991/2173), 12-03-1992 (R.J 1992/2442), 28-10-1997.

⁶³⁸ En esto existe diferencia en torno a la asociación ilegal que sanciona el art. 515 nº1 ya que en ella esta pluralidad de personas han de ser independientes y autónomos respecto de cada uno de los individuos que la componen concertados todos ellos a un fin determinado que inicialmente no tiene por qué ser ilícito. Aunque sí se advierte que tal asociación no debe ser esporádica, esto es, necesita cierta duración en el tiempo, y también una estructura jerárquica. STS 20-10-1997 (RJA 7843/1997, *Caso Filesa*). Cfr. QUINTERO OLIVARES. 1999, “*La criminalidad organizada y la función...*”, ob.cit. 1999, p.179

⁶³⁹ Así GÓMEZ CALERO, J. “*Delitos de terrorismo*”, en *CLP* dirig. por COBO DEL ROSAL-BAJO FERNÁNDEZ, T. XI, Madrid, 1990, p.272; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ. *DP.PE.*, 15ª ed. Madrid, 1992, p.831; MUÑOZ CONDE. *DP.PE.*, 8ª ed. Valencia, 1990, p.460.; MESTRE, E. 1987, p.35; TAMARIT SUMALLA. 1996 a), p.1447; BARÓN QUINTERO. 1999, p.268.

⁶⁴⁰ Así LAMARCA, C. 1985, p.93; MESTRE, E. 1987, p.35, admitiendo esta observación pero sosteniendo que debe tratarse de a lo menos tres individuos; GARCÍA PABLOS; “*Delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas armadas y grupos armados terroristas*”, en *EP*, Barcelona, 1984, p.307; BAEZA AVALLONE. “*Los delitos de terrorismo en las leyes 56/78 y 82/1978*, en *Escritos Penales*, Valencia, 1979, p.47.

⁶⁴¹ Así CUERDA ARNAU. 1995, p.361; VIVES ANTÓN- CARBONELL, 1996 a) ,p.761. En similar sentido FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.339 quienes estiman preferible “la consideración de la banda en cuanto sea superior a dos individuos aislados, siempre que tenga las notas de permanencia, estabilidad, y armas a su disposición”.

⁶⁴² STS 1-3-88 (R.J 1988/1515).

⁶⁴³ STS 19-11-1985 (R.J. 1985/5428), 27-05-1988 (R.J 1988/3839), 18-03-1991 (R.J 1991/2173), 12-03-1992 (R.J 1992/2442).

⁶⁴⁴ STS 29-7-1998 (R.J 1998\5855). En el mismo sentido; SSTS 12-6-1987 (R.J 1987\4726), 25-1-1987 (análoga a R.J 1987\8444), 27-5-1988 (R.J 1988\3839) y 12-3-1992 (R.J 1992\2442). STC 199/1987 de 16 diciembre; SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197).

Pensamos, como la doctrina mayoritaria que el factor numérico no es decisivo para verificar la existencia de una banda armada, y que lo que permite distinguirla de la codelincuencia y de las formas de participación en el delito ha de hacerse atendiendo a los delitos programados y sobre la base de un juicio de idoneidad⁶⁴⁵, matizándose con la idea de organización que requiere, en todo caso, una estructura jerárquica y cierta duración en el tiempo. Esto no significa que elevemos el elemento “estructural” u organizativo a la categoría de único y posible rasgo distintivo. Coherentes con los planteamientos de la doctrina mayoritaria y la vertida en esta investigación, es el elemento intencional de naturaleza política el primer criterio a considerar. Pero ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante manifestaciones de violencia espontánea que sí tienen una finalidad política como por ejemplo piquetes de huelga?. Pensamos que en este caso sí es pertinente acudir al elemento estructural. Como ha subrayado la jurisprudencia, debe excluirse del concepto de banda armada la acción realizada por miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas, concertados para llevar a cabo actos de violencia, cuando no se dieran las notas de organización de la que nacen vínculos en alguna manera estables, presididos por las ideas de jerarquía y de disciplina, y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales o indeterminadas con medios idóneos (tales como armamentos y explosivos)⁶⁴⁶.

a.2.) *El carácter armado:* La organización debe poseer armas que estén a disposición de sus integrantes, independientemente de la posesión que de ellas pudieren tener sus miembros a título individual, siempre que se hallen a disposición de la organización⁶⁴⁷. El tipo de armas que deben poseerse son aquellas que desde el punto de vista del bien jurídico protegido revistan especial gravedad, pudiendo considerarse como tales las armas de fuego, de guerra o defensa y las sustancias o aparatos explosivos o inflamables⁶⁴⁸. A este respecto el TS ha precisado aún más en su STS de 29 Julio de 1998 (*Caso GAL, Marey*) considerando que la banda es *armada* cuando utiliza en la actuación delictiva armamento, “entendiendo por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes, que son aquellos cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una sola ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana”⁶⁴⁹.

Pensamos que la delimitación que efectúa la última jurisprudencia acierta en cuanto considera como punto clave la alteración de la paz pública, que si bien no estimamos, como se ha dicho, sea el bien jurídico protegido, sí es el elemento que permite dar en este caso (clase de armamento) una pauta en cuanto a la posibilidad de lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático desde el punto de vista de los derechos humanos. Al aludir al efecto “especialmente intenso”, aunque no sea repetido, sino en “una sola ocasión”, posibilita la sanción a actos capaces de alterar el ordenamiento constitucional democrático y violar los derechos humanos de manera especialmente grave (vr.gr. aparato explosivo o disparos hechos con una subametralladora en un centro comercial en el que se encuentran numerosos civiles).

En cuanto al *número de armas* que deban poseerse pensamos que ello dependerá de la clase de las mismas, pudiendo considerar como criterio de orientación la regulación del

⁶⁴⁵ En este sentido VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.761.

⁶⁴⁶ STS de 27-05-88 (RJ 1988\3839, *Caso Leiba*). En el mismo sentido SSTS de 25 enero y 7 de mayo de 1988. Este criterio ha sido también sustentado por el Tribunal Constitucional STC 199/1987 (RTC 1987, 199).

⁶⁴⁷ Así LAMARCA, C.1985, p.234, TERRADILLOS, J. 1988 p. 61, CUERDA ARNAU. 1995, p. 361, VIVES ANTÓN- CARBONELL. 1996 a), p.762.

⁶⁴⁸ Así STS 27-5-1988 (RJ 1988\3839). Siguen este criterio BARÓN QUINTERO, 1999, p.269, CUERDA ARNAU, 1995, pp.361-362, VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p. 761, LANDECHO VELASCO- MOLINA BLAZQUEZ. 1996, p.577.

⁶⁴⁹ SSTS 29-7-1998 (RJ 1998\5855), 12-6-1987 (RJ 1987\4726), 25-1-1987 (RJ 1987\8444), 27-5-1988 (RJ 1988\3839) y 12-3-1992 (RJ 1992\2442). SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197).

depósito⁶⁵⁰ que a la luz del CP de 1995 (Arts. 566, 567 y 573 CP) sólo tiene lugar cuando el número de dichas armas es por lo menos cinco si se tratare de armas de guerra⁶⁵¹.

a.3) Banda armada y banda armada terrorista.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en las notas características reseñadas anteriormente, en lo que no ha coincidido es en la interpretación que debe darse a su concepto. La discusión nace como consecuencia de encontrarse vinculado, tanto en la ley (arts. 515 nº2 y arts. 571 y ss del CP) como en la Constitución (art. 55.2) a los “elementos, organizaciones o grupos terroristas”.

Para la mayoría de la doctrina, el concepto de banda armada a efectos de la aplicación de la legislación antiterrorista debía entenderse como *el soporte* de este tipo de delincuencia⁶⁵². Se consideró desde el primer momento, y en comentario a la LO 2/1981 que a efectos del art. 174 bis a) que regulaba la “asociación terrorista”, el concepto de banda armada debía circunscribirse al de “banda armada que incida gravemente en la seguridad ciudadana a través de la comisión de los graves delitos mencionados” porque si bien “al Estado le preocupan todas las bandas armadas” las que en realidad le importan “son solamente las terroristas que...matan y roban con un propósito muy específico: destruir el orden constitucional”⁶⁵³.

Más tarde y con la LO 9/1984 continuaba entendiéndose que la banda armada era el soporte común a los calificativos de terrorista y rebelde que hacía la ley, de manera tal que solo la concurrencia de una u otra finalidad política permitía la aplicación de la excepcionalidad a una banda armada o a sus miembros, excluyéndose del ámbito de aplicación de la misma a las bandas armadas de la criminalidad común⁶⁵⁴. Esta es la opinión que sostuvo el Tribunal Supremo en el llamado *Caso Amedo* distinguiendo por una parte, la asociación ilícita común (art. 173 CP de 1973) y por la otra la banda armada y la organización terrorista o rebelde (art. 174.3 CP de 1973)⁶⁵⁵. *La ventaja* de esta interpretación radicó en que con ella se pretendía evitar una extensión abusiva de la punibilidad de la legislación antiterrorista hacia otras formas de delincuencia, que adoptando también la forma de bandas armadas, no perseguían objetivo político alguno, y para las cuales al parecer la legislación no establecía un tratamiento diferenciado. Por otra parte significó un reconocimiento implícito a la consideración de la organización como elemento consustancial al terrorismo. Reconocimiento que significa a la vez una desventaja a juicio de aquel sector doctrinal que sostiene la posibilidad de sanción al terrorismo individual⁶⁵⁶, con el que no concordamos.

Otro sector de la doctrina sostuvo que el concepto de banda armada gozaba de una

⁶⁵⁰ VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.762. En igual sentido pero en relación al CP de 1973 (art. 258), CUERDA ARNAU. 1995, p.362. *Infra* Cap. VII.

⁶⁵¹ Opinión distinta sostienen FERNÁNDEZ y GANZEMÜLLER (1998, p.339) para quienes “no es preciso que el número de armas que deban tener a su disposición, si no son de guerra (por ejemplo una granada o un subfusil) deban ser cinco o más”. *Infra* Cap.VII.

⁶⁵² Así LAMARCA, C.1985, p. 206 y ss.; MESTRE, E. 1987, p.32; ARROYO ZAPATERO, L. “*La reforma de los delitos de ...*”, ob. cit. 1981, p.406, el mismo GARCÍA PABLOS, “*Asociaciones ilícitas y...*”, ob.cit. 1983, pp.153 y ss, RODRÍGUEZ VILLASANTE. “*Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes*”, en *CLP*, dirig. por COBO DEL ROSAL y BAJO FERNÁNDEZ, T. XI, Madrid, 1990, pp.158, 232 y 233; BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE. *Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio*” en *Rev. de Política Comparada*, V, 1981 a), pp.109 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.* 6ª ed. , 1985, p.752.

⁶⁵³ ARROYO ZAPATERO, L. “*La reforma de los delitos de ...*”, ob. cit. 1981, pp. 405 y 406.

⁶⁵⁴ ARROYO ZAPATERO, L. *Terrorismo y sistema penal...* ob.cit, 1985, p.174. LAMARCA, C.1985, p. 206 y ss.; MESTRE, E. 1987, p.32, GARCÍA PABLOS, “*Asociaciones ilícitas y...*”, ob.cit. 1983, pp.153 y ss, RODRÍGUEZ VILLASANTE. 1990, pp.232 y 233.

⁶⁵⁵ STS 12-03-1992 (RJ 1992/2442). Cfr. LAMARCA, C. 1993 a), p.552.

⁶⁵⁶ Críticamente en torno a esta interpretación CUERDA ARNAU. 1995, p.365, quien sí considera la posibilidad de terrorismo individual.

absoluta autonomía frente a la legislación antiterrorista, sosteniendo que ella podía ser definida como “la asociación delictiva de tres o más personas que utilicen armas para la consecución de sus fines”⁶⁵⁷, atendida la redacción legal de la LO 3/1988 y del art. 55.2 de la CE. Pensamos que *la ventaja* de esta postura radica en la separación de los conceptos de banda armada y banda armada terrorista, entendiéndolo que solo a esta última, como apuntó anteriormente MUÑOZ CONDE le son aplicables los preceptos de la legislación antiterrorista⁶⁵⁸. No pensamos- como sí piensa CUERDA ARNAU⁶⁵⁹- que las consecuencias que deriven de esta interpretación sea la de extender abusivamente el ámbito de la punibilidad, ya que no cabe duda- y así lo demuestra este sector⁶⁶⁰- que su intención no ha sido precisamente la de sancionar a título de terrorismo a bandas armadas que actúan en el ámbito de la criminalidad común.

Atendida la “rigurosidad” de estas interpretaciones surge una tercera interpretación⁶⁶¹, sosteniendo una “*autonomía relativa*” del concepto de banda armada que en lugar de reducir su concepto a lo puramente objetivo (carácter organizado y armado), aluden al bien jurídico protegido, que estiman es la seguridad interior del Estado⁶⁶². Pensamos que estos autores aluden al bien jurídico protegido específico de las asociaciones ilícitas, y no particularmente al de los delitos de terrorismo. Por ello es que a efectos del art. 515 nº2 entienden por banda armada: “todo grupo permanente, organizado y suficientemente numeroso que, hallándose en posesión de armas de fuego o sustancias o aparatos explosivos o inflamables, en cantidad semejante a la requerida para el depósito, intenta subvertir o subvierte dolosamente la seguridad interior del Estado”⁶⁶³. De donde deducimos que está distinguiendo entre bandas armadas pertenecientes al ámbito de la criminalidad común y bandas armadas pertenecientes al ámbito de la criminalidad terrorista.

Esta parece ser la posición que adopta el TC en su STS 199/1987 de 16 de diciembre⁶⁶⁴ al señalar que no solo debe tenerse en cuenta “la nota de permanencia y estabilidad del grupo y su carácter armado, 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 suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática”. El TC se está refiriendo a las bandas armadas a las que resulta aplicable la legislación antiterrorista, desde que excluye la posibilidad que la LO 9/1984 y el art. 55.2 de la CE se aplicaran a “personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro”⁶⁶⁵. De estas últimas consideraciones podría desprenderse que para el TC existen dos tipos de bandas armadas⁶⁶⁶, las unas ligadas a la actividad terrorista puesto que poseen un programa político destinado a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, ordenamiento constitucional democrático, y las otras comunes, esto es, “grupos u organizaciones criminales sin objetivo político alguno” a las que no cabe “excluir” del tratamiento otorgado a las bandas armadas

⁶⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, 1990, p.640. En el mismo sentido, GÓMEZ CALERO, 1990, p.270-271.

⁶⁵⁸ MUÑOZ CONDE. *DP.PE.* 6ª ed. Sevilla, 1985, p.752.

⁶⁵⁹ CUERDA ARNAU. 1995, pp.366 y ss.

⁶⁶⁰ MUÑOZ CONDE. 1985, p.752.

⁶⁶¹ Así VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.762, PRATS CANUT. 1996 a), p.1585, 2ª ed. 1999, p. 1625. Con anterioridad CUERDA ARNAU. 1995, p.367; TERRADILLOS. 1988, pp.58 y ss.; BUSTOS, J. *Manual de DP.PE.*, 2ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp.330 y ss.

⁶⁶² VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.762, CUERDA ARNAU. 1995, p.367.

⁶⁶³ VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.762. Les sigue, CUERDA ARNAU, 1995, p. 367. Similar CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1166, REIG REIG, J.V., 1999, pp.1863-1864.

⁶⁶⁴ En esta interpretación CUERDA ARNAU. 1995, pp.367 y ss. Similar LAMARCA, C., 1993 a) pp.553-554.

⁶⁶⁵ Cfr. CUERDA ARNAU. 1995, p.368.

⁶⁶⁶ En esta interpretación CUERDA ARNAU. 1995, pp. 367 y ss. Similar, LAMARCA, C. 1993 a), pp. 553-554. Sosteniendo también la distinción entre ambas aunque no necesariamente como interpretación de esta sentencia específica BARÓN QUINTERO. 1999,p.268.

terroristas supuesto que “por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, *puedan crear una situación de alarma* y, en consecuencia, una *situación de emergencia* en la seguridad pública que autoriza a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos”⁶⁶⁷. De ello se desprende que el TC equipara el tratamiento jurídico de ambos tipos de bandas atendiendo al resultado que producen con su actividad.

Sin perjuicio de que consideremos acertada la diferencia entre bandas armadas comunes y terroristas que puede desprenderse de esta interpretación, no estimamos que su tratamiento jurídico pueda hacerse equiparable, aún cuando las bandas armadas comunes produzcan un resultado que pueda parecer político desde el punto de vista objetivo⁶⁶⁸, por la sencilla razón de que la criminalidad terrorista encuentra la razón de un tratamiento más agravado, precisamente en la intención de alterar el ordenamiento constitucional democrático, *optando* por el uso de la violencia, en lugar de las vías de participación que ofrece- o debería ofrecer - materialmente- el sistema político, violencia que se concreta en definitiva en *un ataque frontal a los derechos humanos*. Por lo demás, cuesta creer, que una banda armada que no busca objetivo político, pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático⁶⁶⁹, independientemente que ella también pueda lesionar bienes jurídicos individuales y los derechos humanos.

CUERDA ARNAU⁶⁷⁰ estima que estas bandas armadas sí estarían en condiciones de lesionar “la seguridad interior del Estado” concepto que parece equiparar al de “orden constitucional”. De acuerdo a los lineamientos vertidos en el apartado anterior (Bien Jurídico) estimamos que este último es más amplio que la mera seguridad interior, que por lo demás era lo que se entendía como bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo en la legislación franquista. Es difícil pensar que una banda armada sin objetivo político pueda lesionar de alguna manera la seguridad interior, mas bien ella, y como parece apuntar el TC en la misma STC 199/1997 tiende a alterar la seguridad ciudadana o la paz pública (que no es el bien jurídico protegido), razón suficiente para excluirla del tratamiento agravado de los delitos de terrorismo, y sujetarla a la legislación ordinaria, la que no tiene por qué ser, en todo caso, más benigna. Se nos ocurre pensar por ejemplo en bandas armadas que por motivos xenófobos ejecutan un plan de exterminio de personas⁶⁷¹.

Decíamos que de la STC 199/1987 podía desprenderse esta especie de “autonomía relativa” del concepto de banda armada, interpretación que estimamos es “amplia”, y que pretende evitar que se proporcione un tratamiento jurídico unitario a realidades distintas, puesto que la legislación antiterrorista solo será aplicable a aquellos grupos organizados y armados que busquen la alteración del ordenamiento constitucional democrático, mediante la provocación del miedo o inseguridad social. No parece ser éste el criterio que ha adoptado la última

⁶⁶⁷ STC 199/1987 de 16 de diciembre. *Fund. Jurídico* 4º. Lo subrayado es nuestro.

⁶⁶⁸ Para Carmen LAMARCA (1993 a), p.554) se trataría de “asociaciones comunes que con su actividad delictiva alcanzan los mismos resultados que se proponen las de carácter político, la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional”.

⁶⁶⁹ En esta opinión Carmen LAMARCA: “resulta bastante difícil hallar una organización armada que sin objetivo político alguno logre provocar el terror y alterar el orden democrático y constitucional”. LAMARCA, C. 1989, pp.963 y ss.

⁶⁷⁰ CUERDA ARNAU. 1995, p.369, 367.

⁶⁷¹ Ciertamente las bandas de “cabezas rapadas” o “skin heads” han mostrado la capacidad suficiente para producir la alteración de la seguridad ciudadana y la tranquilidad pública. Los famosos grupos “Limpia Madrid” cuyo auge se dio en la década de los noventa causaron un verdadero terror, al menos en un gran sector de la población, con los asesinatos y ataque a lo que ellos consideran “escoria social”: inmigrantes, prostitutas, homosexuales, vagabundos, etc. Si estos grupos tienen un carácter organizado y armado, pensamos que evidentemente son una banda armada, y por tanto punibles conforme al art. 515 nº2 del CP. Empero, sus actuaciones no caben dentro del ámbito de aplicación de los arts. 571 y ss. del CP, sino que dentro de los tipos penales comunes agravados por la circunstancia contemplada en el art. 22.4 del CP, o en casos graves en los arts. 607 y ss. del CP relativos a los delitos de genocidio cuando existiere el propósito de destruir total o parcialmente a un *grupo* nacional, étnico, racial o religioso.

jurisprudencia. Así el Tribunal Supremo señaló en su STS de 29-07-1998⁶⁷²- e interpretando de manera distinta la STC 199/1987 – que el TC había consagrado una *interpretación restrictiva* del concepto de banda armada “porque este último concepto (banda armada) no puede separarse del de ‘elementos, organizaciones o grupos terroristas’, con el que aparece unido tanto en nuestra Constitución (art. 55.2) como en las distintas Leyes que han regulado esta materia en los últimos tiempos y en el CP vigente (art. 515.2 y 571 a 577)”⁶⁷³. Ya en el Caso Amedo se había pronunciado señalando que tanto las bandas armadas como las organizaciones terroristas implican una mayor estructura jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervinientes, nunca transitoria u ocasional⁶⁷⁴, diferenciándoles así de la asociación ilícita común.

Así, el delito de banda armada como agravación específica del de asociación ilícita, requeriría, además de la notas de organización y carácter armado, de un elemento anexo: “que se trate de grupos que por el uso de armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo”. Pero además “se requiere un especial elemento subjetivo del injusto. No basta que las acciones de la banda armada causen inseguridad en la población ... es necesario 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”⁶⁷⁵.

Resumiendo, el TS estima que el concepto de banda armada, como asociación ilícita requiere de cuatro elementos: 1º la organización o asociación ilegal, “sin que sea preciso que adopte alguna de las formas jurídicamente previstas al respecto bastando con “la unión de varios para un fin, unión que ha de tener cierta duración en el tiempo”. 2º Que tal banda sea armada, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento, entendiendo por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes...”. 3º Capacidad para causar inseguridad en la población por la clase de armamentos que poseen y la clase de delitos que cometen, y 4º la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública⁶⁷⁶. Es también el criterio que ha comenzado a adoptar la Audiencia Nacional⁶⁷⁷.

⁶⁷² STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*). En coincidencia con SSTS 12-6-1987 (RJ 1987\4726), 25-1-1987 (análoga a RJ 1987\8444), 27-5-1988 (RJ 1988\3839) y 12-3-1992 (RJ 1992\2442).

⁶⁷³ STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*). *Fund. Décimoquinto*.

⁶⁷⁴ STS 12-3-1992 (RJ 1992\2442). Mas ampliamente LAMARCA, C. 1993 a), p.554.

⁶⁷⁵ STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*). *Fund. Décimoquinto. Núms 3 y 4*. En igual sentido SAN de 26-04-2000 (*Caso Lasa y Zabala*)

⁶⁷⁶ Sobre esta base el TS estimó que en el caso del Secuestro de Segundo Marey ejecutado por personas pertenecientes a los GAL, no existió el delito de banda armada porque: “Respecto del 1, no consta que nos encontremos ante una agrupación de personas de carácter estable. Recordemos que fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL. En referencia al 2, es claro que no aparece en todo el secuestro de D. Segundo Marey el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada. Con relación al nº3, no puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo. STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*). *Fund. Décimoquinto*. Como puede observarse y a diferencia de lo que ocurrió en el *Caso Amedo* (STS 12-03-1992), el TS no niega que los GAL tenían la finalidad de alterar el orden constitucional.

⁶⁷⁷ Para la AN la existencia del delito de banda armada como asociación ilícita requiere: “1. Que exista realmente una «asociación» que tenga por objeto cometer delitos. 2. Que sea «armada», es decir, que utilice en la actuación delictiva armas de fuego de cualquier clase cuyo uso repetido e intenso en una sola ocasión pueda causar alarma entre la ciudadanía. 3. Que se dé el signo distintivo del «terrorismo», es decir, que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometan causen inseguridad en la población de tal intensidad que impida el normal ejercicio de los derechos ciudadanos, imprescindibles en un orden político y de paz social compatible con el art. 10.1 de la CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), 4. Que la finalidad del grupo armado sea precisamente crear la inseguridad y el miedo colectivo, ya sea a otro grupo social o a la generalidad de la población, se haga para subvertir el orden constitucional o con la excusa de afirmarlo”. SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP

Lo que el Tribunal Supremo está diciendo en realidad es que el concepto de banda armada se asimila al de banda armada terrorista, esto es, no cabe la posibilidad de concebir *bandas armadas* comunes, asociaciones que contando con organización, estructura, disciplina, jerarquía y armamento adecuado, no persigan las citadas finalidades. Modestamente entendemos que no es la interpretación adecuada ni de la STC 199/1987 ni de la legislación vigente: *Primero*, porque como se ha dicho no pensamos que el concepto de banda armada tenga que reducirse únicamente a las “organizaciones o grupos terroristas”, existen, como *sugirió* el TC en su STC 199/1997- grupos u organizaciones criminales sin finalidad política que sí son capaces de causar inseguridad en la población al punto que “se impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana”(como el mismo Tribunal Supremo reconoce). Grupos dentro de los cuales, como decíamos, podríamos ubicar la criminalidad por motivos raciales, y que evidentemente no pueden ser sancionados a título de terrorismo, lo que no significa que tenga que dársele un tratamiento jurídico menos gravoso. *Segundo*, porque si atendemos a la actual regulación del CP veremos que éste la sanciona en el art. 515 nº2 como un tipo agravado de asociación ilícita, separándole⁶⁷⁸ de los conceptos de organización o grupo terrorista. Y aunque no las define como tales, puede considerarse a la luz de los arts. 571 y ss. del CP que bandas armadas terroristas son las que persiguen la subversión del ordenamiento constitucional o alteración de la paz pública. De la diferencia entre banda armada y organizaciones o grupos terroristas nos ocuparemos en el epígrafe siguiente con mas detalle.

Si el Tribunal Supremo en la sentencia in comento, hubiese mencionado los tres primeros requisitos: *organización* (estructura jerárquica, disciplina, permanencia), *carácter armado*, y *capacidad para causar inseguridad en la población sobre la base del miedo*, sin duda el concepto de banda armada a efectos del art. 515 nº2 del CP habría quedado mas claro, entendiéndose que pueden existir bandas armadas comunes cuyo tratamiento no necesariamente tiene que ser menos gravoso que el de las bandas armadas terroristas, pero no bajo este título. Si el TS hubiese mencionado el último requisito (elemento intencional de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública), tan solo en consideración con las bandas armadas a que se refieren los arts. 571 y ss. del CP, nos encontraríamos con una interpretación más acorde a lo que parece ser la voluntad del legislador, que es la de considerar terroristas únicamente a aquellas bandas armadas que persigan las citadas finalidades.

En un sentido similar PRATS CANUT⁶⁷⁹ señala que no cabe, desde el punto de vista orgánico, establecer diferencia entre banda armada o terrorista y asociación ilícita terrorista a efectos del art. 515 nº2 CP, pues “una organización terrorista es una asociación ilícita y como tal debe de caracterizarse”, pero que “cuestión distinta es la significación y entidad de sus actos”, significación que vendría dada por el elemento intencional de subvertir el orden constitucional y la paz pública y la idoneidad para llevar a cabo dicha actividad Concluye estimando que a efectos de los arts. 571 y ss del CP la banda armada se concibe en cuanto “marco de la asociación y con la finalidad predicha” sancionándose en estos tipos penales “la realización de actos de delincuencia común”.

A.2. Concepto de organización o grupo terrorista. Diferencias con la banda armada y banda armada terrorista.

Al igual que las bandas armadas, la organización o grupo terrorista constituye una forma agravada del delito de asociación ilícita contemplado en el art. 515 nº2 del CP. La diferencia entre dichas asociaciones, supuesto que el legislador no las define, y siguiendo con el

1999/2197), SAN de 26-04-2000 (*Caso Lasa y Zabala*).

⁶⁷⁸ Incluso lingüísticamente por una coma y mencionando la expresión terrorismo después de la conjunción “o” que aparece entre “organizaciones” y “grupos”.

⁶⁷⁹ PRATS CANUT, 1996 a), p. 1585, 2ª ed. 1999, p.1625.

razonamiento anterior, debe hacerse atendiendo al carácter que puede adoptar la banda armada: ella puede pertenecer al ámbito de la criminalidad común, y en determinados casos al ámbito de la criminalidad terrorista, demostrándolo así el legislador al regular la banda armada tanto en cuanto asociación ilícita (art. 515 nº2 CP) como en cuanto elemento de lo injusto en los tipos penales de terrorismo (arts. 571,572 y 574). En cambio, las organizaciones o grupos terroristas siempre se moverán dentro del ámbito de la criminalidad terrorista. No obstante, el legislador emplea, para referirse a las organizaciones o grupos, tanto en el art. 515 nº2, como en los arts. 571,572 y 574 del CP, la expresión “terrorista”, de manera tal que a nivel legal su concepto se hace indefinible especialmente cuando se le pone en relación con estos últimos supuestos. La jurisprudencia y la doctrina han realizado sus esfuerzos para separarle del concepto de banda armada acudiendo básicamente a dos criterios no necesariamente opuestos: de un lado, el elemento intencional que inspira a la asociación ilegal, esto es, la finalidad perseguida, y de otro lado la entidad para producir terror.

Durante la vigencia del CP de 1973, y de las LO 3 y 4 /1988 fue asentándose la idea que la organización terrorista tiene una mayor entidad que la banda armada ya que aquella busca la subversión del orden social establecido o el derrocamiento del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado⁶⁸⁰. No así la banda armada que, según la interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional en su STC 199/1987, puede constituirse como grupos u organizaciones criminales sin objetivo político alguno, de donde resulta que la distinción entre organización o grupo terrorista, de un lado, y banda armada por otro, radica en el proyecto político que debe animar a la actividad terrorista, y que puede faltar en la banda armada. Con ello queda mas clara aún la autonomía relativa del concepto de banda armada; esto es, existen bandas armadas comunes y bandas armadas terroristas⁶⁸¹.

La opinión del Tribunal Supremo, en cambio, y más claramente a partir de la sentencia de 12-03-1992 (*caso Amedo*), ha sido distinta ya que, concibiendo por una parte asociaciones ilícitas comunes, y por la otra, bandas armadas y organizaciones terroristas, asimila estos dos últimos conceptos cifrando la diferencia con las primeras en la noción de terror⁶⁸². La organización terrorista requeriría además de la permanencia o estabilidad del grupo, la entidad suficiente para producir terror, inseguridad e incidencia en la vida social⁶⁸³. A ello se unía la menor estructura organizativa que tendría la banda armada en relación a la organización terrorista. Sin embargo, en otras sentencias el Tribunal Supremo ha estimado que la finalidad de causar terror e inseguridad en la vida social no es el elemento determinante para la perfección de los delitos de terrorismo⁶⁸⁴, sino la finalidad de perseguir la vulneración del orden constitucional o alterar la paz pública⁶⁸⁵.

La STS 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*)⁶⁸⁶, comentada antes, en cierta manera resume estos criterios pero sin diferenciar bandas armadas con grupos u organizaciones terroristas, proporcionando un concepto de banda armada en el cual también considera la capacidad de éstas para producir terror e inseguridad pública. La doctrina, siguiendo en parte estas orientaciones indica que la mayor entidad de la organización terrorista radicaría en el hecho de perseguir la subversión del orden constitucional a través de la vulneración de derechos y libertades de los ciudadanos, empleando para ellos medios violentos, inhumanos e

⁶⁸⁰ STS 12-03-1992 (RJ 1992/2442).

⁶⁸¹ Así CUERDA ARNAU. 1995, p.368.

⁶⁸² STS 12-03-1992 (RJ 1992/2442, *Caso Amedo*). Cfr. LAMARCA, C. 1993 a), p.553.

⁶⁸³ STS 1-03-1988 (RJ 1988/1515).

⁶⁸⁴ Así SSTS 25-11-1983, 30-01-1984, 5-07-1984, 25-02-1987, 21-04-1987 y 24 10-1987. Cfr. BARÓN QUINTERO. 1999, p.269.

⁶⁸⁵ Así SSTS 15-11-1982, 27-05-1983 y 25-11-1983. Cfr. BARÓN QUINTERO. 1999,p.270.

⁶⁸⁶ Así también 12-6-1987 (RJ 1987/47/26), 25-01-1987 (análoga a RJ 1987/8444), 27-5-1988 (RJ 1988/3839), 12-03-1992 (RJ 1992/2442).

insolidarios, y con una expresa *finalidad de infundir terror* en todos los niveles⁶⁸⁷, elemento que permitiría efectuar la distinción entre la banda o el grupo terrorista con la asociación ilícita⁶⁸⁸. Como se observa tampoco parece establecerse una distinción clara entre bandas armadas y organizaciones o grupos terroristas.

Con el CP de 1995 el concepto de organización o grupo terrorista parece ir tomando una mayor delimitación en relación a la anterior legislación⁶⁸⁹, ya que para satisfacer la configuración típica de los arts. 571 y ss. del CP se requiere que la organización o grupo terrorista tenga por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Es decir, el concepto de organizaciones o grupos terroristas a que hace referencia el art. 515 n.º2 (asociación ilícita) puede encontrarse en los arts. 571 y ss. del CP⁶⁹⁰. Si fijamos nuestra atención en el concepto de banda armada, y entendemos que banda armada terrorista es la que persigue la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública encontraremos no pocas dificultades para distinguir banda armada de organizaciones o grupos terroristas, y más aún entre organizaciones y grupos.

Para LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN⁶⁹¹ debe acudirse a las notas de organización, estabilidad o permanencia en el tiempo, estimando que la banda armada tendría una menor organización estructural, no siendo determinante su permanencia en el tiempo en relación a la organización terrorista. Estiman que la distinción entre organización y grupo terrorista es irrelevante pero que, en todo caso, también puede acudirse a la mayor o menor dimensión del colectivo y su carácter permanente o no. Por otra parte, señalan que la organización o grupo terrorista no necesariamente ha de encontrarse armado⁶⁹². VIVES ANTÓN y CARBONELL⁶⁹³ coinciden con esta última opinión, pero a diferencia de los primeros, parten de un concepto dogmático de terrorismo que considera irrelevante el elemento estructural siendo, a su juicio, *los actos de terrorismo* los que deben importar, estimando que “*organización terrorista* será la que se halle encaminada a la realización de actos de la índole descrita, *sin que precise hallarse armada* en el sentido aludido de bandas”⁶⁹⁴. FERNÁNDEZ y GANZEMÜLLER de manera similar a los anteriores, estiman que “por ‘grupo’ u ‘organización terrorista’, habrá de entenderse la unión permanente, estable y jerarquizada de varios individuos, *con independencia de que estén armados*, creada con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública a través de medios especialmente violentos”⁶⁹⁵. Como se ve, no puede advertirse en estas definiciones la diferencia entre organizaciones y grupos terrorista.

⁶⁸⁷ PRATS CANUT. 1996 a), p.1584, 2ª ed. 1999, p.1624; BARÓN QUINTERO. 1999, p.269, PORTILLA CONTRERAS. 1997, p.715.

⁶⁸⁸ LANDECHO VELASCO- MOLINA BLAZQUEZ. 1996, p.577.

⁶⁸⁹ Tanto en el CP de 1973 como en la LO 3 y 4/1988 se utilizaba la expresión “elementos terroristas”, con lo cual se daba pie a pensar que podía y debía considerarse que lo importante en el concepto de terrorismo eran los “actos terroristas”, restando importancia al elemento estructural. De ahí que un sector de la doctrina apoyara su argumentación a favor de la existencia de un “terrorismo individual”. Así CUERDA ARNAU. 1995, pp.371 y ss.

⁶⁹⁰ En este sentido PRATS CANUT. 1996 a), p.1585, 2ª ed. 1999, p.1625.

⁶⁹¹ En esta opinión LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentarios al texto y al debate parlamentario*. Eurojuris, Madrid, 1996, p.204 y DE PRADA SOLAESA. 1996, p.75.

⁶⁹² LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, 1996, p.204. En igual opinión: VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a), p.762. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.340.

⁶⁹³ VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a) p.762.

⁶⁹⁴ Los elementos que a juicio de estos autores forman el concepto jurídico de terrorismo son: “1) actos graves ejecutados por métodos especialmente violentos aptos para producir terror en la población o en parte de ella, 2) que comporten al menos un peligro para la vida, la integridad o la salud de las personas, es decir, para los bienes jurídicos más básicos, 3) se hallen dirigidos a subvertir total o parcialmente el orden político constituido”. VIVES ANTÓN-CARBONELL. 1996 a) p.762.

⁶⁹⁵ FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.340

Para POLAINO NAVARRETE⁶⁹⁶, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN⁶⁹⁷ el carácter armado si bien aumenta el desvalor de lo injusto por la mayor peligrosidad de los medios ejecutivos, no resulta imprescindible para calificar delitos comunes como terroristas debiendo por tanto atenderse a lo que clásicamente define el terrorismo “la realización de actos violentos destinados a crear alarma y perturbación social, notas que en el Código vienen recogidas en la persecución de determinados fines: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública...”⁶⁹⁸.

Nosotros estimamos que si el carácter armado ha de hallarse en la banda armada como asociación ilícita, no existe razón para eliminarle como requisito en la organización y en el grupo terrorista, porque a la luz del bien jurídico protegido es difícil pensar que una organización que no posea armas pueda alterar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático. A menos que lleguemos al absurdo de pensar que mediante amenazas de delitos de terrorismo (art. 170 CP) o meras manifestaciones ilegales (art. 514.5 CP) pueda el orden constitucional verse puesto en peligro o alterado, o también que se llegue al extremo de sancionar el “deseo” del sujeto de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Si lo que caracteriza el terrorismo es la violencia que emplea en sus métodos, difícilmente puede ejercerla con un carácter *sistemático* si no se encuentra organizada y armada⁶⁹⁹. Además, si el legislador separa gramaticalmente por una coma las “bandas armadas” de las “organizaciones o grupos terroristas” (art. 574) esto no significa que las primeras sean consideradas terroristas por el solo hecho de estar dotadas de armamento, sino por la finalidad perseguida⁷⁰⁰.

Por otra parte, de lo reseñado por VIVES ANTÓN, CARBONELL, FERNÁNDEZ y GANZEMÜLLER, puede desprenderse que la banda armada, en su concepto, tiene una mayor entidad que la organización terrorista, cuestión que estimamos no es acertada por las razones que expondremos mas adelante.

Para Carmen LAMARCA la diferencia entre asociación ilícita común y banda armada o grupo terrorista no puede fundamentarse en el elemento estructural y sí en el teleológico, puesto que la mayor o menor entidad organizativa dependerá de las necesidades de su concreta actuación delictiva⁷⁰¹. Un argumento similar es el que sostiene para efectuar la diferencia entre banda armada y organización o grupo terrorista, señalando que ella hay que buscarla en atención a la finalidad perseguida⁷⁰². Así, bandas armadas son las que persiguen la alteración de la paz pública, mientras que la organización terrorista es la que busca la subversión del orden constitucional. Se apoya en la doctrina que sentó el TC en su sentencia 199/1987 según la cual, como hemos visto, la legislación antiterrorista era aplicable tanto a las organizaciones con fines políticos como a aquellas bandas armadas comunes que con su actuación terminaban poniendo en peligro al propio Estado.

⁶⁹⁶ POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.905

⁶⁹⁷ LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.204.

⁶⁹⁸ LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.204.

⁶⁹⁹ Sabemos que ésta puede llegar a ser una poderosa razón para excluir de punición conforme al art. 515.2 CP a grupos organizados cuando el carácter armado no se ajustare a las normas vigentes sobre depósito de armas y similares. Sin embargo esto no resta validez a nuestra opinión. En la STS de 29-07-1998 se esgrimió como argumento. Empero, pensamos que en este caso específico el carácter de banda armada terrorista de los GAL viene dado por la suma de los delitos por ellos cometidos y no solo en relación al primero (secuestro a Marey).

⁷⁰⁰ En esta interpretación POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.905 señalando que debe atenderse al elemento teleológico.

⁷⁰¹ LAMARCA, C. 1993 a), p.555.

⁷⁰² LAMARCA PÉREZ, C. “*Aspectos criminológicos y legales del terrorismo*”. Ponencia en *II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito*, Dirección de Cursos Extraordinarios. Depto. Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Sin publicar, p.10.

Si bien es cierto concordamos con la autora en cuanto a que es la finalidad política la que permite realizar la distinción entre asociación ilícita y bandas armadas, no pensamos que acudir a la finalidad sea el criterio adecuado para diferenciar bandas armadas de organizaciones terroristas. Esto porque el CP se ha encargado de tipificar la banda armada como asociación ilícita (art. 515 n°2), al igual que a la organización o grupo terrorista, y según la interpretación que aquí se sostiene, el concepto de banda armada a efectos del art. 515 n°2 es mas amplio que el de “banda armada terrorista”, esto es, banda armada a efectos de los arts. 571, 572 y 574 del CP. El legislador considera además la finalidad *alternativa* de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, de donde resulta que puede encontrarse una banda armada cuya finalidad sea subvertir el orden constitucional, como una banda armada que persiga la alteración de la paz pública, caso en este último en el cual de *lege ferenda* no podría serle de aplicación la legislación antiterrorista- y por tanto los arts. 571 y ss del CP- supuesto que se trataría de una banda armada sin finalidad política. Sin perjuicio de que ella sea sancionada conforme al art. 515 n°2 del CP (también si es una banda armada terrorista) y por los delitos específicos que ella cometiere. Algo similar ocurre con las organizaciones y grupos terroristas, se encontrarán unos que persigan la finalidad de subvertir el orden constitucional y otros que persigan la alteración de la paz pública, situación esta última en la que tampoco *-lege ferenda-* podría serles aplicables la legislación antiterrorista, llegando al absurdo de considerar “organizaciones o grupos terroristas” que no sean terroristas.

A su vez, y a modo de crítica, es lamentable que desplegándose así el abanico de posibilidades de asociaciones delictivas, y desde el punto de vista del bien jurídico protegido (ordenamiento constitucional democrático) puedan llegar a considerarse como terroristas a bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea solo la de alterar la paz pública ya que, como la misma Carmen LAMARCA dice, encontraremos no pocas dificultades a la hora de hallar una organización armada que, sin tener finalidad política tenga la capacidad para causar inseguridad en la población y alterar el orden constitucional⁷⁰³. Esto implicaría incluir dentro del ámbito de aplicación de los arts. 571 y ss. del CP la actuación de integrantes o miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas que, concertados, llevan a cabo actos de violencia- como ocurre en algunas manifestaciones de pobladores o estudiantes, o con los piquetes de huelga, e incluso con pequeños grupos anarquistas- cuestión que además pretendió evitar el Tribunal Supremo en STS de 25-01-1982 (RJ 1982/140), criterio que también adoptó el Tribunal Constitucional en STC 199/1987 (RTC 1987/199). Como acertó MUÑOZ CONDE, en su momento y comentando la LO 9/1984, esto implicaría “convertir la ley en una especie de criminalidad organizada violenta”⁷⁰⁴.

Por otra parte, y como sagazmente advierte POLAINO NAVARRETE⁷⁰⁵, el elemento teleológico aparece descrito para la caracterización tanto de las bandas armadas como de las organizaciones o grupos terroristas (art. 571), por lo que si bien una interpretación teleológica aparece como correcta, existe una objeción sistemática, ya que los arts. 572, 573, 574, 575, 576, 577 y 580 proclaman bipolarmente estos tipos de asociaciones contradiciendo sustancialmente lo prescrito en el art. 571, que las equipara y otorga el carácter terrorista a todas ellas sobre la base de la finalidad. Luego, la sola finalidad no resulta un criterio adecuado para establecer la diferencia entre estos entes.

Quizá mas bien la diferencia entre banda armada terrorista, organización terrorista y grupo terrorista tenga que hacerse a la luz del *bien jurídico* que se pretende proteger, esto es, ordenamiento constitucional democrático, y a la *posibilidad o capacidad de lesión* al mismo por parte de las citadas organizaciones, y en este sentido acudir también a los criterios de *estructura organizativa y permanencia*. Hemos dicho que el elemento común a todas estas formas de

⁷⁰³ LAMARCA, C. 1989, p.964.

⁷⁰⁴ MUÑOZ CONDE. *DP.PE.*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, 1990, p. 752.

⁷⁰⁵ POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.905.

asociaciones ilegales- y que les diferencia de las asociaciones ilegales comunes⁷⁰⁶- es la finalidad de subvertir el ordenamiento constitucional democrático. Lo que las diferenciará será la capacidad de llevar a cabo actos idóneos para lesionar el ordenamiento constitucional democrático. Esta capacidad e idoneidad de los actos puede encontrar un criterio de orientación en la “estructura” y en la “permanencia” o “estabilidad” en el tiempo⁷⁰⁷.

Así puede llegarse a una “graduación” de esta capacidad lesiva en la *que en primer lugar* se encontrará la *organización terrorista* por contar con una estructura orgánica que obedece- como toda organización- a las reglas de disciplina y jerarquía, y por tanto, con mayor estabilidad o permanencia en el tiempo, condiciones todas las cuales permiten que su programa político, o mejor, su plan operativo, tenga una mayor capacidad para llevarse a cabo. Así concebida, es evidente que una organización terrorista no puede constituirse con un mínimo de tres miembros, sino con una *pluralidad* de individuos. Por otra parte, y al poseer una mayor estructura orgánica, tendría mas posibilidades de poseer el armamento adecuado para lesionar el bien jurídico protegido. En *segundo lugar* encontramos al *grupo terrorista* que pensamos ha de tener en menor proporción cualquiera de estas características, ya sea una menor cantidad de integrantes, o menor permanencia, o menor cantidad de armamento. Y en tercer lugar encontraríamos a la *banda armada*, que participando como los anteriores de las notas de organización y carácter armado, tiene una estructura organizativa jerárquica y disciplinada menor que aquellos, y menor permanencia.

En cuanto al factor numérico pensamos que basta con la unión de una pluralidad de individuos para un fin para encontrarnos ante cualquiera de los tres supuestos, siguiendo un criterio de graduación lógica: no puede considerarse “organización terrorista” a tres individuos organizados, en cambio sí puede considerársele banda armada⁷⁰⁸. Sin embargo, más que al factor numérico, e incluso que la estabilidad o permanencia e el tiempo, pensamos que ha de atenderse a la *posibilidad o capacidad de dichas organizaciones para lesionar el bien jurídico protegido*. Así por ejemplo, y normalmente así se dará, un número de tres individuos tratándose de lo que hemos denominado terrorismo insurgente no es sino un grupúsculo que carece de la capacidad potencial para alterar el ordenamiento constitucional democrático. Pero ¿Qué ocurre cuando se trata de tres individuos que amparados por la impunidad que les proporciona el aparato estatal?. Pensamos que en este caso existe una mayor capacidad potencial de lesionar el bien jurídico ya que siempre tendrá mejores posibilidades de dotarse de la infraestructura adecuada para con impunidad perpetrar delitos.

Por estas razones, y a modo de corolario, resulta inconcebible que el tratamiento jurídico para los delitos de terrorismo sea tan distinto cuando se trata de la incriminación penal de organizaciones cuya actividad delictiva no se diferencia en lo esencial. Cada vez que se trata de la calificación jurídica de una conducta realizada en el marco de las actividades delictivas llevadas a cabo por ETA, se hace a título de delitos de terrorismo, puesto que ella es considerada una organización terrorista o banda armada (la jurisprudencia no distingue). En cambio, cuando se trata de la conducta delictiva realizada por los GAL, ha tendido a evitar toda incriminación a título de delitos de terrorismo, apareciendo siempre de manera oscura y confusa su calificación en cuanto banda armada u organización terrorista, e incluso como asociación ilícita común.

Brevemente: En el *caso Amedo*, la Audiencia Nacional (SAN 30/91 de 20- 09-91) estimó que los procesados eran autores de un delito de asociación ilícita, quedando la duda si esta calificación se hacía en virtud de su pertenencia a los GAL, a los que, en todo caso, no consideró terroristas por cuanto tenían por objeto “preservar” el orden constitucional y no

⁷⁰⁶ Dentro de las cuales también caben obviamente las “bandas armadas comunes”

⁷⁰⁷ Nos unimos en este punto específico al criterio de LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN. 1996, p.204.

⁷⁰⁸ Supuesto que la doctrina mayoritaria estima que un número de tres es suficiente para acreditar la existencia de la banda armada. Supra a) concepto de banda armada.

alterarlo. El Tribunal Supremo (12-03-1992 RJ 1992/2442), anuló esta sentencia y consideró que se trataba de un caso de codeincuencia ocasional⁷⁰⁹, al tiempo de reconocer que “ni se están enjuiciando los éxitos o los desaciertos de determinados personajes públicos, ni menor aún, al grupo terrorista GAL”⁷¹⁰. En el caso *Leiba* (STS 27-5-1988, RJ 1988/3839), condenó a los encausados, integrantes del comando Jaizubúa por el delito de asociación ilícita terrorista, comando que tuvo por objeto encuadrarse dentro de los GAL. Sin embargo, condena al comando en sí como asociación terrorista, evitando hacer referencia a los GAL en cuanto organización terrorista. Y en el caso *Marey*, la cuestión se desvirtúa aún más. Ya ni siquiera desconoce que los GAL tenían una finalidad política, no desconoce que su actividad alteraba el ordenamiento constitucional. Esta vez recurre al elemento estructural para absolver a los acusados del delito de pertenencia o colaboración con banda armada por estimar que faltaron, entre otras, las notas de permanencia o estabilidad, puesto que “fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL” y el carácter armado pues “no aparece en todo el secuestro ... el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada”⁷¹¹.

La opinión de la Audiencia Nacional (salvo el caso *Amedo*, sentencia absolutamente aislada), *es estimar, aunque no calificar jurídicamente*, que los GAL son una banda armada terrorista. Así lo demuestra en su sentencia de 4-06-1999 en la que con motivo del asesinato de dos ciudadanos franceses realizado por un colaborador de los GAL indica que conforme a lo probado: “se llegó a la conclusión de que se estaba en presencia de un grupo armado de las iniciadas características, constituido con fines terroristas en la medida que tenía por objetivo la eliminación física de personas que sus organizadores consideraban afines a la organización ETA. El grupo se identificó con las siglas GAL, que por acciones anteriores infundían miedo e inseguridad en los habitantes de las localidades vasco francesas...”⁷¹². Sin embargo sigue el mismo criterio del Tribunal Supremo en torno a no estimar bandas armadas terroristas a los grupos integrados por ciertos individuos encuadrados dentro de la estrategia de los GAL, demostrándolo así en la sentencia del caso *Lasa y Zabala* (SAN de 26-04-2000) en la que también recurre a la falta de organización permanente y estable, y además a la falta del elemento subjetivo teleológico para desechar la calificación jurídica⁷¹³.

Lo anterior viene a demostrar que cuando se trata de ETA, existen “actos de colaboración con banda armada”, “estragos terroristas”, “homicidio terrorista”, “secuestro terrorista”⁷¹⁴. En cambio, cuando se trata de enjuiciar la actividad delictiva cometida en el

⁷⁰⁹ Amplia y críticamente sobre este tema LAMARCA, C. ob. cit. 1993 a).

⁷¹⁰ STS 12-03-1992 (RJ 1992/2442) *Fund. Jurídico décimoprimer*. Los subrayados son nuestros. Véase también en LAMARCA, C. 1993 a), p.556.

⁷¹¹ STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855) *Fund. Jurídico decimoquinto*

⁷¹² SAN de 4-06-1999, núm. 124/1999 (ARP 1999/2194). *Fund. Jurídico décimo*. “M.B-G. tuvo conciencia en todo momento que iba a participar en una acción de los GAL como banda armada y sabía lo que ello significaba...actuaba para obtener un beneficio económico, pero en ella iba implícita su intención de que dicho grupo consiguiera sus fines de eliminación de personas próximas o afines a los postulados defendidos por ETA”. *Ídem. Fund. Jurídico noveno*.

⁷¹³ Concretamente estimó: “No consta acreditado en este proceso que la estructura utilizada para la realización de los hechos- y en la que estaba integrada probadamente parte del Servicio de Información de la Comandancia de la Guardia Civil de Guipúzcoa- fuera empleada en cualquier otro hecho realizado o planeado o atribuido a los GAL o estuviera conectada con la utilizada en otro suceso de igual atribución... no es posible apreciar... la interacción entre el elemento revelado de estructura estable y el elemento teleológico subjetivo...”. Se calificaron jurídicamente los hechos como: a) dos delitos de detenciones ilegales por el tiempo que Lasa y Zabala estuvieron privados de libertad, y b) dos delitos de asesinato (art. 406 del CP 1973) por la manera de llevar a cabo la muerte de Lasa y Zabala “manteniéndoles atados y amordazados, de sendos tiros en la cabeza, en una zona de monte extremadamente aislada, lo que determina que se estime que concurren todos los elementos de la alevosía y que los hechos se consideren constitutivos de asesinato”. Se condenó al General Galindo a 71 años de prisión por ambos delitos, además de sendas condenas a otros procesados. (SAN de 26-05-2000). Cabe recordar que Lasa y Zabala, relacionados con ETA, fueron secuestrados en Bayona, (Francia) el 15-10-1983. Sus cadáveres fueron hallados en Busot (Alicante) en 1985 aunque no fueron identificados sino hasta diez años después.

⁷¹⁴ Véase, entre otras, *Tribunal Supremo*: S. 772/1999 de 14-05-1999 (RJ 1999/5391) delito de colaboración con banda armada por ocultamiento de miembro del *Comando Vizcaya*. S. 197/1999 de 16-02-1999 (RJ/1999), colaboración con banda armada ETA por parte de miembro de *Jarra*, Auto de 28-10-1998 (RJ 1998/8562) delitos de

marco de los GAL la jurisprudencia no ha sido uniforme, mientras en algunos casos parece reconocer el carácter terrorista de estos últimos, evita, a la hora de calificar jurídicamente, toda referencia a delitos de terrorismo, y si lo hace es en relación a las conductas desplegadas por los procesados, o los respectivos grupos o comandos que actuaban dentro del marco de los GAL. Parece necesario recordar que el principio de igualdad ante la ley, especialmente cuando se trata de terrorismo, no debe admitir excepciones. Que ETA es un grupo armado que ha optado por el uso de la violencia y que conforme a la configuración típica entra dentro del concepto de banda armada, y que comete delitos, es tan cierto como que los GAL fueron asimismo un grupo armado que utilizó la violencia y cometió delitos, y que también responde, a nuestro juicio, al concepto de banda armada⁷¹⁵.

Finalmente, las consecuencias jurídicas que trae la consideración de la banda armada, organización o grupo terrorista como elemento de lo injusto penal se traducen en la tipificación de los delitos sobre la base de la pertenencia o integración del individuo responsable penalmente en la banda armada u organización, así como de las conductas de quien sin pertenecer a estas organizaciones colabora con ellas, para el logro de sus objetivos, o actúa a su servicio, punto al que nos referiremos al analizar *la conducta*.

B) TERRORISMO INDIVIDUAL

La excepción a la regla general de que el sujeto activo en los delitos de terrorismo venga determinado por su relación con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas se encuentra en el art. 577 que sanciona a:

“Los que sin pertenecer a banda armada, 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 o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera de los delitos de incendio, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones, o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior”⁷¹⁶.

De conformidad con el precepto se sancionan determinados delitos comunes perpetrados sujetos que no tienen relación o conexión con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero en cuya realización se persiguen prácticamente las mismas finalidades que dichas asociaciones ilegales⁷¹⁷. Se trate de "actos al margen de la banda armada"⁷¹⁸, "delitos

estragos e incendio perteneciendo o colaborando con bandas armadas. *Audiencia Nacional*: SAN de 8-6-1999 núm. 2271999 (ARP 1999/2279), Delitos de estragos o de incendios perteneciendo o colaborando con bandas armadas debiendo estimarse que el acusado pertenecía a la "organización terrorista ETA". SAN de 24-6-1999 núm. 24/1999 (ARP 1999/2197), actos de colaboración con banda armada. SAN de 18-05-1999 núm 22/1999 (ARP 1999/2161), atentado causando la muerte perteneciendo a grupos terroristas, con ocasión de la colocación de un artefacto explosivo en Bilbao para atentar contra el Rey. SAN de 3-12-1998 núm 49/1998 (ARP 1998/5654) delito de depósito de armas o municiones o de sustancias o aparatos explosivos, fabricación, tráfico, transporte y mera colocación de tales sustancias: miembro del *comando Katu* que coloca un artefacto explosivo en cajero automático. SAN 02-06-1998 núm. 30/1998 (ARP 1998/3076), lesión o secuestro a una persona perteneciendo a grupos terroristas. Véase también SAN de 22-6-1998, núm. 37/1998 (ARP 1998/3024); SAN de 29-06-1998 núm. 38/1998 (ARP 1998/3032, *Caso Ortega Lara*); SAN de 17-03-1998 núm. 6/1998 (ARP/2098), asesinato de Ertzainza; SAN de 30-03-1998 núm. 17/1998 (ARP 1998/2095), asesinato del psicólogo de la Cárcel Martutene por integrante de ETA militar. SAN de 27-11-1997 núm. 73/1997 (ARP 1997/1860) depósito de armas y explosivos por pertenecientes a a grupos terroristas.

⁷¹⁵ De acuerdo a lo señalado por el Ministerio Fiscal en la causa contra Amedo y Domínguez, entre diciembre de 1983 (fecha de "nacimiento de los GAL con el Secuestro a Marey) y febrero de 1986 se produjeron *hasta 29 atentados con un resultado de 22 muertos y 30 heridos*, todos ellos en el marco del anuncio que efectuaran en su comunicado público de dic. 1983 en el que se decía que responderían a cada acto delictivo realizado por ETA. Cfr. LAMARCA, C., 1993 a), p.556, nota 56. Mas ampliamente sobre las características y actividades de ETA y los GAL, véase *Supra* Cap. II.

⁷¹⁶ Lo destacado en cursiva son las modificaciones efectuadas por la LO 7/2000.

⁷¹⁷ Así CARBONELL. 1996 a), p.806, PRATS CANUT, 1996 a), p.1591, 2ª ed. 1999, p.1631; CALDERÓN

de personas no pertenecientes a bandas armadas⁷¹⁹, “delitos comunes cualificados por su comisión con finalidad terrorista”⁷²⁰, “actos aislados de terrorismo”⁷²¹, o “delitos pseudoterroristas”⁷²², lo cierto es que cabría preguntarse si en realidad lo que se está sancionando es el llamado “terrorismo individual”.

Al apartarse de los modelos clásicos de los delitos de terrorismo (puesto que no exige el elemento estructural), el elemento subjetivo relativo a la finalidad política perseguida se erige como central⁷²³ y sine qua non en el concepto jurídico del terrorismo que contiene el CP de 1995, al permitir sobre su concurrencia la punición de actos que no dicen relación con una planificación sistemática propia de las organizaciones. Este criterio, no obstante, no ha sido aceptado por un sector de la doctrina que estima que el art. 577 viene a poner de manifiesto que son “los hechos” realizados los que fundamentan el merecimiento de la pena, y la finalidad determina tan solo la remisión de la misma a la de los delitos comunes realizados si bien en su mitad superior⁷²⁴, con lo que estiman satisfechas sus expectativas en orden a no considerar el elemento estructural como requisito de lo injusto penal.

De ser cierto que son los elementos subjetivos de lo injusto los que se erigen como centrales en el concepto de terrorismo en el CP de 1995, y escudriñando en la voluntad legislativa, dos son las posibilidades que se pueden advertir en el art. 577:

a) Que el legislador español poco a poco va abriendo paso a la idea que el terrorismo no solo es violencia política “organizada”, acogiendo los criterios de quienes estiman que son “los actos” a los que debe atenderse para la tipificación de las conductas, independientemente de que su autor tenga, o no, relación con una organización política constituida como una asociación ilegal de carácter armado⁷²⁵, o

b) Que el legislador español quiso “sencillamente salir al paso de otros problemas, estableciendo la posibilidad de calificar también como terroristas a personas a las que no se puede probar ni su vinculación ni su colaboración con este tipo de organizaciones (en concreto grupos X e Y de que habla la prensa)...o llamar terrorismo a manifestaciones de violencia política espontáneas”⁷²⁶.

CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1236, BARÓN QUINTERO. 1999, p. 279, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1975.

⁷¹⁸ CARBONELL, J.C.1996 a, p. 806. Igual BARÓN QUINTERO. 1999, p.279.

⁷¹⁹ LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ. 1996, p.585. Similar LUZÓN CUESTA. 1998, p.363: “delitos de lesión o resultado sin relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

⁷²⁰ POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.911. Similar CALDERÓN CEREZO - CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p. 1236: “delitos comunes con finalidad terrorista”. Denominaciones a nuestro juicio que no parecen diferenciar (al menos en su nombre) a las conductas desplegadas por las bandas armadas y organizaciones terroristas ya que también ellas son delitos comunes cometidos con finalidad terrorista.

⁷²¹ MORA ALARCÓN.1996, p.700

⁷²² DE JORGE MESAS, L.F.“*Restricciones al derecho de asociación para prevenir y perseguir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas*”, en AA.VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CDJ, CGPJ, 1996, p339.

⁷²³ Así MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.* 1996, p.780; CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1236, POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.911, FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros. 1998, p. 406.

⁷²⁴ Así PRATS CANUT. 1996 a), p.1591, 2ª ed. 1999, p. 1631; CARBONELL 1996 a) p. 806, BARÓN QUINTERO. 1999, p.279.

⁷²⁵ En esta postura y sosteniendo la posibilidad de penalizar la comisión de acciones terroristas individuales dando preeminencia a los hechos cometidos. CARBONELL.1996 a), CUERDA ARNAU.1995, p. 365. Para FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros. 1998, p.406, la posibilidad de la existencia de terrorismo individual se sostiene en atención a los fines perseguidos por el autor más que a los medios empleados.

⁷²⁶ LAMARCA, exposición sobre *Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo*, II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Similar LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ. 1996, pp. 585 y ss. para quienes no queda claro a quienes se dirige la incriminación penal.

La doctrina mayoritaria coincide en que el art. 577 sanciona el *terrorismo individual*⁷²⁷, coloquial y malamente denominado “terrorismo urbano” ya que las conductas que se incriminan tienen un régimen punitivo propio⁷²⁸. Para otro sector de la doctrina, no existe claridad en torno a quienes se dirige la incriminación penal, si al terrorista aislado o a “grupos extremistas que no llegan a formar una banda armada, organización o grupo terrorista, pero que en ocasiones cometen los delitos recogidos en la acción”⁷²⁹, o si de lo que se trata es de soslayar un problema procesal relativo a la prueba en torno a la vinculación de ciertos sujetos o grupos con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas⁷³⁰. Incluso, alguna doctrina ha llegado a sostener que de lo que se trata es de “atajar el germen mismo del grupo terrorista, antes que su constitución como tal grupo”⁷³¹.

En nuestra opinión, el art. 577 al exigir solo los elementos subjetivos de la conducta y prescindir de las características objetivas de pertenencia, actuación al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se pone de manifiesto que lo que al legislador interesa es la *finalidad política* que se persigue, sin que por ello pueda sostenerse que el elemento organizativo ha pasado en realidad a un segundo plano. Simplemente se hace una excepción, aunque poderosa, en la que el sujeto activo puede llegar a ser un individuo aislado.

Luego, no se trata de que el legislador esté concibiendo la imagen metafórica del “terrorismo individual”, porque la organización sigue siendo un elemento fundante de lo injusto, de hecho el conjunto del articulado sobre delitos de terrorismo le considera en la mayoría de los tipos penales: se sancionan no solo conductas de pertenencia o integración sino también actos de colaboración con organizaciones terroristas (arts.571, 572, 574, 576), delitos contra el patrimonio que se perpetran para allegar fondos a las citadas organizaciones (art. 575), e incluso los efectos procesales se estiman siempre en relación con ellas (art. 580). Tanta es aún la importancia del elemento estructural que todavía un importante sector doctrinal sigue concibiéndole como forma de “criminalidad organizada”⁷³². El hecho de que no consideremos la posibilidad de que se sancione el terrorismo individual no quiere decir que desconozcamos que el art. 577 posee un régimen punitivo propio. Lo tiene, pero como excepción.

A nuestro entender, parece ser que el art. 577 cumple una función en cuanto elemento que sirve para *una huida al derecho penal* ante la imposibilidad de resolver problemas procesales que se presenten en el caso concreto en relación a la prueba de la vinculación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas⁷³³. Desde una perspectiva político criminal, el peligro que se advierte en la configuración típica radica en la *ampliación de la punibilidad del terrorismo extendiendo sus efectos* mucho más allá de lo inicialmente previsto⁷³⁴ hacia conductas que- en nuestra opinión.- no constituyen terrorismo, como por ejemplo, violencia

⁷²⁷ Así, MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.* 1996, p. 780, CARBONELL, J.C. 1996 a), p.806., DE PRADA SOLAESA. 1996, p.76, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p. 1236; PRATS CANUT. 1996 a), p. 1591, 2ª ed. 1999, p.1631; BARÓN QUINTERO. 1999, p.279; LUZÓN CUESTA. 1998, p.364. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER. 1998, p.406, LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.206, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1975.

⁷²⁸ MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 1996, p.781. Sobre la conducta, infra en este mismo Cap. V y Apdo. 3. *La conducta*, y Cap. VII, punto II, 4. *Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas...*

⁷²⁹ Así LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ. 1996, p. 585.

⁷³⁰ LAMARCA, C. 1999.

⁷³¹ DE JORGE MESAS. 1996, p.339.

⁷³² Así, MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 1996, p.778; POLAINO NAVARRETE. 1997 a), p.906; DE JORGE MESAS. 1996, pp. 328, 335 y ss. ; AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996; BARÓN QUINTERO. 1999, p.272. Véase Supra Cap III, epígrafe 4. *Terrorismo ¿crimen organizado?*.

⁷³³ Coincidimos en este último punto con LAMARCA, 1999.

⁷³⁴ En esta opinión, LAMARCA, 1999. DE PRADA SOLAESA. 1996, p.76; CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p. 1236.

callejera, violencia de grupos como los X e Y, violencia de piquetes de huelga, etc. Esta idea se ve corroborada si consideramos que la **LO 2/1998 de 15 de junio**⁷³⁵ modificó ciertos delitos comunes para incluir determinadas cualificaciones en casos como los que se han indicado:

- a) Agregó un apartado 5 al art. 514, sancionando con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, la convocatoria y celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que concurren las finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas⁷³⁶, y
- b) Agregó un párrafo segundo al art. 170 del CP para tipificar y sancionar una modalidad de amenazas con finalidad terrorista, que se lleva a cabo por un sujeto no relacionado con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, sin la finalidad de subvertir el orden constitucional, pero sí con la finalidad de alterar la paz pública a través de la acción de reclamar públicamente la actuación de grupos terroristas y que se dirige contra un sujeto pasivo indeterminado. Se trata, a juicio de un sector de la doctrina, de conductas genéricas de intimidación que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología⁷³⁷.

En esta misma dirección, la **LO 7/2000 de 23 de diciembre**⁷³⁸, modificó el art. 505 CP, que actualmente reza: “Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembro de una Corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el desarrollo del orden del día previsible, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

Así las cosas, más que sancionar a “grupos extremistas” que sin formar una estructura armada pero que en ocasiones cometen delitos de terrorismo⁷³⁹, más que el deseo de “atajar el germen mismo del grupo terrorista”⁷⁴⁰, parece ser que hay un deseo implícito del Estado de “atajar la disidencia política”. La valoración del tratamiento jurídico del terrorismo no solo ha de hacerse a la luz de los arts. 571 a 580 del CP, sino también de otras normas, como las descritas y que con él se relacionan. Precisamente la necesidad del Estado de “atajar” la proliferación de ciertas ideas políticas es la que lleva a penalizar conductas como las descritas en los arts. 170 y 514.5 del CP, especialmente esta última en la que potencialmente resultan afectados todos los ciudadanos⁷⁴¹.

2. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo del delito es “el titular del bien jurídico protegido”⁷⁴² lesionado o puesto en peligro, el “portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito”⁷⁴³, que no siempre coincide con el “sujeto pasivo de la acción”, esto es, la persona sobre la cual recae

⁷³⁵ BOE núm. 143 de 16 de junio de 1998.

⁷³⁶ En este sentido CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p. 1236. Mas ampliamente REQUEJO CONDE, Carmen. “El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista”, en AP, nº 34, semana 20-26 sept. 1999, margs. 659-666.

⁷³⁷ CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1236.

⁷³⁸ BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000.

⁷³⁹ Así LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ. 1996, p. 585.

⁷⁴⁰ DE JORGE MESAS. 1996, p.339.

⁷⁴¹ Cualquiera que sin utilizar materialmente la violencia convocare a una reunión o manifestación política que comparta los postulados de una organización armada, comete un delito, si bien no de terrorismo, sí contra “los derechos fundamentales y libertades públicas garantidos por la Constitución”. Técnicamente parece ser mas bien una conducta que pertenece al campo de la “apología”.

⁷⁴² Así, LUZÓN PEÑA, D. *DP.PG.*, ob. cit. 1996, p. 316, BUSTOS, J. 1984, p. 201, 1994, p. 276, RODRIGUEZ MOURULLO. 1977, p.282. RODRÍGUEZ DEVESA. 1981, p.380, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.50.

⁷⁴³ MIUR PUIG, S. 1996, p.197.

directamente la acción típica⁷⁴⁴. De ahí que también un conjunto de individuos pueda ser considerado sujeto pasivo del delito, lo que ocurrirá cuando la acción delictiva se dirija hacia una masa abstracta e inconcreta de destinatarios, que adquiere un carácter unitario – que le permite configurarse como sujeto pasivo del delito- desde que son ellos el propósito del sujeto activo, y los que se ven afectados en sus bienes jurídicos⁷⁴⁵. Tampoco son necesariamente coincidentes los conceptos de sujeto pasivo con los de “víctima” o “perjudicado”⁷⁴⁶.

2.1. OPINIONES DOCTRINALES.

Quizá por la falta de rigurosidad en las diferencias señaladas es que la doctrina, en general, ha tendido, para identificar el sujeto pasivo en los delitos de terrorismo a utilizar criterios tales como la inmediatez de la agresión; el terror, alarma o intimidación provocada o resultado de la actividad terrorista; criterios políticos que dicen relación con la organización política jurídica del Estado; y el carácter selectivo o indiscriminado de la actividad terrorista. Sintetizando las opiniones que seguidamente veremos, se suele distinguir tres clases: *sujeto pasivo diferenciado*, *víctimas inocentes o eventuales*, y *sujeto pasivo indiferenciado*, y dentro de ellos, los que son víctimas inmediatas de la agresión (cualquier persona), las víctimas del terror o intimidación (la comunidad social) y el Estado.

Sujetos pasivos diferenciados serían aquellos individuos a los cuales la norma penal otorga una especial protección en razón del cargo o autoridad que revisten, y cuya explicación tiene que ver mas bien, con criterios de política de seguridad interior⁷⁴⁷. Así SALDAÑA⁷⁴⁸, distingue entre “víctimas seguras y conocidas” y “víctimas eventuales o desconocidas”. Evidentemente esta clasificación parte de la consideración de un terrorismo selectivo y uno indiscriminado, que sustantivo penalmente podríamos identificar con la protección de personas que revisten cierta autoridad (política, militar, religiosa, etc.) cuando se trata de terrorismo selectivo. Para JUILLARD⁷⁴⁹, existe un doble sujeto pasivo, de un lado las “víctimas eventuales consideradas colectivamente”, que serían los titulares de los bienes jurídicos individuales inmediatamente afectados, y de otro, “la población de un Estado”, en cuanto víctimas del terror. El criterio de la “eventualidad” de las víctimas ha sido utilizado también bajo la expresión “víctimas inocentes”⁷⁵⁰, para enfatizar que el resultado de la acción terrorista puede alcanzar a cualquier habitante de un Estado, ya sea como víctima inmediata de la agresión, ya como víctima del terror o intimidación. Sin embargo, este criterio no puede servirnos para el análisis dogmático, ya que resulta extremadamente difícil precisar (sustantivo penalmente) quienes son estas víctimas “eventuales” o “inocentes”⁷⁵¹.

El sujeto pasivo indiferenciado parece imponerse en la doctrina, pudiendo concebir en él tanto a cualquier persona como potencial víctima del ataque terrorista, como a la comunidad social. En otras palabras, junto a las “víctimas inmediatas de la agresión”, aparecen “las

⁷⁴⁴ Así COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *DP. PG.*, 3ª ed. 1990, p.281; BUSTOS, J. 1984, p. 201, MIR PUIG, S. 1996, p. 198, LUZÓN PEÑA. 1996, p. 316, MATA Y MARTÍN. 1997, p.19, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.50.

⁷⁴⁵ BUSTOS, J. 1984, p. 201, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.50.

⁷⁴⁶ Así, BUSTOS, J. 1984, p.201., 1994, p.276, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.50, MIR PUIG, S. 1996, p. 199, SÁINZ CANTERO. *Lecciones de DP.*, 3ª ed., 1990, p.486, MATA Y MARTÍN. 1997, p.18.

⁷⁴⁷ Para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los actos terroristas son conductas criminales violentas, cuyo objetivo es intimidar a la población civil y al gobierno. La Central de Inteligencia Americana (CIA) es mucho más enfática en señalar que el acto terrorista se dirige concretamente contra autoridades de gobierno.

⁷⁴⁸ Cfr. EBILE. 1985, p.118.

⁷⁴⁹ JUILLARD. 1971, pp. 225 y ss.

⁷⁵⁰ Así, PONTARA, indica que el acto terrorista implica el uso de violencia extrema contra “personas inocentes” PONTARA. 1979, p.111. También, en este sentido, el Departamento de Estado norteamericano, al señalar que el terrorismo es la violencia premeditada y motivada políticamente contra blancos “no combatientes”, es decir, personas ajenas a la lógica de la guerra. Cfr. DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 189, nota 55.

⁷⁵¹ En esta opinión DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.188.

víctimas de la intimidación”, que a pesar de no ser agredidas directamente, sufren las alteraciones psicológicas propias del terror, la inseguridad, el temor de verse expuestas a ataques semejantes, esto es, “la comunidad social en su conjunto”⁷⁵². Paralelamente aparece también la alusión al Estado como sujeto pasivo. Así para WILKINSON, la intimidación coercitiva del acto terrorista se dirige contra “individuos, grupos, comunidad y gobierno”⁷⁵³. En la ciencia penal QUINTANO RIPOLLÉS⁷⁵⁴ estima que el terrorismo implica un ataque total “al orden existente y a la comunidad social como un todo”. CUELLO CALÓN⁷⁵⁵ estima que el terror se dirige a “la colectividad”. Algunos autores limitan el concepto de comunidad social en cuanto sujeto pasivo a ciertas clases o grupos sociales de personas, integrantes de esta comunidad. Así BARBERO SANTOS⁷⁵⁶ indica que el terrorismo tiene el propósito de atemorizar a “un sector de la población”. WILKINSON⁷⁵⁷ habla de “grupos” como posibles víctimas, y CUELLO CALÓN⁷⁵⁸ alude también a “ciertos grupos sociales”.

En cuanto al Estado, como sujeto pasivo del acto terrorista, algunos autores le estiman como el principal. Así, ya en la Cuarta Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, en 1931, el profesor Raudulescu diseñó la idea de que el atentado terrorista tiene por víctima a “la sociedad organizada política y jurídicamente”⁷⁵⁹. WILKINSON⁷⁶⁰ también lo manifiesta, aunque no de manera exclusiva, al indicar que el sujeto pasivo del acto terrorista, puede ser también el “gobierno” de un Estado determinado, QUINTANO⁷⁶¹ al hablar de “orden existente”, y LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ⁷⁶², al estimar que el sujeto pasivo en los delitos de terrorismo es “la sociedad y el Estado”. Otros autores estiman que el Estado no es sujeto pasivo sino que, en cuanto objeto de ataque del terrorismo, reviste el carácter de móvil del mismo, pues la alteración de la organización de un Estado está inmersa en la finalidad político social del acto terrorista, y el Estado “es el obligado a proteger a la sociedad frente a dichos males (terrorismo)”⁷⁶³.

La falta de uniformidad en las opiniones doctrinales reseñadas ha conducido a una concepción difusa del sujeto pasivo en los delitos de terrorismo, que no puede servirnos para el análisis dogmático. Naturalmente no podemos prescindir de la sociología ni de la filosofía política para aproximarnos a una postura en el plano sustantivo penal. A tales efectos, las opiniones de ALEX SCHMID permiten descartar ciertos criterios que se han mencionado. Para SCHMID⁷⁶⁴: “el blanco directo de la violencia, no es el objetivo principal. Las víctimas humanas de la violencia generalmente son seleccionadas al azar o selectivamente de una población objetivo, y sirven como generadoras de mensajes...y el blanco es utilizado para manipular el objetivo principal, transformándolo en blanco del terror”.

Conforme a estos criterios, el sujeto pasivo indiferenciado se impone por sobre el “diferenciado” o “determinado” y las “víctimas inocentes” ya que cualquier persona puede

⁷⁵² En este sentido DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 189.

⁷⁵³ WILKINSON. 1986, p. 49.

⁷⁵⁴ QUINTANO RIPOLLÉS. 1967, p.35.

⁷⁵⁵ CUELLO CALÓN. 1980, p. 319.

⁷⁵⁶ BARBERO SANTOS. 1972, p. 277.

⁷⁵⁷ WILKINSON. 1977, p.49.

⁷⁵⁸ CUELLO CALÓN. 1980, p. 319.

⁷⁵⁹ BLISCHENKO Y ZNADOV. *El terrorismo como crimen internacional*. Ed. Progreso, Moscú, 1983.p. 83.

⁷⁶⁰ WILKINSON. 1977, p.49.

⁷⁶¹ QUINTANO RIPOLLÉS. 1967, p.35.

⁷⁶² LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996. p.576.

⁷⁶³ Así en España, EBILE. 1985, p.133. En Chile DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 190.

⁷⁶⁴ SCHMID, Alex. *Political Terrorism*. Noth Hollans Publishing Company, Amsterdam,Oxford and New York, 1989, pp. 177 y ss.

resultar afectada por el acto terrorista, como blanco inmediato de la agresión⁷⁶⁵. Sin embargo, el resultado del acto terrorista, refiriéndonos con ello a los efectos del terror: inseguridad, temor, consternación, pánico o alarma, se dirigen a la comunidad o población en general. Y mas concretamente contra la *Sociedad*. El hecho de que cualquier persona sea o pueda ser la víctima inmediata de la agresión, no significa que el efecto psicológico de esa agresión se produzca solo en ella, y eso es lo que se persigue en definitiva con el acto terrorista, forzar mediante la intimidación a la sociedad o a un determinado sector de ella a influir en autoridades locales que controlan una determinada situación política, es decir, obligarla sobre la base del miedo a asumir determinada ideología.

2.2. TOMA DE POSICIÓN

2.1.a.- *La distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción.*

Desde el plano sustantivo penal, hemos indicado que el “sujeto pasivo del delito” es el titular del “bien jurídico protegido”. Siendo así, en los delitos de terrorismo, la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido, que hemos identificado con el ordenamiento constitucional democrático, determina, en nuestra opinión que, *el sujeto pasivo del delito se identifique con la sociedad*, concepto al cual puede extenderse el de sujeto pasivo porque no es preciso en este último, la titularidad formal de un derecho subjetivo (que concurre solo en sujetos de derecho) sino que basta la concurrencia del interés esencial en el delito⁷⁶⁶. A este argumento puede añadirse el hecho de tener los delitos de terrorismo una naturaleza pluriofensiva, de donde es posible admitir “una pluralidad de sujetos pasivos”⁷⁶⁷, esto es, todos los individuos que conforman la sociedad, que son los que resultan afectados por la transgresión al ordenamiento constitucional democrático que rige la vida en comunidad.

Por esta razón es que estimamos que los individuos que son *víctimas inmediatas de la agresión*, normalmente revestirán el carácter de *sujeto pasivo de la acción*, ya que en ellos los bienes jurídicos que se ven afectados son individuales: vida, integridad física, libertad, salud⁷⁶⁸. Tampoco coincidirá normalmente el “perjudicado” por el delito con el sujeto pasivo del delito o de la acción. Así por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio, a que se refiere el art. 575 del CP español; en los delitos de homicidio terrorista (art. 2 n°1 en relación con art. 1 ley 18.314 chilena y art. 572.1 CP español), en los que el sujeto pasivo de la acción es quien pierde la vida, y perjudicados serán sus familiares que resultan lesionados en su integridad psicológica, o materialmente si vivían del trabajo del difunto.

La sociedad en cuanto sujeto pasivo del delito admite la posibilidad de precisión si consideramos que el terrorismo normalmente se dirigirá contra determinados sectores o grupos de la población, que resultan ser los afectados por la alarma o terror utilizados como medios para atentar contra el orden constitucional democrático. En ello acierta el legislador chileno cuando en el art. 1° n°1 alude a “toda la población o a una parte de ella” como víctimas inmediatas de la atemorización, criterio que precisa aún más cuando luego, señalando el cómo ha de probarse esta finalidad, alude a “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de

⁷⁶⁵ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.189.

⁷⁶⁶ MIR PUIG, S. 1996, p.199.

⁷⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, M. *El delito de detención ilegal*, Ed. Avanzada, 1982 b), p. 140. Cit. por ZÚÑIGA, L. 1993, p.184.

⁷⁶⁸ Así se desprende, en Chile, de los arts. 2° núms 1, 2, 4 y 5 en relación con el art. 1° de la ley 18.314, que se refieren a los delitos de homicidio, lesiones, secuestro, sustracción de menores, envío de efectos explosivos, incendio, estragos, infracciones contra la salud pública, descarrilamiento (art. 2 n°1); apoderamientos o atentado en contra de medios de transporte públicos (art. 2 n°2), colocación o lanzamiento de bombas o artefactos explosivos o incendiarios (art. 2 n°4). En España, se desprende de los arts. 571, 572, 573, y 577 del CP español que se refieren a los delitos de estragos o incendios (art. 571); homicidio, lesiones graves, detención ilegal, amenazas y coacción (art. 572); mera colocación o empleo de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (uno de los supuestos del art. 573), y conductas semejante realizadas por quienes no forman parte de una estructura terrorista.

atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”. En nuestra opinión, no se trata aquí de la consideración de un “terrorismo selectivo”, sino de la voluntad del legislador de precisar a quienes puede afectar la conducta terrorista⁷⁶⁹.

2.2.b. El problema de los sujetos pasivos especiales.

Al hilo de lo anterior, sí creemos que parece admitirse la existencia de un “terrorismo selectivo” cuando la ley chilena exige para la configuración de los tipos penales de terrorismo que una de las circunstancias para su calificación sea el propósito del agente de “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, y asimismo cuando en el art. 2 n°3 exige ciertas características especiales en el sujeto pasivo. El artículo 2° n°3, en relación con el artículo 1°, considera como una de las conductas terroristas, el atentado contra la vida o integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial, religiosa, etc. De acuerdo a los principios generales del derecho penal, y tratándose de un tipo autónomo, de lege data, el sujeto pasivo *del delito* serían las personas que aquí menciona, y que a la vez coincidiría con el sujeto pasivo de la acción. Se trata de lo que en doctrina se denomina “sujeto pasivo especial” y que se dirige a la protección de determinados individuos en razón de sus cargos.

En un Estado democrático, la protección de las autoridades ha de referirse a la protección de las mismas en relación con las funciones públicas que éstos desempeñan, y no en relación al “órgano”, esto es, la protección de la autoridad como principio que exige acatamiento y que se ve afectada simplemente por la falta del mismo⁷⁷⁰. No pensamos que la legislación chilena haya seguido, en todo, este criterio al tipificar autónomamente el atentado al jefe de Estado y otras autoridades, porque si relacionamos con el contenido general de la legislación antiterrorista, se advierte en ella aún un sesgo de “sobrepotección” a la autoridad que se contradice con el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 19 n°2 de la CPRCH, ya que se produce una situación de “privilegio”.

Algo similar ocurre en la legislación española, aunque ella no contempla un tipo penal autónomo destinado a proteger a las autoridades, sino un tipo agravado. En el art. 572.1 efectúa una elevación de la pena cuando los delitos de homicidio o asesinato, lesiones graves, detención ilegal, amenazas o coacción (art. 572.1) se realizaran contra miembros de las Fuerzas armadas, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Policía de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, o de personas que ostenten determinados cargos políticos enumerados en el art. 551.2 (miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional).

Indudablemente la motivación del legislador se basa en un dato empírico: los ataques terroristas normalmente tienen como blanco directo a este tipo de autoridades. Y por esta misma razón, en atención a los reiterados homicidios de concejales, es que la LO 7/2000 reformó el art. 551, ampliando la protección penal a los miembros de Corporaciones locales⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ En la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027 que modificó la ley 18.314, existió unanimidad en afirmar que es la sociedad quien en mayor medida resulta afectada. El Diputado Sr. Diez enfatizó: “el problema del terrorismo, como tantas veces lo hemos dicho aquí, no es sólo del gobierno, sino también de la sociedad, de todos”. *Historia de la ley 19.027*...ob. cit., p.11. En opinión del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Sr. E. Paillás: “el acto terrorista se caracteriza porque lesiona a la sociedad toda o a un grupo de ella con la finalidad de quebrar el orden social o el régimen político”. Voto disidente a calificación jurídica de los hechos como secuestro terrorista, SCA de Santiago, de 13 Nov. 1992, (*caso Edwards*), considerando primero del voto disidente. *Gaceta Jurídica* N°149, 1992, p.90

⁷⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.201.

⁷⁷¹ Supra **Cap.III**, III, 2.a.3. *Comentarios acerca de la última reforma en la ley penal española (LO 7/2000)*. Infra, **Cap. VII**, punto III, 2.2.- *Delitos de lesión a las personas: atentados contra la vida...* (art. 572 CP).

A pesar de constatar que la mayor cantidad de víctimas del terrorismo suelen pertenecer a alguna de estas calidades, nos resulta dudoso afirmar con seguridad que ellos deban ser objeto de una protección especial en el plano sustantivo. Entendemos que en el CP Español se tiende más bien a la protección de las funciones que a la de la autoridad en sí misma⁷⁷². Pero esta idea no se ha manifestado en la sección destinada a los delitos de terrorismo. No queda claro que el delito de terrorismo debe realizarse en contra de dichas autoridades en razón de su función, de donde se deduce que la protección se efectúa considerando “el cargo” que dicha persona ostenta, con lo que se llega al absurdo de considerar que la vida, la libertad, la integridad, etc. de un militar o policía tiene más valor que la de un ciudadano cualquiera, lo que resulta contrario al principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE.

Es lógico que, ante la frecuencia de los ataques a determinadas autoridades, el legislador responda protegiéndoles penalmente, pero hay que tener presente: Primero, la entidad de la agravación de la pena en función del sujeto pasivo. Segundo, el riesgo de caer en una necesidad de reformar la legislación penal cada vez que los objetivos terroristas se trasladaran a otros campos⁷⁷³. No se está cuestionando la mayor o menor protección penal que deba otorgárseles a los que constituyen objetivos directos del terrorismo, lo que se está cuestionando es hasta qué punto debe agravarse la pena.

Por último, y retomando lo dicho en el epígrafe anterior, pensamos que los individuos que ostentan cierto cargo o autoridad deben ser (*lege ferenda*) considerados como *sujetos pasivos de la acción* ya que, como cualquier persona, pueden ser víctimas directas del ataque terrorista. El empleo del terror o el resultado de alarma, como medios para conseguir una ulterior finalidad política, se dirige hacia la sociedad, la que en su conjunto, es la portadora del interés en el mantenimiento y respeto al ordenamiento constitucional democrático.

2.2.c. El Estado como sujeto pasivo genérico en todo delito.

En todo delito se encuentra, por una parte, un daño social, en cuanto constituye una amenaza para la existencia de la sociedad jurídicamente organizada, y por otra parte un bien jurídico inmediatamente ofendido sea de titularidad individual o colectiva. De esta manera el Estado es *sujeto pasivo genérico*, para todo delito, en cuanto éste asume la defensa de todos los bienes jurídicos, distinto de un *sujeto pasivo específico o inmediato* que es el titular del bien jurídico directamente ofendido⁷⁷⁴.

Pero aún cuando el interés del Estado en el aseguramiento de las condiciones de existencia de la vida en común le permita erigirse como sujeto pasivo genérico en todo delito, es preciso realizar la distinción que ocurre, desde el plano sustantivo penal, tratándose de los delitos de terrorismo. De acuerdo a nuestra postura, “el ordenamiento constitucional democrático” es un bien jurídico de naturaleza supraindividual o colectiva que dice relación con el funcionamiento del sistema. Conforme a la clasificación que propone BUSTOS RAMÍREZ⁷⁷⁵ de los bienes jurídicos colectivos, creemos que debe considerarse como un “bien jurídico institucional”, esto es, referido a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema que poseen las características de masividad y universalidad y cuya misión es la de establecer vías o procedimientos organizativo – conceptuales para asegurar los bienes jurídicos

⁷⁷² Por ejemplo, se suprimieron los delitos de desacato (arts. 542 a 544 del PCP)

⁷⁷³ En esta última opinión, LAMARCA, 2001, pp.105-106.

⁷⁷⁴ MATA y MARTÍN, R. 1997, p.15.

⁷⁷⁵ BUSTOS, J. 1987, pp.199 y ss. Realizando una reordenación de los bienes jurídicos a partir de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, el autor propone distinguir entre bienes jurídicos *microsociales*, esto es, los que afectan a las bases y condiciones de subsistencia del sistema, relacionados directamente con el individuo, y bienes jurídicos *macrosociales*, esto es, los que afectan al funcionamiento del sistema. Dentro de los macrosociales realiza una distinción entre: *bienes jurídicos institucionales* (referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, *bienes jurídicos colectivos* (referidos a la satisfacción de las necesidades de carácter social y económico), y *bienes jurídicos de control* (referidos a la organización del aparato estatal).

individuales. No se trata, por tanto, en nuestra opinión, de un “bien jurídico de control”, esto es, aquellos que se refieren a la organización del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones, como ocurre en los delitos contra la autoridad, contra la seguridad interior y exterior. El ordenamiento constitucional democrático es un concepto más amplio que la mera conservación o mantenimiento de la “seguridad interior” del Estado, y no es éste, como institución, el exclusivo portador del interés protegido en los delitos de terrorismo, sino la Sociedad en su conjunto, ya que el respeto o no del ordenamiento constitucional democrático afecta a todos los ciudadanos.

El problema se plantea en relación a los delitos de asociación ilícita terrorista, tipificados en el art. 2 nº5 en relación con el art. 1º de la ley 18.314 chilena y en el art. 515.2 del CP español, en los que, por la continua referencia que se hace al Estado, podría llegar a sostenerse que es éste el sujeto pasivo del delito ya que aquí el bien jurídico protegido parecería configurarse más claramente como la seguridad interior⁷⁷⁶. Sin embargo, si aceptamos que en estos delitos el bien jurídico protegido es “*el derecho de asociación como garantía constitucional*”⁷⁷⁷, es decir, elemento integrante del ordenamiento constitucional democrático, resulta claro que *no se trata tan solo de un interés del Estado, sino de todos los ciudadanos* a no ser limitados en este derecho, salvo cuando la ley lo disponga expresamente.

En síntesis, la Sociedad se erige, como *sujeto pasivo de los delitos* de terrorismo, concepto que estimamos más preciso que el de “comunidad”, puesto que la Sociedad es “aquel tipo de comunidad formado y condicionado por la voluntad racional” que representa a los ciudadanos protegidos, en cambio “comunidad” es la organización natural⁷⁷⁸. Las personas, sean civiles o funcionarios públicos, en cuanto titulares de los bienes jurídicos individuales inmediatamente afectados deben ser considerados como sujetos pasivos de la acción, víctimas o perjudicados, según sea el tipo penal de terrorismo específico de que se trate, y el Estado, puede ser considerado sujeto pasivo genérico, en cuanto lo es de todo delito, quedando, en el caso específico de los delitos de terrorismo, por debajo de la Sociedad que es la titular del bien jurídico protegido ordenamiento constitucional democrático.

3. LA CONDUCTA TÍPICA.

La conducta típica se determina por el verbo rector que el tipo penal específico describe. Al ser los delitos de terrorismo delitos de forma libre, esto es, delitos comunes cualificados ya por las características terroristas de su comisión, ya por su comisión con finalidad terrorista, la conducta en cada uno de ellos quedará determinada por el verbo rector que en cada cual aparezca. Así por ejemplo, en el delito de homicidio terrorista la conducta se determina por el verbo rector “matar”. Sin embargo, es posible advertir, a la luz de las legislaciones chilena y española, que en la conducta típica de estos delitos existen ciertos elementos comunes que dicen relación ya con la forma de comisión del hecho, el empleo del terror o la intimidación, ya con la consideración de un elemento organizativo o estructural como requisito de lo injusto penal.

En la legislación chilena advertimos con mayor claridad que los elementos comunes a los delitos de terrorismo descritos en el art. 2º de la Ley 18.314, radican en el empleo de la violencia concretada en la utilización de ciertos medios especialmente dañosos, mientras que en la legislación española la conducta típica queda determinada más bien por la relación del agente con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, sea como integrante de las mismas o como colaborador.

3.1.- LEGISLACIÓN CHILENA.

⁷⁷⁶ Así, VIVES ANTÓN/ CARBONELL MATEU. “*Delitos contra la Constitución*” en VIVES ANTÓN y otros, *DP.PE.*, ob. cit. 1996 a), p.761, CUERDA ARNAU. 1995, p.367.

⁷⁷⁷ En esta opinión PORTILLA CONTRERAS, G. “*Delitos contra la Constitución*”, en *Manual de DP. Español. PE*, dirig. por COBO DEL ROSAL, ob. cit., 1997, pp. 713-714.

⁷⁷⁸ ZÚÑIGA, L. 1993, p.187.

A.- La utilización de la violencia como método en la comisión de los delitos.

De acuerdo a lo previsto por el art. 1º nº1 de la ley 18.314 los delitos de terrorismo vendrían cualificados por el propósito subjetivo del autor de causar en la población o en un sector de ella, “el *temor justificado* de ser víctimas de delitos de la misma especie, sea por la *naturaleza y efectos de los medios empleados*, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas”, presumiéndose la finalidad mencionada por el hecho de cometerse el delito “*mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos*”.

Interesa destacar en este punto que el legislador chileno siguiendo una tendencia que ha tenido gran eco en la doctrina, define el terrorismo por el propósito subjetivo del autor de crear en la población o un sector de ella un clima de alarma o pánico, o por su efectiva creación, por el hecho de utilizar métodos violentos en la comisión de los delitos enumerados en el art. 2 de la ley 18.314, llegando incluso a presumir legalmente la finalidad por el uso de ciertos medios. No realizaremos aquí el examen del art. 1 nº1 en cuanto elemento subjetivo del tipo, dentro del cual se plantearán los problemas que éste ocasiona al presumir la responsabilidad penal, sino que interesa destacar *el uso de la violencia como método de acción*.

Y tanto es así, que dentro de los delitos que se enumeran en el art. 2º las conductas típicas vienen definidas también por el empleo de la misma. Así el art. 2 nº1 cualifica como delito de terrorismo el “envío de efectos explosivos” sancionado en el art. 403 bis del CP; el art. 2 nº4 tipifica la colocación, lanzamiento o disparo de “bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas o causar daño”.

A.1) Si la nota distintiva del terrorismo es su carácter violatorio de los derechos humanos debemos aceptar que sólo la conducta violenta tiene la capacidad de atacar contra ellos⁷⁷⁹, conducta que se caracteriza por el uso constante de medios que causan muerte a personas, lesiones, daño o destrucción, lo que se dará generalmente cuando se emplean medios explosivos o catastróficos o armamentos de alto poder destructivo. Esto no significa, de *lege ferenda*, que el concepto jurídico de terrorismo deba considerar, como postulan algunos autores, tan solo el empleo de la violencia para intimidar o coaccionar⁷⁸⁰, o el empleo de determinados medios que entrañen un riesgo para la comunidad social⁷⁸¹, o medios capaces de crear un estado de peligro común para causar terror⁷⁸², ya que se requerirá siempre un elemento subjetivo relativo a la finalidad política perseguida, finalidad que la ley chilena, de *lege data*, no contempla.

Conviene recordar que el terrorismo utiliza la violencia para la imposición de una determinada voluntad política: “El terrorista, despreciando a cualquiera que no piense idéntico a él, cree tener derecho a poner la voluntad y los medios para rehacer totalmente la sociedad y modelar hasta la propia cultura, a su imagen y semejanza, ocupándose de impulsar la supresión,

⁷⁷⁹ Así, DEL BARRIO-LEÓN REYES. 1990, p.201. Ampliamente Supra Cap. II, punto IV.- *El terrorismo, I.- Un intento de caracterización*.

⁷⁸⁰ Así, GLASER, S. 1973, p.825,

⁷⁸¹ Así QUINTANO RIPOLLÉS, 1967, p.24. En la legislación española, la LO 8/1984 de 26 de diciembre, y en Chile la Ley 18.314 original. Supra Apartado Primero: *Sobre el concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España*

⁷⁸² Entre otros, SOTTILE. 1938, p.96, JUILLARD. 1971, p.225, JIMÉNEZ DE ASÚA. 1964, p.1158, CARRILLO SALCEDO. 1988, p.21, WILKINSON. 1986, p.12. Con algunas matizaciones en torno a la finalidad política CUELLO CALON. 1980, p. 319; RODRÍGUEZ DEVESA. 1977, p.793; MARTÍNEZ CARDÓS, 1998, marg. 481, FERNÁNDEZ- GANZEMULLER y otros. 1998, p. 331. Supra Apdo. Primero: *Sobre el concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España*

o el exterminio de quienes se opongan a ello, mediante el desarrollo de actos atroces e indiscriminados, que sometan la voluntad de las autoridades y el pueblo, por el terror paralizante de conciencias y conductas”⁷⁸³.

A.2) Para que la violencia sea reputada como cualidad esencial en los delitos de terrorismo, es necesario que ella se manifieste en una sistematización y planificación de una serie de actos delictivos, de manera que, no basta con que el sujeto realice uno cualquiera de los actos posibles dentro de la estructura total. La pluralidad de actos exige la realización de varios de ellos, concatenados en forma sistemática. Dos consideraciones cabe hacer a este respecto: *Primero*, la sistematización otorga a la violencia terrorista el carácter de *método*⁷⁸⁴, violencia que al manifestarse a través de la comisión de una serie de actos delictivos permite fundamentar la criminalización de la finalidad política, puesto que ella transgrede el ordenamiento constitucional democrático, sea cual sea la ideología que inspire a sus agentes, ya para modificar el orden de cosas existente, ya para preservarlo. *Segundo*, la exigencia de una pluralidad de actos concatenados sistemáticamente no significa que todos los delitos que se inscriben dentro de la misma deban ser considerados como una pura repetición o reiteración de actos, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos continuados, no todos tendrán la misma naturaleza, ni atender contra el mismo bien jurídico individual⁷⁸⁵. La característica que les unifica es ser delitos: delitos comunes, ya tipificados en otros cuerpos legales, como ocurre con los enumerados en el art. 2 n°1 ley 18.314 8art. 2 n°1 LCT) o bien delitos especiales, como ocurre con las figuras tipificadas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del art. 2 de la ley 18.314. Delitos que además de *lege data*, atentan contra determinados bienes jurídicos individuales, y de *lege ferenda* contra uno de naturaleza colectiva: ordenamiento constitucional democrático.

Si la pluralidad de actos insertos dentro de una sistematización y planificación otorga a la violencia el carácter de un *método* a emplear, éste solo puede ser concebido como parte de una *estrategia política* diseñada por una *organización*, que desde el punto de vista dogmático tendrá necesariamente que calificarse como una asociación ilícita terrorista (art. 2 n°5 en relación con art. 1 de la LCT chilena), banda armada u organización terrorista (art. 515 n°2 CP español). Se trata, por tanto, de la “violencia ejercida de un modo sistemático y planificado por organizaciones que mediante ese procedimiento pretenden obtener una finalidad política”⁷⁸⁶, criterio que no es asumido por la ley 18.314 chilena, pudiendo caber dentro de la misma, como veíamos al analizar el sujeto activo, la violencia individual, o colectiva no organizada, y también las que siendo organizadas, no persiguen finalidad política.

A.3) En cuanto a los objetos de la violencia, de *lege data*, de acuerdo a la tipificación de las conductas en la ley 18.314, ésta puede ser ejercida tanto contra las personas como contra las cosas. En nuestra opinión, y conforme a la postura asumida en torno al bien jurídico protegido, la violencia que se ejerce contra las cosas sólo puede ser calificada como delito de terrorismo en cuanto importe *una lesión* o un *peligro concreto* para otros bienes jurídicos de mayor trascendencia como la vida, la integridad física o la salud⁷⁸⁷. Este criterio es asumido en parte

⁷⁸³ DOMÍNGUEZ VIAL, A. 1990, p.5.

⁷⁸⁴ Entre otros, SOTTILE, 1938, p. 96, PONTARA, G. 1979, pp.31-32; REINARES, F. 1993, pp.42 y 47, LAMARCA, C. 1985, pp. 77-95. Mas ampliamente, véase supra Apdo. Primero: *Sobre el concepto jurídico de terrorismo en la doctrina y su descripción en las legislaciones de Chile y España*. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 208, GUTIÉRREZ SAHAMOD. 1991, p.2. También ha sido la voluntad del legislador al manifestar que el terrorismo “...es un método de acción criminal”. Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 que modifica la ley sobre conductas terroristas y fija su penalidad, Boletín 3-07 (90)-1, en *Historia de la ley 19.027*, cit. p. 1, 7.

⁷⁸⁵ EBILE. 1985, p. 128. En Chile siguen este criterio DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 203.

⁷⁸⁶ LAMARCA, C. 1985, p. 95. Es el criterio que ha seguido la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en España, así como su legislación. Véase supra en este mismo apartado I.- *Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: ¿Requisito sine qua non del injusto?*. En Chile asumen este criterio DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 206-208, GUTIÉRREZ SAHAMOD. 1991, p.2.

⁷⁸⁷ En opinión similar DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 183: “cuando su ejecución pone en peligro a las

en la ley 18.314. Así en el art. 2 n°2 se sanciona la realización de “actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes (medios de transporte público).

Sin embargo no puede sostenerse que se trate de una orientación general. Y así lo demuestran los arts. 1 n° 1 y 2 n°4 de la ley 18.314. El art. 1 n°1 al establecer la forma en que ha de tenerse por probada la finalidad de intimidar a la población, se refiere a la naturaleza y efectos de los medios empleados, y presume que esta finalidad concurre cuando se utilizan determinados medios dañosos enfatizando que ha de tratarse de medios, en general, capaces de “ocasionar grandes estragos” o de “efectos explosivos o tóxicos”. Se nos está diciendo que por el solo hecho de utilizar tales medios, el propósito del agente, algo que está evidentemente en su fuero interno, debe darse por probado, sin que en el texto exista alusión alguna a la lesión o peligro concreto para bienes jurídicos individuales.

En el art. 2 n°4 se nos dice que constituye delito de terrorismo (en relación con el art. 1) “la colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas o causar daño”. Con ello por una parte, si bien se alude a la lesión o peligro concreto para el bien jurídico integridad física, por otra parte, existe la posibilidad de que sin tal peligro o lesión igualmente la conducta pueda ser calificada como delito de terrorismo cuando ella cause o pueda causar daño, que interpretamos daño a la propiedad cualquiera que ella sea, pública o privada. De *lege ferenda*, nos parece errado si consideramos que el tratamiento agravatorio de los delitos de terrorismo se realiza en consideración al ataque que éstos suponen al ordenamiento constitucional democrático, tomando como criterio de valoración los derechos humanos, dentro de los cuales no se encuentra la propiedad.

A.4) La violencia, según hemos indicado, debe manifestarse a través de la utilización de medios especialmente dañosos capaces de atacar bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad personal o la salud⁷⁸⁸. Pero además, estos medios han de ser objetivamente idóneos para alcanzar la finalidad política perseguida⁷⁸⁹. Lo que de *lege data* no aparece claro en la ley 18.314.

En el primer sentido la alusión que realiza la ley 18.314 en el arts. 1 n°1 a medios tales como: artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos, paquetes o cartas de efectos explosivos o tóxicos, es correcta, ya que ellos tienen la capacidad para atacar estos bienes jurídicos fundamentales. Sin embargo, el legislador, al aludir a “*otros (medios) que pudieren ocasionar grandes estragos*” y “*objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos*” viene a consagrar la posibilidad de tipos penales abiertos contrarios al principio de tipicidad, taxatividad o certeza, y por tanto al principio de legalidad que contempla el art. 19 n°3 de la CPRCH. Podría sencillamente haber omitido estas expresiones que tienden a ampliar excesivamente la conducta punible. Es también en principio correcta la alusión en el art. 2 n°4 a bombas o artefactos explosivos o incendiarios, sin embargo se produce la misma situación anterior en relación a la infracción al principio de tipicidad en cuanto se refiere a “cualquier tipo” de tales instrumentos.

Si a esta falta de taxatividad en las normas descritas unimos la carencia de una finalidad política y del elemento estructural u organizativo para la configuración de los delitos de terrorismo, perfectamente pueden llegar a sancionarse conductas de violencia política

personas”.

⁷⁸⁸ ARROYO ZAPATERO. 1985, p. 163, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. 1981, p. 73. SERRANO PIEDECASAS. 1988. pp.177 y ss.

⁷⁸⁹ En España, ARROYO ZAPATERO. 1985, p. 163, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. 1981, p. 73, SERRANO PIEDECASAS. 1988, pp.177 y ss. TERRADILLOS, J. 1988, p.55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 208-206, GUTIÉRREZ SAHAMOD. 1991, p.2. Con énfasis en el ataque a los derechos humanos, DOMÍNGUEZ VIAL. 1990, p.21.

individuales o colectivas pero no organizadas, distintas de las que se requiere para la elaboración de una estrategia terrorista. Así por ejemplo, el estudiante que en el curso de una manifestación lance un cóctel molotov en la calle para exigir ciertas demandas a las autoridades educacionales. El cóctel molotov es un artefacto incendiario que cabe dentro del art. 2 n°4 y evidentemente su explosión puede causar daño a la propiedad, y la circunstancia que viene a cualificar como terrorista el acto es la descrita en el art. 1 n°2 (que el delito sea cometido para arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias). Hay que insistir nuevamente en que este tipo de conductas, y de *lege ferenda*, no son terroristas.

De acuerdo al primer informe de la CCLJ, el proyecto de ley destinado a modificar la ley 18.314 contenía tres circunstancias en base a las cuales debía calificarse como terroristas determinados delitos comunes. Dos de ellas, la 1ª y 3ª son las que actualmente indica el art. 1 n°1. La 2ª circunstancia era “que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si éstas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente como si se intimida verosímilmente con su uso”⁷⁹⁰. Posteriormente esta circunstancia fue eliminada como circunstancia autónoma pasando a integrarse parcialmente en la circunstancia 1ª del art.1.

Durante la discusión parlamentaria, la bancada de RN señaló su discrepancia con la definición (final) de conducta terrorista propuesta por el Ejecutivo pues ella, a su juicio, “omite un elemento muy importante y que es el de transformar un delito común en delito terrorista por el hecho de producir un daño indiscriminado o poder hacerlo” ya que solo se señala “la utilización de medios que puedan ocasionar grandes estragos, pero la verdad es que no existe similitud entre el hecho de que se produzcan esos grandes estragos con el que se produzca un daño indiscriminado”⁷⁹¹. Esta postura es *en parte* correcta ya que, si consideramos que los delitos de terrorismo se caracterizan por su capacidad para violar los derechos humanos, es evidente que ellos han de producir “un daño indiscriminado”, y en este sentido, resulta interesante la alusión que efectuaba la antigua circunstancia 2ª del art. 1 recién transcrita.

Pero, tal como objetó la bancada de la DC, “no es dable afirmar que todo delito cometido con métodos crueles, necesariamente es un delito terrorista”⁷⁹². Conforme a los lineamientos seguidos en esta investigación, se discrepa de la posibilidad de cualificar como terrorista a delitos comunes por el solo hecho de producir este daño indiscriminado ya que ello contravendría el principio de lesividad de acuerdo al cual la intervención penal se justifica en la necesidad de proteger bienes jurídicos. Y ello porque los delitos de terrorismo, atentan contra el ordenamiento constitucional democrático, de donde surge como necesaria la alusión a una finalidad política que no existe en la ley 18.314, y que de *lege ferenda* tendría que existir.

Por otra parte, el daño indiscriminado perfectamente puede deducirse de la expresión “medios empleados sea por su naturaleza o efectos”, es decir, el daño indiscriminado que tiene su origen en artificios explosivos e incendiarios o en medios tóxicos, corrosivos o infecciosos, que son los del tipo que pueden generar estragos o daños indiscriminados⁷⁹³. En todo caso, una aproximación correcta a lo que debe entenderse por terrorismo desde el punto de vista penal habría sido la de considerar la circunstancia 2ª, que lamentablemente fue eliminada, pero en conexión con el bien jurídico protegido, esto es, la utilización de los medios allí descritos- y con la misma redacción- con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático.

⁷⁹⁰ *Historia de la Ley 19.027...*, ob. cit. pp. 31 y ss., p.38.

⁷⁹¹ Intervención del Diputado Sr. Espina *Historia de la Ley 19.027...*, ob. cit., p. 78.

⁷⁹² Opinión del Diputado Sr. Gutenberg Martínez, en *Historia de la ley 19.027...*, ob.cit. p.80.

⁷⁹³ Concordamos con la opinión del Diputado Sr. Gutenberg Martínez, en *Historia de la ley 19.027...*, ob.cit. p.80.

A.5) Conforme al art. 7 de la ley 18.314 la conducta puede consistir no tan solo en la utilización de estos medios especialmente dañosos, sino en “ la amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos” la que se castigará como tentativa del mismo, esto es, y de acuerdo al mismo art. 7, con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado.

Desde el punto de vista sustantivo penal, la amenaza supone el *empleo de fuerza moral* sobre otro anunciando un mal que constituya delito, requiriendo de *seriedad* y *verosimilitud*, exigencias idénticas a la que establece el tipo penal común del art. 296 del CP. La doctrina distingue entre amenaza, coacción e intimidación. La “coacción” requiere el empleo de fuerza física, actual o inminente, a diferencia de la primera, que solo exige fuerza moral, resultando paradójico que la coacción se encuentre sancionada como falta (art. 494 n°16 CP) y la amenaza como crimen o simple delito (art. 296 CP). La “intimidación” requiere causar terror a través del anuncio del empleo inminente de fuerza física o violencia, mientras que la amenaza supone el anuncio de otra clase de males, o el empleo de la fuerza física, no inminente, sino que más bien, alejado en el tiempo⁷⁹⁴. De acuerdo a esta distinción lo lógico habría sido tipificar en la ley 18.314 la intimidación, pero al tratarse de una figura que no tiene correlato en la legislación común, más que en relación a ciertos tipos penales⁷⁹⁵, el legislador debió optar por la figura de la amenaza de cometer delitos de terrorismo, atendida la gravedad de los delitos de que se trata, tanto por la naturaleza de los bienes jurídicos que ataca, como por su forma de comisión y el resultado de lesión o peligro que pudieren producir.

La ley 19.027 de reforma a la ley 18.314 incluyó la amenaza en el art. 7°, pero sin modificar en lo sustancial su contenido⁷⁹⁶. La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos a que se refiere la ley, supone concatenar los delitos enumerados en el art. 2 con cualquiera de las exigencias establecidas por el art. 1 n°1, y que también dicen relación con la creación del temor en la población o en un sector de ella, o para imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.

Por último, la penalidad establecida supone una alteración a las reglas comunes sobre penalidad desde que se sanciona, en definitiva, con la pena mínima para el delito consumado. Quizá la razón de ello sea el hecho de que la amenaza se encuentre ubicada en el art. 7 que sanciona la tentativa de comisión de delitos de terrorismo, así como la conspiración para delinquir, que suponen asimismo una alteración a las reglas ordinarias de la penalidad.

El criterio político criminal que orienta la tipificación de la amenaza como delito de terrorismo radica en que “el temor” que se pretende crear en la población o en una parte de ella (art. 1 n°1) puede resultar tanto de la efectiva comisión de actos de violencia como de la presión psicológica que significa el verse expuesto a ser objeto de ataque de cualquiera de estos delitos. Así lo manifestó la Secretaría de Legislación en su informe sobre la antigua ley 18.314 en la que la amenaza se contenía en el art. 1° n°15: “El objetivo de crear el clima de terror, no requiere siempre de la efectiva comisión de la conducta terrorista, siendo suficiente la amenaza de su realización. La presión psíquica sobre una o más personas permite obtener, asimismo, determinados objetivos terroristas que se expresan en actuaciones o tomas de decisión de parte de la persona individual o de la autoridad”⁷⁹⁷. Y fue también el criterio que siguió la jurisprudencia bajo la vigencia de la anterior ley 18.314, señalando que si bien la violencia es una de las formas posibles de producir el terror, tal vez la de mayor importancia y frecuencia, “no es la única, pues el mismo efecto aterrador podrían tener la difusión de noticias falsas,

⁷⁹⁴ ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal*, T. IV. Ed. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976, p.262.

⁷⁹⁵ Así por ejemplo, el robo con violencia e intimidación en las personas del art. 433 del CP.

⁷⁹⁶ De acuerdo al art. 1 n° 15 de la antigua ley 18.314 cometían delito terrorista “los que amenazaren seriamente con cometer alguno de los delitos a que se refiere este art., que cree o pueda crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella o para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona”.

⁷⁹⁷ Cfr. PICKERING, G. 1988, pp.160-161, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 264.

hojas clandestinas, carteles, cartas anónimas, envenenamiento de aguas potables... pues todas ellas contienen una amenaza de violencia”⁷⁹⁸. Como puede desprenderse del fallo citado, la delimitación entre una amenaza y el delito de apología del terrorismo resultaba difusa. El fallo versaba precisamente sobre el delito de apología del terrorismo a que se refería el art. 8 de la Constitución Política (derogado). No tenemos conocimiento de fallo alguno que con posterioridad a la reforma de la ley 19.027, hubiere sancionado por la amenaza de cometer delitos de terrorismo.

A.6) De acuerdo al examen realizado la conducta en los delitos de terrorismo en la ley 18.314 ha de realizarse mediante la violencia ya sea en forma real (violencia concreta) o abstracta (amenaza seria y verosímil), siendo su naturaleza sistemática la que da unidad a la pluralidad de actos que conforman la estrategia terrorista, que no se agotan en su resultado inmediato, sino tienen un sentido de dinamicidad⁷⁹⁹, por cuanto ellas están proyectadas hacia a causar temor o intimidación, la creación de un estado de alarma, pánico, o terror, que de *lege data*, como aparece en el texto del art. 1 n°1 es la finalidad que persigue la conducta terrorista, y *lege ferenda*, en nuestra opinión, es tan solo un medio para alcanzar un fin político ulterior.

B.- El “temor”, alarma pública o terror como “medios” en la conducta.

El presente análisis tiene un carácter de *lege ferenda* puesto que, conforme al art. 1 n° 1 de la ley 18.314 la finalidad de causar temor en toda la población o una parte de ella de verse expuesta a delitos de la misma naturaleza, es un elemento teleológico que desde el punto de vista dogmático se corresponde con un elemento subjetivo del tipo que debe ser abarcado por el dolo del autor.

B.1) Algunas precisiones conceptuales.

La ley 18.314 emplea la expresión “causar temor” y no “alarma pública”, o “terror”, como suele emplearse en algunas concepciones doctrinales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que deberemos acudir a su significado natural y obvio. “Temor” implica una “pasión del ánimo, que hace rehuir o rehusar las cosas que se consideran dañosas, arriesgadas o peligrosas”, “presunción o sospecha”⁸⁰⁰, que en el caso sublite debemos interpretar como la preocupación o intranquilidad de verse expuesto a sufrir ataques semejantes (delitos de terrorismo). La alarma significa “inquietud, susto o sobresalto causado por algún riesgo o mal que repentinamente amenace”⁸⁰¹, designándose el sustantivo “pública” para hacer presente que esta inquietud es generalizado en la población. “Terror” es un “miedo muy intenso”⁸⁰². Se trata, por tanto de peculiares estados psicológicos que difieren en su intensidad. Parece ser que temor es algo menos que alarma y ésta a su vez, menos que terror.

Terror es, por tanto, “la violencia que se aplica de una manera ostentosa e inesperada, en forma tal que se cree un estado de temor y consternación en un grupo generalizado de personas”⁸⁰³, temor que podríamos identificar con la percepción de una amenaza mortal y azarosa frente a la cual no existen alternativas sino incertidumbre⁸⁰⁴. La característica principal

⁷⁹⁸ RDJCh. Año 1988, N°2. Sección IV, Mayo - Agosto. p. 63. SCA, contra Clodomiro Almeyda M. Véase supra Cap. V. II.1.- *La legislación chilena...*, epígrafe 2.1.a. *¿Y el concepto de terrorismo?*.

⁷⁹⁹ EBILE, J. 1985, pp.128-129.

⁸⁰⁰ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1956.

⁸⁰¹ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.80.

⁸⁰² R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1969. Conviene asimismo distinguir entre terror y terrorismo. El término terror viene a designar un peculiar estado psicológico de extremo temor y ansiedad, la adición de “ismo” viene a elevar el concepto del ámbito de la psicología, para situarlo en las esferas de las creencias y las ideas, en cuanto procesos de “producción” o inducción y utilización del terror con determinados fines.

⁸⁰³ MONTEALEGRE, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. AHC, Santiago de Chile, 1979, p.270.

⁸⁰⁴ JIMÉNEZ, Gustavo. *Violencia y terrorismo*, CIPIE, Madrid, 1983, p.39.

del terror es que no se agota en el hecho material que se ejecuta violentamente, sino que prolonga sus efectos en la conciencia de una sociedad, desde que intenta destruir voluntades o “imponer una conciencia particular, que parte por negar la de los otros”⁸⁰⁵, y forzarla a actuar en pro de sus demandas mediante la intimidación⁸⁰⁶.

Para ello el hecho ejecutado ha de tener la suficiente entidad y capacidad para crear terror⁸⁰⁷ o al menos el sentimiento de inseguridad en la sociedad, capacidad que estimamos solo puede adquirir en la medida que forma parte de una estrategia diseñada por una organización consistente en la ejecución reiterada y sistemática de delitos. En este sentido el terror es, a manos del que lo utiliza, un arma que apunta explícitamente a la mente de la sociedad, un arma de doble filo porque nada asegura que ésta, en lugar de ceder a sus requerimientos, aumente su rechazo a un grupo por el hecho de recurrir a tales métodos, con lo que el acto terrorista resulta contraproducente para sus propósitos. El que comete delitos de terrorismo, así y todo, apuesta a la función intimidatoria de la fuerza.

Hemos dicho que el acto ha de tener la entidad suficiente para crear terror. Empero, resulta difícil probar cuándo puede darse esta entidad ya que no todos los individuos reaccionarán de la misma manera frente a una amenaza inminente o a la intimidación. Bajo ciertas circunstancias una amenaza que para algunos puede significar el inicio del terror propiamente tal, en otros significará la mera producción de un estado de alerta⁸⁰⁸. Ello ha llevado a algunos autores a estimar que el proceso de desencadenamiento del terror tendría un carácter fundamentalmente irracional, porque no es posible prever con exactitud la reacción de las víctimas aterrorizadas⁸⁰⁹. Por tanto, no es posible hacer una "lista" de acciones que produzcan terror, puesto que los hechos se encuentran mediatizados por factores culturales, contextuales e incluso de personalidad.

B.2) El efecto de alarma pública como elemento común a todos los delitos. La alarma como resultado posible en los actos de terrorismo.

Sobre la base de lo anterior podría decirse que la relación entre la violencia ejercida de modo sistemático y la generación de un estado de temor, alarma pública o terror, tiene una naturaleza de causa-efecto, en el que la alarma pública puede ser considerada como un “resultado” de la actividad terrorista⁸¹⁰, pero que no es privativo de esta criminalidad ya que el efecto de alarma pública se encuentra en mayor o menor medida presente en toda clase de delitos. Esta afirmación ha sido aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, para Juan PAVÍN, existen ciertos sectores o capas sociales en los que la delincuencia social se manifiesta a través de la comisión de actos que, sin revestir los caracteres de terroristas, suelen causar estados más o menos permanentes de temor o amedrentamiento social, como ocurre por ejemplo con asaltos practicados por bandas o pandillas. A ello debe sumarse el hecho de que el Código Orgánico de Tribunales, antes de que en Chile se advirtiera la necesidad de dictar leyes

⁸⁰⁵ DOMÍNGUEZ VIAL. 1990, p.8.

⁸⁰⁶ A este respecto MONTEALEGRE señala: "el significado especial que hoy tiene el terror indiscriminado, radica en la intimidación sistemática de la opinión pública internacional para forzarla a influir en autoridades locales que controlan una determinada situación política, en la que el grupo terrorista se siente fatalmente oprimido y en la que estima que su única alternativa es la fuerza". MONTEALEGRE, H. 1979, p. 271.

⁸⁰⁷ En esta opinión en la doctrina chilena DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp.203-204. También puede deducirse de la conceptualización de terrorismo que hace DOMÍNGUEZ VIAL desde que se refiere a “actos capaces de producir terror”. Ob. cit., 1990, p.21. Supra Apartado 1°.

⁸⁰⁸ JIMÉNEZ, G. 1983, p.42.

⁸⁰⁹ Así WILKINSON, P. *Political Terrorism*, Londres, 1974, Capítulo III. En similar sentido BENTHAM, *Tratado de legislación civil y penal*, T. I, Madrid, 1981, p.231, citado por LAMARCA, C. 1985, p. 77 que acoge su postura. En Chile DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 170.

⁸¹⁰ En España, LAMARCA, C. 1985, p.77.

antiterroristas, ya contemplaba la designación de un ministro en visita extraordinaria, por razón de cometerse un delito que hubiese producido alarma pública⁸¹¹.

La jurisprudencia de la Corte de Apelaciones se ha manifestado de manera similar estimando que “no todos los delitos terroristas” crean un “terror o peligro común como resultados”, “ni todos los que lo crean son terroristas”, ya que “toda conducta delictiva produce una cierta alarma, siendo por su parte la propaganda del terror una consecuencia accidental, que normalmente, pero no siempre, se produce en el terrorismo”, pudiendo estimarse que la alarma “es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista”⁸¹².

Si a la eventualidad de que la citada alarma se produzca o no, dependiendo de la capacidad del acto para crearla, sumamos el alto poder de sugestión desarrollado por los medios de comunicación, es muy probable que nos encontremos ante un escenario político y social distorsionado. En *nuestra opinión*, el despliegue propagandístico ha ido convirtiéndose paulatinamente en un verdadero factor de alarma institucionalizado, de tal manera que el hecho delictivo no basta por sí mismo como fuente de terror, sino que pasa a convertirse en un elemento cuyos efectos son operables o manejables por los medios de difusión, ya para atenuar o moderar sus efectos psicológicos, ya para hacerlos patéticos o dramáticos⁸¹³. Al introducirse en la opinión pública estos sentimientos de alarma social se crea, como dice SERRANO PIEDE CASAS⁸¹⁴, “una falsa representación de solidaridad frente al enemigo común”, que exige una mayor reacción penal para combatir eficazmente este tipo de delincuencia. En este contexto, el Derecho Penal es objeto de una verdadera manipulación política para que asuma la defensa del sistema social y posteriormente la legitimación de un tratamiento más represivo, todo lo cual forma parte de la *función simbólica* del mismo.

B.3) Toma de posición: el efecto de temor, alarma o terror como instrumento.

Siendo por tanto el efecto de terror, alarma o intimidación un elemento de difícil delimitación que se encontrará presente en mayor o menor medida en todos los delitos, y cuya entidad dependerá de característica incluso psicológicas de los individuos en los que se crea, no resulta útil para definir jurídicamente el terrorismo. Si bien puede aceptarse desde el punto de vista fenomenológico su existencia, no es un factor exclusivo que sirva para caracterizar desde el punto de vista sustantivo penal, el terrorismo⁸¹⁵. Y es de lamentar que así sea considerado en el art. 1 n°1 de la ley 18.314, en tanto que elemento cualificante de las conductas para que se configuren típicamente como delitos de terrorismo, puesto que existe una contradicción con el principio de legalidad, y específicamente al de taxatividad en las normas penales, al construirse

⁸¹¹ PAVIN, Juan. *"Terrorismo y móvil político"*. Doc. de circulación privada, p. 3. Cit. por DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.170.

⁸¹² SCA de Santiago, de 13 Nov. 1992, *considerando séptimo (caso Edwards)*, en *Gaceta Jurídica* N°149, 1992, p.90

⁸¹³ Al respecto, reparemos en la situación que se dio en Chile en la década de los noventa en relación a delitos contra la propiedad realizados tanto por delincuentes comunes como por integrantes o relacionados con organizaciones insurgentes. Este tipo de acciones, durante la década de los ochenta aparecían en las páginas interiores de los periódicos. No obstante, desde fines de la misma y durante los primeros años noventa, por pequeños que ellos fueren aparecían en las primeras planas apareciendo así que los grupos que los cometían eran más violentos y organizados de lo que en realidad fueron, y todo ello a pesar de que tal como reconoció en ese entonces el Ministro de Interior Sr. Luis Toro, no había podido comprobarse estadísticamente un aumento de la delincuencia terrorista, sino una mantención en los niveles de ésta desde 1989. TORO, Luis. *"La seguridad ciudadana en Chile"*. V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología. Santiago, Chile, Mayo 1993.

⁸¹⁴ SERRANO PIEDECASAS, JR. 1999, pp.15-16.

⁸¹⁵ En España, por todos, LAMARCA, C. 1985, pp.77 y ss. En Chile DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp.185 y ss. Es la opinión también de E. PAILLÁS: “ Tampoco es la alarma pública un factor que sirva para caracterizar el acto terrorista, pues un homicidio, un robo...producen alarma en la sociedad: cada persona siente el fundado temor de sufrir un ataque semejante...”, Voto disidente en SCA de Santiago, de 13 Nov. 1992 (*caso Edwards*), en *GJ* N°149, 1992.

los tipos penales sobre la base de nociones genéricas, indeterminadas e inciertas en su prueba. De ahí que el legislador acuda al sistema de las presunciones.

Pero si pensamos por otra parte que la violencia terrorista sirve en cierto modo como generadora de mensajes utilizando para ello también los medios de comunicación⁸¹⁶, y que lo que pretende es imponer por la fuerza sus posturas desechando los canales de participación democrática, tendremos que reconocer que la creación o el resultado de alarma constituye para ella un instrumento que algunos autores denominan “fin provisorio”⁸¹⁷. Así por ejemplo, el atentado contra un cuartel policial perpetrado por integrantes de una asociación ilícita terrorista, busca indudablemente crear un estado de alarma o terror en dicho sector de la población (finalidad provisoria del delito), no obstante, su objetivo no se agota en este fin, más allá de él, lo que persigue es un ataque a instituciones del sistema político que se pretende alterar (finalidad última del delito).

Por ello es que, en nuestra opinión, no puede prescindirse en los elementos para un concepto jurídico de terrorismo de la consideración de la *alteración de la tranquilidad pública que trae como consecuencia la comisión de actos que atentan contra los derechos humanos*, es decir, de la *finalidad, aunque no última, de "intimidar a la población" para que ella, sobre la base del miedo, adhiera o se someta a determinadas concepciones políticas o ideológicas*. Tanto el radicalismo insurgente que carece de un apoyo de masas, como el Estado autoritario o dictatorial que pretende imponerse por la fuerza, buscan crear esta intimidación. Más, el resultado de terror, no puede considerarse, al igual que los métodos de acción violenta, como un elemento esencial en los delitos de terrorismo. En este sentido se ha pronunciado un sector de la jurisprudencia española, Audiencia Nacional, refiriéndose a las finalidades de creación de alarma, de inseguridad ciudadana, o de causar terror, como *finés instrumentales o inmediatos*⁸¹⁸, criterio que también es asumido por un sector de la doctrina, entre ellos VIGNA⁸¹⁹, LAMARCA⁸²⁰, DE PRADA SOLAESA⁸²¹ y BUENO ARÚS⁸²².

En la conducta el terror se manifestará por tanto, como “una tendencia” de la misma⁸²³. Se trata, como expone ORTEGO COSTALES⁸²⁴, de una “proyección de la conducta que por su propia naturaleza y con independencia del móvil, ha de tener una especial capacidad e inclinación para la producción de un determinado resultado o efecto”. El terror tendría, por tanto, una naturaleza esencialmente subjetiva al ser una perturbación del ánimo, pero debe ser

⁸¹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel. “*Prensa, opinión pública y terrorismo*” en *Terrorismo Internacional*, dirig. Por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp.65-80, esp. p.p.68-70.

⁸¹⁷ JIMÉNEZ, G. 1983, pp. 67 y ss.

⁸¹⁸ Así SAN 2/1981, 22/1981, 25/1981 y 39/1981 (Secc. 3ª); 71/1984 (Secc.2ª); 66/1985 y 83/1985 (Secc.1ª), 27/1986 (Secc.3ª). También puede deducirse de STC 199/1987 de 16 de diciembre, de SAN de 26-04-2000 (*Caso Lasa y Zabala*) y de STS de 29-07-1998 (RJ 1998/5855, *Caso Marey*) cuando enumeran los elementos que integran el concepto de banda armada terrorista.

⁸¹⁹ Así para VIGNA: “la propagación del terror es una consecuencia accidental que normalmente se produce en el terrorismo. La alarma es el resultado posible del carácter sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además una violencia instrumental orientada a la consecución de determinados fines, por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”. VIGNA, *La finalidad di terrorismo ed eversione*, Ed. Giuffré, Milano, 1981, cit. por LAMARCA, C, 1985, p.78.

⁸²⁰ LAMARCA, C. “*Sobre el concepto de terrorismo...*”, ob. cit. 1993 a), pp.546-547.

⁸²¹ DE PRADA SOLAESA, 1996, p.74.

⁸²² BUENO ARÚS. 1984, p.119, al señalar que “paz social u orden en la calle” son “los bienes o expectativas sociales mas directamente vulnerados por el terror y la alarma que los terroristas pretenden crear en beneficio de sus propios fines”.

⁸²³ En esta postura WACIORSKI, J. “*Le terrorisme politique*”, A. Pedone, Paris, 1939. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, pp. 185 y ss., 203 y ss., en España, ORTEGO COSTALES. *Ensayo sobre la parte especial del Derecho Penal*, Tenerife, 1959.

⁸²⁴ ORTEGO COSTALES, 1959, p.87.

considerado objetivamente en sus causas⁸²⁵. Esto es, el terror (subjetivo) proviene de una cualidad objetiva: el carácter sistemático y reiterado de los delitos que se realizan en el marco de la asociación terrorista, que representan un peligro latente, en cuanto forman parte de su estrategia de desestabilización política.

3.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: LA CONDUCTA.

Conforme a los arts. 571, 572, 574 y 577 del CP la conducta típica consiste en determinados actos que pueden ser llevados a cabo, de un lado, por sujetos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y de otro lado por sujetos que no tiene relación con estas entidades.

A.- ACTOS REALIZADOS POR SUJETOS RELACIONADOS CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS.

Los arts. 571, 572 y 574 del CP configuran los delitos de terrorismo como delitos especiales que solo pueden ser cometidos por sujetos que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas organizaciones o grupos terroristas. Los verbos rectores son por tanto: pertenecer, actuar (al servicio) y colaborar.

A. 1. *La pertenencia o integración en banda armada, organización o grupo terrorista.*

Según su sentido natural y obvio *pertenecer* significa ser parte integrante de una cosa⁸²⁶, luego, *pertenecientes* serán aquellos individuos que se encuentran integrados en bandas armadas, organizaciones, o grupos terroristas, es decir, *intraneus* a las citadas organizaciones. La jurisprudencia ha destacado que la pertenencia alude a quien es “miembro” de la organización y forma parte de ella, siguiendo sus directrices, sirve –y no ayuda, como el colaborador- a los objetivos y propósitos perseguidos. La pertenencia, así concebida, supone la existencia de unos vínculos de alguna manera estables, que le determinan a asumir la jerarquía y disciplina de la organización⁸²⁷.

Hay que distinguir entre la integración en cuanto conducta típica de tipo agravado de asociación ilícita (art. 515.2 CP) y la integración tratándose de las conductas típicas de los delitos comunes enumerados en los arts. 571, 572 y 574 del CP. Para la doctrina mayoritaria, la integración en las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas es una conducta dolosa en la que el elemento subjetivo debe comprender tanto el conocimiento de que la asociación es lícita como la finalidad de alterar el orden constitucional, sin que sea necesario que el dolo abarque la concreta actividad delictiva a realizar, para la que basta un conocimiento genérico⁸²⁸. Por ello es que a la luz de los arts. 571, 572 y 574 del CP la integración se configura como un elemento del tipo⁸²⁹. El intraneus será autor directo⁸³⁰, tanto en el art. 515.2, como en los arts. 571 y ss., en la medida que realice las conductas típicas.

a) Manifestaciones de la integración en banda armada, organización o grupos terroristas.

⁸²⁵ A este respecto señala EBILE: "Es necesario que la sucesión de actos ejecutados tenga capacidad aterrorizadora" EBILE. 1985, p. 129. En Chile, en esta postura, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 204.

⁸²⁶ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.1584.

⁸²⁷ SAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

⁸²⁸ Por todos, LAMARCA. 1985, pp. 235, 1989, p.965. Tratándose de las bandas armadas comunes el dolo del autor debe abarcar asimismo el conocimiento de que la asociación es ilícita y genéricamente la actividad delictiva, pero no puede extenderse este conocimiento a la finalidad política, puesto que es éste el elemento que la distingue de la banda armada terrorista.

⁸²⁹ LAMARCA, 1999, p. 11.

⁸³⁰ CALDERÓN CERESO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1229, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.801.

La jurisprudencia señala que puede darse por probada la integración en una asociación criminal de esta naturaleza no solo a través de la confesión de los individuos acerca de su militancia en ellas⁸³¹, sino además por la realización de conductas tales como: formar parte de comandos de organizaciones terroristas⁸³², e incluso de pequeños grupos de apoyo o “taldes”⁸³³; la contribución económica al financiamiento de la organización a través de la entrega periódica de parte de su salario, que aunque en sí mismo es un acto de colaboración, es considerado manifestación de pertenencia cuando los individuos han declarado dejar de pertenecer a la asociación y continuaren contribuyendo económicamente⁸³⁴. En alguna ocasión se ha llegado a estimar como prueba de la pertenencia el compromiso de proporcionar periódicamente informaciones útiles a las organizaciones⁸³⁵, que en nuestra opinión es un acto de colaboración.

b) Punición de la pertenencia o integración en bandas armadas⁸³⁶.

La referencia a la pertenencia como elemento de lo injusto en los arts. 571,572 y 574 plantea el problema acerca de su aplicación conjunta con el tipo penal de la asociación ilícita. La jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto a la posible consunción de la asociación ilícita en estos específicos actos delictivos, negando tal posibilidad en algunas ocasiones y afirmándola en otras.

En la primera opción, el Tribunal Supremo ha estimado que la integración en banda armada, organización o grupo terrorista es un delito que tiene entidad propia, al margen de los ulteriores delitos en los que el miembro de la organización pueda participar, y que como tal constituye un delito de asociación ilícita, pudiendo estimarse que ésta es “algo preparatorio respecto a esas otras infracciones criminales, pero no en relación con un hecho determinado y aislado, sino como plataforma desde la cual se delinque luego en abanico y hacia muy distintas direcciones”, de manera tal que “cada hecho delictivo posterior tiene su propio ‘iter criminis’, así como sus actos preparatorios en sentido estricto, razón esta por la que la intervención de la banda como colectivo queda en un estadio todavía más lejano, amorfo y polivalente a la vez”. “Quiebra, pues, todo intento de consunción en esos otros comportamientos criminales, individualizados y de distinta naturaleza”⁸³⁷. Esta idea se ve reafirmada en otras sentencias, de la Audiencia Nacional, en las que se enfatiza que la asociación ilegal es un delito de naturaleza eminentemente formal y pasiva, que se sanciona por el mero hecho de existir, “sin que absorba las actividades delictivas que la asociación realiza”⁸³⁸.

En la segunda opción, el mismo Tribunal Supremo, en otra ocasión, ha afirmado que “existe una subsidiariedad tácita que hace que la punición de la integración o colaboración quede absorbida por la de los delitos más graves que hayan cometido”⁸³⁹. Esta idea también puede deducirse de otras sentencias en las que se señala que para la comisión de los delitos comunes (incendios o estragos del art. 571 CP), se requiere “una actuación en grupo de personas integradas o al servicio de agrupaciones o bandas con el fin específico citado, sin que sea necesario una especial o particular forma o estructura organizativa”⁸⁴⁰, es decir, la pertenencia,

⁸³¹ STS 22-12-1995, SSAN de 8-06-1999, núm 22/1999 (ARP 1999/2279), 24-06-1999, núm. 24/1999 (ARP 1999/2197), 18-05-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161), 30-03-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095)

⁸³² SSAN de 24-06-1999 (ARP 1999/2197), 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654), 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

⁸³³ Auto del TS de 28-10-1998 (RJ 1998/8562).

⁸³⁴ STS 22-12-1995.

⁸³⁵ STS de 17-03-1997. Ponente, Sr. Enrique Bacigalupo Zapater: “es pertenencia a banda armada la conducta del que durante largo espacio de tiempo facilita información a ETA sobre policías y guardias civiles” .

⁸³⁶ Infra Cap. VII, *Análisis de los tipos penales...* II. 1. *La asociación ilícita terrorista*.

⁸³⁷ Así STS de 30-1-1989 (RJ 1989/608).

⁸³⁸ SAN de 24-06-1999, núm 24/1999 (ARP 1999/2197), SAN 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

⁸³⁹ SSTS 17-03-1992 (RJ 1992/2147) , 17-11- 1994 (RJ 1994/2021). Cfr. LUZÓN CUESTA, 1998, p.361.

⁸⁴⁰ STS de 20-01-1984, 30-01-1984, 16-06-1984, 5-07-1984, 17-09-1986. Cfr. BARÓN QUINTERO. 1999, pp.

actuación al servicio, y colaboración se entienden a estos efectos como un requisito del tipo penal respectivo.

La doctrina mayoritaria se ha pronunciado mas bien acogiendo la primera opción indicando que el delito de asociación ilícita terrorista es un tipo penal autónomo ajeno a la realización efectiva de otros delitos concretos, debiendo resolverse el problema castigando como concurso de delitos⁸⁴¹. Aplicar además de los tipos penales específicos (arts. 571 y ss CP), el delito de asociación ilícita, supondría una vulneración al principio de *non bis in ídem* al poderse estimar que se está castigando doblemente el hecho de pertenecer a una organización terrorista⁸⁴², principio que se encuentra incluido en el principio de legalidad y sancionado por los arts. 25 y 9.3 de la CE. Esta idea última ha sido considerada también en alguna ocasión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁴³.

En nuestra opinión, la doble incriminación se produciría no solo en el caso en que se pretendiera penar las dos infracciones por separado, sino que también en teoría se produce si aplicamos la regla concursal para resolver el problema. El concurso medial que preve el art. 77 se rige por el principio de “exasperación o asperación”⁸⁴⁴ que trae como consecuencia la aplicación de la pena asignada “al delito más grave” en su mitad superior. Esto supone que en el caso sublite se estaría considerando la pertenencia o integración tanto como conducta en el delito de asociación ilícita y a la vez del delito común cometido, y que se debe aplicar una sola pena pero agravada, lo que CUERDA RIEZU llama “absorción agravada”⁸⁴⁵. De donde resulta que en lugar de aplicarse solo la pena por la realización de los elementos del tipo en el delito “común-terrorista” cometido, se está sancionando además dicha pertenencia por concepto de asociación ilícita.

Hay que considerar que en los arts. 571 y ss. del CP se sancionan los “actos de delincuencia común que se realizan en el marco de la asociación ilícita que tiene por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública”⁸⁴⁶, luego, la pertenencia a banda armada constituye un verdadero elemento de lo injusto en dichos tipos penales⁸⁴⁷. La sanción prevista por la norma procede en el caso que se realicen todos los elementos del tipo penal, por lo que entendemos junto con GIMBERNAT que cabe aplicar aquí el principio de la consunción de manera tal que el tipo asociativo queda absorbido por el “delito de terrorismo” realizado⁸⁴⁸.

A.2. *Actuación al servicio, colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*⁸⁴⁹.

Actuar al servicio y colaborar supone la conducta de un *extraneus* a las citadas organizaciones, ya que se trata de personas que no estando integradas en las mismas cometen los delitos mencionados en los arts 571 y ss. y con las mismas finalidades que aquellas pudiendo

273-274.

⁸⁴¹ LAMARCA, C., 1989, p.968, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.75, PRATS CANUT, 1996 a), p.1585, 2ª ed. 1999, p.1625.

⁸⁴² DE PRADA SOLAESA, 1996, p.75. En la misma opinión LAMARCA, 1999, p.11.

⁸⁴³ También la jurisprudencia indicó en una oportunidad: “ La Sala sentenciadora no aplica el art. 174 bis b) CP...no procede aplicarlo cuando los dos encausados se encuentran acusados en otro proceso ...y respecto de la misma organización del delito de integración en banda armada del art. 174.3 CP”, ya que lo contrario “daría lugar al quebrantamiento del *principio ne bis in ídem*...” (STS 19-05-93).

⁸⁴⁴ MIR PUIG, 1996, p. 664.

⁸⁴⁵ CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp.167 y ss.

⁸⁴⁶ PRATS CANUT, 1996 a), p.1585, 2ª ed. 1999, p.1625.

⁸⁴⁷ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.801, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.75.

⁸⁴⁸ Cfr. MESTRE, E. 1987, p. 194, nota 124.

⁸⁴⁹ *Infra* Cap. VII.

realizarlos tanto a título de autoría como de participación⁸⁵⁰. Cabe hacer dos distinciones: La primera, en lo relativo a la diferencia entre actuar al servicio de la banda armada y colaborar con ella. La segunda, la colaboración que se presta en el marco de los arts. 571,572 y 574 del CP y la colaboración que tipifica como delito autónomo el art. 576 del CP.

La ley no señala qué debe entenderse por “actuar al servicio de”, en cambio sí nos indica en el art. 576 qué debe entenderse por actos de colaboración estableciendo una penalidad específica para ellos. Remitámonos en primer lugar al sentido natural y obvio de los verbos rectores. Actuar significa, entre otros, “obrar, realizar actos libres y conscientes” y estar al servicio implica “ofrecer alguna cosa, ponerse a disposición”. Colaborar significa “contribuir, ayudar con otros al logro de un fin”⁸⁵¹.

Aplicando estos conceptos puede decirse que, como acierta CARBONELL MATEU⁸⁵², *actuar al servicio* de banda armada, organización o grupo terrorista significa tanto “actuar para ellas”, como realizar actos “a cargo de las mismas” o “en nombre de ellas”, en cambio *la colaboración*, a efectos de los arts. 571,572 y 574 debe entenderse como “la contribución”, mediante la ejecución de delitos, “a la estrategia” de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que no es sino la comisión de delitos comunes “con la finalidad de subvertir el orden constitucional como la paz pública”. Luego, acudir al elemento teleológico resulta ser el criterio más adecuado para diferenciar ambos tipos de conductas, mientras la colaboración implica el actuar con las mismas finalidades que la banda armada, organización o grupo terrorista, ya sea subvertir el orden constitucional, ya para alterar la paz pública, la actuación al servicio implica actuar por cuenta de estas organizaciones pero que no comparte la finalidad perseguida, cuyo ejemplo mas claro es el que actúa por precio o recompensa.

Para DE PRADA SOLAESA⁸⁵³ tanto la actuación al servicio, como la colaboración suponen una relación esporádica desde el exterior de la banda armada. Aceptamos este criterio siempre y cuando se refiera a su diferencia con la pertenencia en las organizaciones ya que los actos de colaboración, como la contribución económica, información o vigilancia pueden tener en algunas ocasiones periodicidad sin que por ello constituyan la conducta de pertenencia.

La jurisprudencia no parece establecer diferencia entre la actuación al servicio y la colaboración, ambos en cuanto elemento de lo injusto penal. Mas bien apunta a la distinción entre la colaboración a efectos del art. 576 del CP y la pertenencia o integración en banda armada, señalando que en la colaboración el sujeto no es miembro de la organización, luego no existen vínculos estables y permanentes que le determinen a seguir sus directrices, solo ayuda a los objetivos y propósitos perseguidos⁸⁵⁴. En alguna ocasión, ha tendido a equiparar los conceptos de actuación al servicio con colaboración, realizando una valoración global de hechos cometidos bajo la vigencia del CP de 1973, calificando jurídicamente como acto de colaboración del art. 174 bis b), la actuación por precio o recompensa de un individuo que tenía plena conciencia de que estaba participando en una acción de una banda armada⁸⁵⁵. En otra ocasión ha tendido a subsumir la conducta de actuar al servicio de banda armada dentro de las conductas que pueden desplegar los colaboradores e incluso los propios integrantes. Hay que destacar, en todo caso, que la calificación jurídica se realizó de esta forma para suplir un problema procesal (falta de acusación)⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ LAMARCA, 1999, p.11, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, P.1228.

⁸⁵¹ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, 21ª edición, T.II, Madrid, 1992, p.35 y 1870, p.504.

⁸⁵² CARBONELL MATEU, 1996 a), pp.802-803. Similar, LAMARCA, 1999, p.12.

⁸⁵³ DE PRADA SOLAESA, 1996, pp.75-76.

⁸⁵⁴ SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197).

⁸⁵⁵ SAN de 4-6-1999, núm. 124/1999 (ARP 1999/2194).

⁸⁵⁶ SAN 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654). Se estimó como acto de colaboración: miembro del comando “Katu” vinculado con ETA, que coloca un artefacto explosivo en un cajero automático. La calificación más oportuna sería la del delito de estragos por perteneciente a banda armada, calificación imposible por falta de acusación, al

A.3.- Naturaleza jurídica de estas conductas y su sanción.

Tanto la pertenencia como la actuación al servicio y la colaboración (supuesto que se “obra libre y conscientemente”), son conductas de *autoría directa*⁸⁵⁷, sin que pueda entenderse que la colaboración se refiere a conductas de participación tales como la complicidad (como sí ocurre en el art. 576) ya que en los arts 571,572 y 574 se requiere que el sujeto “cometa” un hecho delictivo.

La verdad es que tratándose de delitos de terrorismo el autor es más bien la propia organización terrorista, la que a través de sus dirigentes diseña la táctica delictiva a seguir supeditándola a la estrategia política. Se trata de un supuesto de autoría mediata ya que quien proyecta las acciones y ordena su ejecución son los directivos de la asociación. Ellos tendrían el dominio del hecho, apareciendo el resto de los miembros de la organización, esto es, quienes llevan a cabo materialmente las acciones, como verdaderos instrumentos al servicio de la asociación ilícita, aunque actúen con plena conciencia⁸⁵⁸. No es ésta, sin embargo, la opinión de otros autores para quienes se trata de un supuesto de coautoría entre los que ejecutan materialmente la acción y los directivos de la organización terrorista, aunque estos no ejecutaren materialmente el hecho⁸⁵⁹.

El problema que se plantea es la equiparación de pena para la conducta de *pertenencia* a una organización terrorista y la *colaboración* con la misma cuando se cometieren delitos comunes o contra las personas. Es decir, la pena aplicable para quien perteneciendo a una banda armada comete un delito de estragos (art. 571) es exactamente la misma para quien comete ese mismo delito sin pertenecer a la banda armada pero ayudando al logro de sus objetivos. Esta situación se plantea más claramente cuando se trata de conductas que pueden ser sancionadas ya a título de colaboración genérica y autónoma (art.576), ya como forma de participación específica en el delito de que se trate, como ocurre en el caso del mediador en los delitos de detención ilegal o amenazas (art. 572.3), que siendo siempre un tercero ajeno, y que por tanto, no tiene el dominio del hecho, puede incomprensiblemente llegar a ser considerado coautor en los delitos concretos de que se trata⁸⁶⁰.

De ello se deduce que, efectivamente, para el legislador lo que interesa es la finalidad perseguida por las organizaciones terroristas, cuestión que no presenta mayores objeciones. Y también podría pensarse como advierte alguna doctrina⁸⁶¹ que es “el acto” cometido lo que se

realizarla el Ministerio Fiscal sobre la base de un delito de daños.

⁸⁵⁷ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 801-802. LUZÓN CUESTA, 1998, p.361. Similar POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 905. Opinión distinta sostiene Carmen LAMARCA, para quien tanto uno como otro, así como el “integrante” pueden ser autores, coautores o partícipes del hecho delictivo. LAMARCA, 1999, p.12.

⁸⁵⁸ Así GÓMEZ BENÍTEZ, “*El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*”, en ADPC, 1984, pp.104 y ss., el mismo, *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*, Madrid, 1984, pp.124 y ss.; MIR PUIG, *DP.PG.*, 1996, pp.355 y ss., ROXIN, “*Sobre la autoría y participación en el derecho penal*”, en *Problemas actuales de las ciencias penales*, Libro homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, pp.55 y ss., el mismo “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”, en *Rev. Penal*, N°2, Ed. Praxis, julio 1998, pp. 61.65; también en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 191-198; LAMARCA, C. “*La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*”, en *JpD* n°20, 3/1993 b), pp.51- 65, DE FIGUEIREDO DIAS, J. “*Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.99-107.

⁸⁵⁹ Por todos MUÑOZ CONDE. “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 151-159.

⁸⁶⁰ Mas ampliamente Cap. VII: Digresión sobre la conducta del mediador o intermediario: ¿Colaboración o participación?, ¿atipicidad o justificación?.

⁸⁶¹ Así PRATS CANUT, 1996 a), p.1591, 2ª ed. 1999, p.1631; CARBONELL, 1996 a) p. 806, BARÓN QUINTERO, 1999, p.279, GARCÍA CALVO y MONTIEL, R.2000, marg.1020.

yergue como elemento primordial en los conceptos de terrorismo. Sin embargo, entrelíneas puede advertirse que la consideración del elemento estructural en estos delitos sigue siendo substancial, al punto de asignar el mismo desvalor a la conducta del integrante y el colaborador. Con ello, y por una parte, se pierde la orientación político criminal que sustenta la mayor punición de la integración en las bandas armadas o grupos terroristas, y por otra parte, se potencian los efectos criminógenos de este tipo de legislaciones.

Nos encontramos, por tanto, ante una ampliación de las modalidades participativas en las asociaciones ilícitas y que responde – una vez más- al deseo de agravar las sanciones en materia de terrorismo supliendo la falta de pruebas mediante la ampliación del ámbito de la responsabilidad criminal⁸⁶², sacrificando el principio de proporcionalidad en las penas al establecer una regla excepcional en materia de participación.

La conducta de colaboración con banda armada puede plantear problemas de concurso de normas con el delito autónomo de colaboración con banda armada u organización terrorista descrito en el art. 576 del CP, a cuyo examen nos avocaremos dentro del capítulo siguiente. Por ahora baste señalar que tanto la jurisprudencia como la doctrina han estimado que tal concurso debe resolverse de conformidad con el art. 8 CP, encontrándose ambos en una relación de subsidiariedad tácita⁸⁶³.

B.- ACTOS REALIZADOS POR SUJETOS NO RELACIONADOS CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS.

Las conductas incriminadas en el art. 577 son básicamente las mismas que las descritas para el caso del sujeto relacionado con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Pero a diferencia de ellas tienen un régimen punitivo propio. Por una parte, las conductas incriminadas no coinciden en su totalidad con las tipificadas para las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas⁸⁶⁴ y por otra parte, no le es aplicable lo dispuesto en el art. 572.2, que establece una agravación de penas sólo en relación con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. No cabe agravar la pena (por el art. 572.2) del que actúa al margen de las organizaciones cuando las víctimas sean miembros de las Fuerzas armadas, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Policía de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, o que ostenten determinados cargos políticos enumerados en el art. 551.2 (miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional).

Estimamos que este régimen punitivo que hace inaplicable la agravación de la pena en este caso, se encuentra acorde con los criterios político criminales que asume el legislador en el CP de 1995⁸⁶⁵ ya que, de un lado, la mayor penalización se efectúa para los casos de conductas realizadas por individuos relacionados con bandas armadas u organizaciones terroristas, y por otra parte, porque el CP otorga un contenido restrictivo a la protección de la autoridad permitiendo pasar de la protección “del órgano” a la protección de “las funciones”, lo que queda demostrado si consideramos que el CP de 1995 suprimió los delitos de desacato contenidos en los arts. 542 a 544 del CPC⁸⁶⁶.

⁸⁶² Así LAMARCA, 1985, pp. 248-250.

⁸⁶³ STS. 17-03-1992 (RJ 1992/2147). En la doctrina DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76.

⁸⁶⁴ *Infra* Cap. VII, punto II, 4. *Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.* (art. 577)

⁸⁶⁵ En contra FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER, 1998, p. 407 para quienes el atentado terrorista contra un miembro de las Fuerzas de Seguridad del Estado debe recibir el mismo castigo “sea cometido por terroristas que formen grupo o por un terrorista aislado”.

⁸⁶⁶ Cfr. LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, 1996, p.201.

II. TIPO SUBJETIVO

1.- EL DOLO Y LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO.

La descripción típica de los delitos de terrorismo tanto en la legislación chilena como en la española exigen la realización de cualquiera de las conductas (delitos comunes) con determinadas finalidades. En el caso de la legislación chilena las conductas enumeradas en el art. 2º de la ley 18.314 para ser calificadas como delitos de terrorismo deben ser realizadas con alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 1º: producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, o arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. En el CP español, la configuración típica de los delitos de terrorismo exige que el agente cometa los delitos comunes con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Esto significa que: *Primero*, no basta con la realización del tipo objetivo, sino que se requiere además de dolo. *Segundo*, además de este dolo se requiere una determinada “finalidad” o “propósito”, debiendo dilucidarse si ésta se corresponde con un móvil, un dolo específico o con auténticos elementos subjetivos del tipo.

El dolo, concebido como el conocimiento y voluntad de realización del tipo, el saber y querer el acto ilícito⁸⁶⁷, debe referirse a la realización de los elementos del tipo⁸⁶⁸, más no a la lesión del bien jurídico, ya que, ni la norma ni el bien jurídico forman parte del tipo, sino que se anteponen al mismo⁸⁶⁹. Con ello quiere decirse que en los delitos de terrorismo (que son siempre conductas dolosas) el *dolo genérico* ha de referirse a los elementos del tipo penal que se describe en la ley y que se refiere -normalmente- al delito común. Así por ejemplo, en el delito de estragos del art. 346 del CP español, el dolo genérico habrá de referirse al conocimiento y voluntad de causar daños (destrucción) poniendo en peligro la vida o integridad de las personas. En el delito de estragos del art. 480 del CP chileno, el dolo ha de referirse tan solo a la destrucción a través de determinados medios (no exige peligro para las personas).

El dolo genérico no alcanza, por tanto, a las finalidades que el legislador exige para la calificación terrorista de la conducta, y que son las que se refieren directamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo protegido.

El dolo contenido en el tipo puede aparecer matizado por *elementos subjetivos* que son ciertos factores o situaciones motivacionales que dotan a éste y a la conducta de un cierto sentido especial, “tienen el contenido ético social de la acción en un determinado sentido”⁸⁷⁰. Pueden definirse como “todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización”⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ WELZEL, H. *DP. Alemán*, 12ª ed. Ed. Jurídica de Chile, 1987, p.95, ROXIN, 1997, p. 308.

⁸⁶⁸ MIR PUIG, *DP.PG.* 1996, p. 239, el mismo, “*Conocimiento y voluntad en el dolo*” en AA.VV. *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 11-35; QUERALT, J. “*El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad*” en AA.VV. *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. pp.37-52, esp. p.41, ROXIN, 1997, p. 308. Entendemos que el dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo global de injusto, es decir, tanto de los elementos objetivos del tipo indiciario (elementos positivos) como de la falta de concurrencia de causas de atipicidad y justificación (elementos negativos). Fundamentamos esta concepción en la *teoría de los elementos negativos del tipo*, cuya explicación es imposible de realizar en este lugar atendido que en los delitos de terrorismo es muy difícil que pueda concurrir una causa de justificación, salvo algunos casos aislados en el delito de colaboración con banda armada (mediación en la detención ilegal). Para una explicación sobre la concepción del dolo a la que adherimos, Cfr. LUZÓN PEÑA, 1996, pp.404-408.

⁸⁶⁹ ZAFFARONI. *Tratado de DP.*, Vol. III, 1982, pp. 22-223; GIL GIL, A., 1999, p.169.

⁸⁷⁰ WELZEL, 1987, p.113.

⁸⁷¹ MIR PUIG, 1996, p.262.

Su fundamento puede encontrarse o bien en *la necesidad de diferenciar conductas aparentemente iguales* sobre la base de los motivos y tendencias en que se funda la ilicitud, como por ejemplo, el *ánimo de lucro* en el hurto (art. 432 CPCh., art. 234 CPE); o bien en *la necesidad de una anticipación punitiva* por existir un mayor desvalor de acción⁸⁷². “El legislador quiere castigar verdaderos torsos de acción”⁸⁷³, que no han llegado a realizar la finalidad que les orienta. El fundamento del castigo radica en haber ya la conducta lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, no obstante que dicha lesión o puesta en peligro solo es jurídicamente relevante en consideración a los fines ulteriores perseguidos por el agente. Así por ejemplo, en el hurto, lo que se castiga es la apropiación de cosa mueble ajena en consideración al ánimo de lucro que lo inspira, luego, no hace falta que el autor se haya lucrado efectivamente con la cosa, porque el bien jurídico resulta lesionado con el solo hecho de la apropiación de aquello ajeno⁸⁷⁴.

Luego, los elementos subjetivos en el tipo pueden cumplir dos funciones: una función constitutiva del tipo legal y de lo injusto, ya que precisa o restringe el tipo legal concretando la conducta que se quiere castigar (y por ello tiene también una función garantizadora); y una función de adelantamiento de las barreras de protección penal⁸⁷⁵.

En el primero de los casos los elementos subjetivos solo sirven para identificar la forma concreta de lesión al bien jurídico que se quiere castigar, de tal suerte que esta lesión igualmente podría producirse sin la presencia de dichos elementos. El elemento subjetivo tiene por función concretar la acción lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa labor de concreción⁸⁷⁶. Así por ejemplo, el ánimo de lucro en el hurto (elemento subjetivo) viene a reducir el ámbito de la conducta de apropiación de cosa ajena a una conducta más concreta que será merecedora de castigo por lesionar el bien jurídico de una manera mas grave. En el segundo de los casos nos encontramos con elementos subjetivos que definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico protegido, o a la realización de una segunda acción cuyo resultado o mera realización representará la lesión del bien jurídico⁸⁷⁷.

Realizada esta aclaración y conforme a ella, la doctrina suele distinguir entre: *delitos de intención* y *delitos de tendencia*⁸⁷⁸.

Los *delitos de intención* presentan elementos subjetivos denominados “de tendencia interna trascendente”⁸⁷⁹ o de “intención trascendente”⁸⁸⁰. Ellos se refieren a una finalidad o motivo que trasciende a la realización del hecho típico. Por *intención*, entendemos, siguiendo a WELZEL, “la meta o finalidad que se persigue” con la realización del tipo, sin que sea necesario que se trate del fin último (el móvil)... basta con que sea la finalidad inmediata de la

872 CURY URZÚA, Enrique. *DP. PG.* Tomo I. Ed. Jurídica, Stgo, Chile, 1988, pp. 273-274-

873 CURY URZÚA, E. 1988, pp. 273-274.

874 Así en la doctrina chilena, CURY URZÚA, E. 1988, p.274. En la doctrina española, MIR PUIG, 1996, p.261, LUZÓN PEÑA, 1996, p.395.

875 BUSTOS, J. 1994, p. 292, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, pp.72-73.

876 Cfr. GIL GIL, 1999, p. 235, nota 131.

877 Cfr. GIL GIL, 1999, p. 233.

878 ROXIN, C. 1997, pp.317 y ss. LUZÓN PEÑA, 1996, pp.396 y ss. Además de los delitos de intención y de tendencia se encuentran los “delitos de expresión”, cuya categoría aparece cuestionable para alguna doctrina (LUZÓN PEÑA, 1996, pp. 397 y ss.), y que requieren elementos subjetivos de “expresión”, que son aquellos que expresan disconformidad entre la realidad y lo actuado, como por ejemplo en el delito de falso testimonio. Se encuentran también los “elementos de la actitud interna” y que se refieren a elementos subjetivos del ánimo o carácter. Cfr. ROXIN, C. 1997, pp. 314 y ss. LUZÓN PEÑA, D. 1996, pp. 397 y ss., BUSTOS, J. 1994, pp. 293 y ss., BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, pp. 73 y ss.

879 Así LUZÓN PEÑA, 1996, p. 396, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*, Ed. Civitas, 1984, p. 239.

880 BUSTOS, 1994, p.293, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.73.

acción típica, la que frecuentemente será el medio para otro fin ulterior”⁸⁸¹. El contenido de este elemento no precisa ser realizado para que se configure el tipo penal pues las motivaciones internas trascienden en el posible resultado hacia el exterior. No se trata, por tanto, de la finalidad o dolo directo de realizar el tipo objetivo, sino de una finalidad (o ánimo) distinto y que va más allá de la realización del tipo.

Esta clase de elementos subjetivos da lugar a “delitos de resultado cortado” o “delitos mutilados de dos actos”⁸⁸². En los delitos de “resultado cortado” basta con la realización de la conducta sin que el legislador exija la producción de un resultado, separable materialmente del acto⁸⁸³. El legislador exige que la intención del autor al ejecutar la acción se dirija a un resultado independiente de él. En los delitos mutilados en dos actos, la intención del autor se dirige a realizar otra actividad posterior, del mismo sujeto. En ambos casos no es preciso que ni el resultado perseguido ni el segundo acto pretendido lleguen a producirse realmente.

Los *delitos de tendencia* requieren la presencia de elementos subjetivos de “tendencia intensificada”. Ellos exigen que el sujeto confiera a la acción típica un determinado sentido subjetivo, sin que sea preciso que se persiga un resultado ulterior al previsto por el tipo. Se requiere la tendencia de realizar la propia conducta típica, no suponen que el autor busque algo más allá de la acción típica, y el factor motivacional no trasciende al resultado⁸⁸⁴. Esta “tendencia subjetiva”, como la denomina ROXIN⁸⁸⁵, puede ser “inherente a un elemento típico” o codeterminar el tipo (clase) de delito. En el primer caso se encuentran los delitos sexuales en general en los que es necesaria la tendencia lasciva; y otros delitos en los que la dirección de voluntad en un determinado sentido se convierte en elemento del tipo, como ocurre en los delitos en los que se utilizan vocablos de actividad final (“simular”), casos en los cuales nos encontraríamos ante elementos mixtos: objetivo-subjetivo. En el segundo caso están aquellos delitos en los que se exigen determinadas “intenciones”.

En nuestra opinión las circunstancias que se describen en el art. 1º de la ley 18.314 chilena al exigir que el delito se cometa con alguna de dos circunstancias para que pueda ser inculpa a título de terrorismo, y la exigencia de la concurrencia en el agente de la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública que describen los arts. 571 y ss. del CP español son elementos subjetivos específicos de lo injusto, y no el móvil del delito, ni un dolo específico, debiendo dilucidarse si se trata de elementos de tendencia trascendente o intensificada. Para tomar posición a este respecto, y que será en definitiva el criterio rector al momento de analizar in concreto los tipos penales nos proponemos realizar el descarte de las teorías que sobre este tema podrían ser empleadas.

A.- Rechazo de la consideración de las finalidades exigidas como móviles del delito.

La comisión de determinados delitos con “la finalidad de causar temor a la población...” o de “arrancar exigencias o resoluciones a la autoridad” (art. 1º Ley 18.314); o con “el fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (art. 571 CPE) no son - como ha sostenido erróneamente alguna doctrina- el móvil del delito, ya que el móvil a efectos de la ley es irrelevante. El agente puede actuar ya sea por motivos políticos, de

⁸⁸¹ WELZEL, H. 1987, p.114.

⁸⁸² Así, MIR PUIG, 1996, pp. 262, 201 y ss. LUZÓN PEÑA, 1996, p. 396, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp. 239 y ss., BUSTOS, J., 1994, p.293, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.73.

⁸⁸³ BUSTOS, 1994, p.293, LUZÓN PEÑA, 1996, p. 396, BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.73.

⁸⁸⁴ MIR PUIG, 1996, p. 262; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 396; BUSTOS, 1994, p. 294. BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.74, WELZEL le denomina *tendencia especial de acción*: “la tendencia voluptuosa en los delitos de lascivia. Acción lasciva es exclusivamente la lesión objetiva del pudor llevada a afecto con tendencia subjetiva voluptuosa”. WELZEL, H. 1987, p.115.

⁸⁸⁵ ROXIN, C. 1997, p. 317.

lucro, religiosos, e incluso por venganza⁸⁸⁶. En este sentido discrepamos de la opinión de un sector de la doctrina chilena⁸⁸⁷ quienes estiman que la “pretendida alteración del sistema democrático” es el *móvil* del delito ya que el dolo abarca tanto la conducta con capacidad aterrorizante, como la “tendencia aterrorizadora de la conducta”. Entendemos que el dolo (genérico) del autor debe abarcar la conducta violenta e idónea para la lesión del bien jurídico, la realización de los elementos del tipo, quedando fuera de este dolo las circunstancias exigidas por el art. 1º de la ley 18.314 y que son elementos subjetivos específicos de lo injusto.

B.- Rechazo de la teoría del dolo específico.

Algunos autores, especialmente en la doctrina española han estimado que las finalidades exigidas por el legislador son un dolo específico⁸⁸⁸. La denominación de los elementos subjetivos de lo injusto como “dolo específico” o “dolo reduplicado” ha sido una expresión utilizada en algunas ocasiones por el Tribunal Supremo y la doctrina causalista más estricta, queriendo decir con ello que en el autor además de concurrir el dolo genérico, debe concurrir un “dolo específico” de actuar con una determinada finalidad.

Tres consideraciones cabe hacer: *Primero*, si bien todos los ilícitos descritos en la ley 18.314 chilena y en los arts. 571 y ss. del CP español requieren una conducta dolosa, el dolo (genérico) debe referirse a la realización de los elementos de cada uno de los tipos penales que la ley describe. Así por ejemplo, en el delito de colaboración con banda armada (art. 576 CPE), el dolo exige la conciencia del favorecimiento con las finalidades perseguidas por las bandas armadas⁸⁸⁹. En el delito de asociación ilícita del art. 515.2 CPE el dolo debe comprender tanto el conocimiento de que la asociación es ilícita como su carácter terrorista por las finalidades que persigue. No es necesario, en cambio que este conocimiento, el dolo, deba extenderse a los delitos que la organización haya programado, basta con un conocimiento genérico⁸⁹⁰.

Segundo, el considerar las “finalidades” exigidas como un dolo específico implica extraer dichos elementos del ámbito de lo injusto para ubicarlos en el plano de la culpabilidad, ya que el dolo es para la doctrina causalista una forma de culpabilidad. Estos elementos formarían así parte de la “culpabilidad específica” que se exige para ser responsable del hecho punible. Luego, ocurriría algo semejante a lo que sucede con la teoría del *móvil*, esto es, las finalidades no sirven a su función de determinación o concreción de la conducta que se quiere castigar, sino que únicamente serían un motivo para aumentar la responsabilidad penal⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Como perfectamente podría ocurrir en el caso de los hijos de quienes han sido asesinados o hechos desaparecer bajo una dictadura militar.

⁸⁸⁷ En esta opinión DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p. 207. A este respecto queremos recordar que si bien es cierto que, al analizar la conducta en los delitos de la ley 18.314 hemos señalado que en nuestra opinión, el “terror o temor” debe ser una tendencia de la conducta, coincidiendo con estos autores, estas reflexiones tienen un carácter de lege ferenda. De lege data las finalidades descritas tienen la naturaleza jurídica mencionada de elementos subjetivos de lo injusto.

⁸⁸⁸ Así BARÓN QUINTERO: “el tipo de injusto exige el dolo específico de atentar contra la paz pública, esto es, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 273.

⁸⁸⁹ Así, SSTs de 17-3-1983, 21-10-1983, 21-12-1983, 8-4-1985, 23-6-1986 (RJ 1986/3185), 2-2-1987 (RJ 1987/1181), 4-4-1988, 6-7-1990, 24-1-1992, 21-7-1993, 18-10-93, 8-3-1995, 17-3-1997, 29-11-1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*), de 14-05-1999, núm. 772/1999 (RJ 1999/5391). SSAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197), de 4-06-1999, núm. 124/ 1999 (ARP 1999/2194). Así también en la doctrina: CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235, MUÑOZ CONDE, 1996, p.783, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, PRATS CANUT, 1996 a), p.1590, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.347 y 404-405, LAMARCA, 1989, p.966, 1985, p.252; BARÓN QUINTERO, 1999, p.278.

⁸⁹⁰ En esta interpretación, LAMARCA, 1985, p.245. Similar, la misma autora, 1989, p.965.

⁸⁹¹ En este sentido recordemos la ejemplificación de ROXIN acerca del criterio de la codicia o cualquier otro *móvil* abyecto en el delito de asesinato del § 211 StGB, señalando que no se trata de un elemento subjetivo del tipo, sino de un *móvil*, elemento de la culpabilidad. ROXIN, 1997, p. 313.

Tercero, existe una clara distinción entre la intención, el dolo directo de realizar los elementos del tipo objetivo, y el elemento subjetivo específico que, ya sea en forma de ánimo o de tendencia contribuye a determinar la voluntad del autor⁸⁹². Esto parece señalar Carmen LAMARCA cuando estima que tratándose de las bandas armadas comunes el dolo si bien es el mismo que el exigido por el tipo penal de asociación ilícita, éste “no puede extenderse al resultado político pues de mediar dolo sobre ese resultado la banda armada pasaría a ser calificada como organización terrorista”, existiendo en este caso una especie de responsabilidad objetiva por el resultado, resultado que al menos ha de haberse causado por culpa para que le sea de aplicación la normativa antiterrorista”⁸⁹³.

C. Toma de posición: Las finalidades como elementos subjetivos de lo injusto.

Descartadas que fueren las anteriores teorías, y en nuestra opinión, las circunstancias exigidas por el art. 1 de la ley 18.314 y las “finalidades” alternativas exigidas por los arts.571 y ss. del CP español son auténticos elementos subjetivos de lo injusto⁸⁹⁴, elementos subjetivos específicos dicen relación con el bien jurídico protegido siendo constitutivos del tipo penal.

Lo que nos queda por dilucidar es si estos elementos subjetivos cumplen en los tipos legales, una función de adelantamiento de la punibilidad o una forma de concreción del tipo penal específico. En otras palabras, determinar qué significado ha de dársele a la “intención” en el agente, si ella trasciende a la realización del resultado típico, o si por el contrario solo confiere un contenido subjetivo específico a la acción típica.

C.1.- Rechazo de la consideración de elemento subjetivo de lo injusto trascendente.

Un sector de la doctrina interpreta a los delitos de terrorismo como “delitos intencionales de resultado cortado”⁸⁹⁵ en los que basta para la configuración del tipo la presencia en el autor de la intención o propósito, independientemente de que objetivamente se realice la conducta. De acuerdo a ello deberíamos decir que los elementos subjetivos que el tipo requiere para su configuración son de *tendencia trascendente*, y que nos encontramos ante verdaderos “delitos de intención”, en los que la dirección de la acción se encamina por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, entendiéndose que la consumación se produce con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que queda fuera del tipo⁸⁹⁶.

Se trataría de delitos que estructuralmente se semejan a una tentativa castigada como delito consumado, en el que el elemento subjetivo excedente va dirigido, por su estructura paralela a la del dolo en una tentativa, hacia la lesión del bien jurídico⁸⁹⁷. Luego, son tipos penales en los que la consumación se anticipa, o se adelanta a un momento anterior al de la lesión al bien jurídico, castigándose únicamente la peligrosidad de la acción sin exigirse un resultado de lesión o de peligro para un bien jurídico.

Sin perjuicio de que la función de estos tipos penales sea el adelantamiento de las barreras de protección penal por la entidad del bien jurídico (colectivo) que se pretende proteger, hay que tener presente que cuando en los tipos penales la consumación se hace

⁸⁹² Así GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 238.

⁸⁹³ LAMARCA, C. 1989, p.965.

⁸⁹⁴ Así lo considera la doctrina mayoritaria: POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.906; PRATS CANUT, 1996 a), pp.1582 y ss., 1999, p. 1622, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, pp. 577, 581, 583.

⁸⁹⁵ Así POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 906.

⁸⁹⁶ Según GIL GIL esto es lo que sucede en el delito de genocidio del art. 607 CP español en el que se exige la “intención de destruir total o parcialmente el grupo nacional...” siendo el bien jurídico protegido el grupo humano. GIL GIL, 1999, pp.178 y ss. Discrepamos de su postura por las razones que exponemos.

⁸⁹⁷ GIL GIL, 1999, p. 179 refiriéndose al delito de genocidio del art. 607 CP español.

dependen de los elementos trascendentes se corre el riesgo de sancionar solo por la intención, el deseo del sujeto, lo que inevitablemente conduce hacia la consideración de un derecho penal del ánimo, o de autor, criterio que se contradice con los que guían un derecho penal democrático, y que mas bien han sido elementos de gran utilidad para la represión de la disidencia política en gobiernos totalitarios o dictatoriales⁸⁹⁸.

Desde el punto de vista de los derechos humanos la consumación en la lesión al bien jurídico protegido, debe hacerse depender de la constatación del peligro que se produce con la conducta típica. Si como señala ROXIN “lo decisivo no es el resultado del mundo externo, sino el que tenga o no relación con el tipo de injusto”⁸⁹⁹, los elementos subjetivos van a determinar el marco del juicio típico, y éste ha de depender, para la consumación, de la lesión efectiva, que es un “peligro concreto”.

C.2.- Toma de posición: los elementos subjetivos de lo injusto como de tendencia intensificada.

Coincidimos en que estos elementos subjetivos exigidos por los tipos penales de la ley 18.314 chilena y los arts. 571 y ss. del CP son un “elemento intencional específico”⁹⁰⁰ o “pretensiones intencionales”⁹⁰¹ del autor en la realización del comportamiento objetivo, sin que se exija un resultado en orden a cumplirse estos propósitos. Rechazada que sea la postura en relación a que estas “pretensiones” o “intenciones”⁹⁰² del autor van más allá de la realización del tipo penal, estimamos que ellas son manifestación de un contenido específico de la voluntad de la acción, elementos subjetivos específicos que van junto con el dolo genérico.

Si decimos que los elementos subjetivos han de referirse “al tipo” siendo constitutivos del mismo, ellos necesariamente han de referirse al bien jurídico protegido. A este respecto hay que recordar que en los delitos de terrorismo hemos distinguido entre el bien jurídico colectivo que se pretende proteger (ordenamiento constitucional democrático) y los bienes jurídicos individuales que son los que resultan inmediatamente afectados por la acción.

Los elementos subjetivos específicos que se describen por el legislador se refieren al bien jurídico colectivo que se pretende proteger, como “tendencia” que impregna la voluntad del agente y que encamina la dirección de la conducta (delito común) hacia el “resultado de lesión” o el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo que se pretende proteger. Nos encontramos, por tanto, ante *elementos subjetivos de tendencia intensificada*⁹⁰³, de aquellos que codeterminan la clase de delito⁹⁰⁴, concretando la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa función de protección.

Así por ejemplo, el delito de estragos que tipifican los arts. 346 del CPE y art. 480 CPCh, son delitos comunes, cuya configuración típica resulta *insuficiente para la protección* del

⁸⁹⁸ Hay que recordar que los criterios del derecho penal de autor, la sanción por la “intención” fueron profusamente utilizados bajo gobiernos antidemocráticos y para la represión de la disidencia política. Así ocurría con la legislación penal en Alemania bajo la influencia del nacionalsocialismo, en Italia, con el fascismo, en España, con el franquismo y en Chile con la dictadura militar del General Pinochet.

⁸⁹⁹ ROXIN, 1997, P.313.

⁹⁰⁰ Así STS de 24-10-1998, núm. 237/1998 (RJ 1998/8321)

⁹⁰¹ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 906.

⁹⁰² Utilizamos estas expresiones a pesar de que concordamos con ROXIN (1997, p.313) en que es poco recomendable trabajar con conceptos tales como “fin”, “motivo”, “intención”, ya que ello dificulta su delimitación con los delitos de intención, y dificulta asimismo su separación de la culpabilidad para integrarlos dentro del tipo de injusto. Sobre el concepto de intención, ampliamente GIL GIL, 1999, pp.231 y ss.

⁹⁰³ En esta opinión PRATS CANUT, 1996 a), p. 1582, 2ª ed. 1999, p. 1622 y MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p.1968.

⁹⁰⁴ Utilizamos la clasificación de los elementos de tendencia intensificada que formula ROXIN (1997, p.317).

“ordenamiento constitucional democrático”, bien jurídico colectivo que es el que se pretende proteger con delitos de “estragos terroristas” como delitos de nomen iuris propio, sancionados a su vez en el art. 571 del CPE y art. 2 n°2 en relación con el art. 2 n°1 de la ley 18.314 chilena⁹⁰⁵.

Basta con que el agente confiera a la conducta que realiza (delito común) un especial sentido subjetivo. No hace falta que haya o no conseguido el objetivo: atemorizar a la población, arrancar resoluciones a la autoridad, satisfacer las exigencias hechas a la autoridad (art. 1 ley 18.314), alterar el ordenamiento constitucional o la paz pública (arts. 571 y ss. CPE). El delito se entiende *consumado* cuando, habiendo realizado la conducta típica- normalmente el delito común- *se ha puesto en peligro el bien jurídico colectivo*. La exigencia es pues, un resultado ya de lesión, ya de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo.

La consumación se producirá, por tanto, cuando se compruebe al menos el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo. Pero para que este peligro sea concreto deben producirse los actos ejecutivos que se describen en el tipo objetivo y que se corresponden- en su mayor parte – con los descritos en el delito común. Así por ejemplo, no es necesario, para que se consume el delito de estragos terroristas, que efectivamente se haya producido un resultado de daños + peligro para la vida o integridad de las personas (elementos exigidos por el art. 346 CPE), sino que el agente haya realizado *los actos ejecutivos* que han de tener la entidad suficiente como para poner en peligro “concreto” el ordenamiento constitucional democrático. La conducta se castigaría como *tentativa* del delito de estragos terroristas.

Ahora, si se produce el resultado exigido por el tipo penal de estragos (daños + riesgo para las personas), nos encontramos ante un resultado, bien de lesión, bien de peligro, para bienes jurídicos individuales. En este caso estimamos que la solución debe ser la de construir un *concurso ideal* entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual, ya que una sola acción del sujeto hace confluir dos o más acciones delictivas⁹⁰⁶.

El punto central en esta discusión es si el peligro que se exige para la consumación del delito de terrorismo es un peligro abstracto o un peligro concreto. A objeto de no transformar esta legislación en un auténtico derecho penal subjetivo, en un “derecho penal del ánimo” es que debería en todos los casos, tratarse de un peligro concreto, cuestión que pasa por el examen “los elementos propios del hecho analizado, a saber, la realización de un delito común, en relación al cual el autor proclama unas finalidades, las cuales deben de cohererse con la vulneración de derechos fundamentales que en la práctica se han producido”⁹⁰⁷.

Esta solución propuesta no siempre será aplicable a los tipos penales que describen los arts. 1 de la ley 18.314 y 571 y ss. del CP español. De entrada, en la legislación chilena nos encontramos con que el legislador, a objeto de evitar, quizás dificultades materiales de prueba, establece una “presunción” de dichas finalidades. En el CP español, si bien podemos encontrar tipos penales que deben ser interpretados como delitos de peligro concreto (así los delitos de estragos e incendios del art. 571), existen otros en los que la delimitación entre el peligro concreto y el abstracto parece difícil. Así ocurre, por ejemplo con los actos de recaudación económica o delitos contra el patrimonio que tipifica el art.575 del CPE. A ellos nos referiremos en el capítulo siguiente.

⁹⁰⁵ Nótese que partimos de la base que es el ordenamiento constitucional democrático es el objeto que se pretende proteger en los delitos de terrorismo, haciendo la salvedad que, en el caso de la legislación chilena se trata de un criterio propuesto como lege ferenda ya que por la configuración típica de estos delitos no se considera la finalidad política. Supra en este mismo capítulo, Apartado Segundo.

⁹⁰⁶ No corresponde aquí tratar la solución propuesta sino en el análisis de cada tipo penal. Infra Cap. VII en el análisis de los tipos penales.

⁹⁰⁷ PRATS CANUT, 1996 a), pp.1582-1584, 2ª ed. 1999, pp. 1622-1624.

Con todo, interpretados de esta manera los elementos subjetivos específicos, como tendencia o sentido subjetivo inherente a la acción típica, que no trasciende al resultado, se evita la artificiosa construcción de delitos de consumación anticipada, que normalmente en este tipo de materias (terrorismo)- y esto ya desde el punto de vista político criminal- han servido para adelantar la punibilidad de las conductas para la protección de intereses políticos particulares de un sector o clase dominante, y no del ordenamiento constitucional democrático, un bien jurídico colectivo que pertenece a todos los ciudadanos.

La principal consecuencia dogmática que se deriva de la exigencia de elementos subjetivos específicos en el tipo penal es que ello no admiten la comisión imprudente⁹⁰⁸. Se trata de tipos exclusivamente dolosos. Ello es lo que sucede en los delitos de terrorismo.

D.- Especial consideración acerca del dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual.

La presencia de elementos subjetivos específicos del tipo como los descritos plantea la interrogante acerca de cuál es el grado de voluntad (elemento volitivo del dolo) que se requiere para la configuración de las conductas típicas.

La mayor parte de los autores exigen la presencia de una voluntad directa de primer grado, es decir, la correspondiente a un *dolo directo de primer grado*, esto es, aquel en que el autor persigue la realización de un delito, y que por lo mismo se denomina también “dolo de intención” bastando que el autor crea “posible” que se vaya a producir el resultado o el hecho típico⁹⁰⁹. Y si bien puede encontrarse acorde en esta postura, a la vez se divide cuando se trata de extender este “propósito” o “intención” hacia una voluntad directa de segundo grado o hacia un dolo eventual.

La doctrina mayoritaria, ante la presencia de estos elementos subjetivos, que vienen a concretar la forma de lesión típica, niegan la posibilidad de un dolo eventual, estimando que es necesaria una voluntad directa de segundo grado⁹¹⁰. La doctrina minoritaria estima, en cambio, que sí es posible concebir un dolo eventual en determinados casos⁹¹¹.

La doctrina mayoritaria parte del clásico ejemplo del individuo que en el marco delictivo de una organización terrorista y cumpliendo órdenes de la cúpula coloca una bomba en el coche de una autoridad política ocasionando la muerte de ésta y también del conductor o de su escolta. Para esta postura doctrinal existiría: respecto de la muerte de la autoridad política, dolo directo de primer grado; respecto de la muerte del conductor, dolo directo de segundo grado⁹¹². Sus argumentos se basan en la primacía, en este caso, del elemento intelectual del dolo, por sobre el elemento volitivo. En el dolo directo de segundo grado, el momento cognoscitivo (elemento intelectual) se caracteriza por la certeza de que la realización del tipo acontece como consecuencia necesaria de la acción (dolo de consecuencias necesarias), es decir el terrorista “sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo (con sus diversas circunstancias y, en su caso, su resultado) cuya producción, por tanto, aunque no le guste,

⁹⁰⁸ Así la doctrina mayoritaria en España. Por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 238. La doctrina minoritaria estima, en cambio, que la comisión imprudente sí es compatible. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, 1996, pp. 398.

⁹⁰⁹ Por todos, LUZÓN PEÑA, D. 1996, p. 413, MIR PUIG, 1996, p. 243. En contra de la inclusión de elementos subjetivos de lo injusto SANCINETTI, M. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1997, pp. 71 y ss. Cit. por GIL GIL, 1999, p. 236, nota 133.

⁹¹⁰ Así GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp.207 y ss., LUZÓN PEÑA, D. 1996, p.415; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *DP.PG.*, 1996, p. 287; CEREZO MIR, 1997, p.143, nota 115; ROXIN, C. 1997, pp.415 y ss.

⁹¹¹ MIR PUIG, S. 1996, pp. 247 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L. - GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Praxis, 1996, pp. 162 y ss.; 2ª edición, 1999, pp. 197 y ss.

⁹¹² GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 207; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 415.

también acepta”⁹¹³.

GÓMEZ BENÍTEZ y CEREZO MIR argumentan además que no puede confundirse volición con mero deseo, que es lo que ocurriría, a su juicio en las posturas doctrinales que niegan en este caso el dolo de consecuencias necesarias⁹¹⁴. La volición presente en este tipo de dolo es intencional, y si bien la voluntad del terrorista en este caso abarcaba solo la muerte de la autoridad política, en la medida que sabía que se produciría necesariamente la muerte del conductor, y a pesar de ello actuó “hay que decir que la quiere, que es intencionalmente causada...lo que se quiere como consecuencia inevitable o con un grado de probabilidad rayano en la seguridad debe afirmarse también como intencional”⁹¹⁵. En sentido similar ROXIN afirma: “si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de ‘querida’ la muerte de éstas, aunque no la persiga”⁹¹⁶.

Para esta postura el término “intención” es interpretado en sentido amplio⁹¹⁷, como sinónimo de dolo, como omnicomprendido de “voluntad”. Lo que se quiere como consecuencia inevitable, o con una “probabilidad rayana”⁹¹⁸ en la certeza, se identifica con “intención”. Luego, se trataría de un *dolo directo de segundo grado* y no de un dolo eventual puesto que en éste el momento cognoscitivo del dolo se caracteriza por la “probabilidad” de la realización del tipo, no la “probabilidad rayana”, y el momento volitivo se caracteriza porque el sujeto no desea la realización del tipo penal, sino que la “consiente”, se “conforma” con ello (teoría de la voluntad)⁹¹⁹.

Hay que recordar que las teorías relativas al grado de voluntad que se requiere en el dolo eventual nacen para distinguirlo de los supuestos de imprudencia. Se trata básicamente de dos teorías: La *teoría de la voluntad o del consentimiento* atiende al contenido de la voluntad, según ella se dará dolo eventual cuando el sujeto consienta o acepte en la producción del resultado, es decir, aún cuando habiéndose representado el resultado como de segura producción, hubiese actuado igualmente. Por el contrario, habrá imprudencia cuando frente a esta situación de representación, el sujeto hubiese dejado de actuar. Esta teoría ha encontrado amplia acogida en la ciencia penal española y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹²⁰. La *teoría de la probabilidad o de la representación* en cambio atiende al elemento cognitivo del dolo, prescindiendo del elemento volitivo. Según ella la existencia del dolo depende del grado de probabilidad de producción del resultado advertido por el autor con el conocimiento de la situación. Habrá dolo cuando existía una alta probabilidad de que se produjera el resultado,

⁹¹³ LUZÓN PEÑA, D. 1996, p.415. Similar, MIR PUIG, 1996, p. 244 y GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 207. Opinión distinta es la que sostiene CEREZO MIR para quien no es preciso que el sujeto considere “segura” la producción del resultado delictivo, sino que ésta irá necesariamente unida a la consecución del fin. No obstante, a su juicio, el resultado “queda comprendido en la voluntad de su autor, aunque no lo desee”. CEREZO MIR, 1997, p. 139.

⁹¹⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, pp. 208- 209, CEREZO MIR, 1997, p. 139, nota 96. Discrepan de GIMBERNAT, estimando que éste confunde la voluntad con el simple deseo. Véase GIMBERNAT; “*Acerca del dolo eventual*”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Edit. Tecnos, 1990, pp. 240 y ss., esp. pp. 256 y ss.

⁹¹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 209. Similar, MUÑOZ CONDE –GARCÍA ARÁN, porque el terrorista si bien “no quiere directamente una de las consecuencias...la admite como necesariamente unida al resultado principal”, véase *DP.PG.*, 1996, p. 287.

⁹¹⁶ ROXIN, 1997, p.416.

⁹¹⁷ Admiten la interpretación del término “intención” en sentido amplio, que abarque el dolo directo de segundo grado: LUZÓN PEÑA, 1996, p. 416, CEREZO MIR, 1997, p. 145. Sobre el concepto de intención véase CEREZO MIR, 1997, pp. 145 y ss.; GIL GIL, 1999, pp. 236 y ss.

⁹¹⁸ Expresión utilizada por LUZÓN PEÑA, 1996, p. 415: “un grado altísimo de probabilidad, rayana en la certeza, se puede equiparar a la seguridad de producción del hecho típico”.

⁹¹⁹ Así, GÓMEZ BENÍTEZ, 1984, p. 209.

⁹²⁰ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.V, pp.585 y ss, 617 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *DP.PG.*, 1996, pp. 463 y ss, SÁINZ CANTERO, 1990, T. III. pp.58-59, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 1996, pp. 289 y ss. entre otros. En la jurisprudencia, SSTS 19-5-1993, 27-10-1993, 11-5-1994, 16-1-1995, 24-4-1995, entre otras.

aunque las opiniones doctrinales se dividen a la hora de determinar el grado de probabilidad⁹²¹.

La doctrina minoritaria, en cambio, y partiendo de la preferencia ya por la teoría de la probabilidad o de la representación⁹²², ya de una postura ecléctica⁹²³, admite la posibilidad de dolo eventual, basándose en la deficiencia que se puede observar en el elemento volitivo del dolo.

Así el ejemplo que utiliza MIR PUIG⁹²⁴: el caso del individuo perteneciente a una organización armada que cumpliendo órdenes de la cúpula coloca una bomba en un centro comercial de gran afluencia de público sabiendo que causará la muerte de numerosas personas, y que es probable que un amigo suyo se encuentre en el lugar. Si supiera a ciencia cierta que éste va a morir no pondría la bomba, pero como no está seguro, decide correr el riesgo y ejecuta la acción. Para este autor, cabe afirmar la existencia de un dolo eventual porque se da el elemento intelectual, conocimiento de la situación, el “pronóstico concreto” de lo que podría ocurrir, y si bien es correcto asimilar la aceptación del resultado como una manifestación de voluntad (“querer”), o “conformarse con”, esta aceptación no debe estar referida al resultado delictivo, sino solo a la conducta capaz de producirlo. En el ejemplo, si la muerte del amigo tuviera lugar, es evidente que concurre dolo eventual, mas no puede afirmarse que el autor “quería el resultado”.

A estos efectos cabe destacar que para arribar a esta conclusión MIR PUIG se separa de las teorías de la aceptación y de la probabilidad antes señaladas, y opta en parte por la doctrina ecléctica, dominante en Alemania (STRATENWERTH⁹²⁵) según la cual si el sujeto tomó en serio la posibilidad de la realización de los elementos objetivos del tipo y no obstante llevó a cabo la acción, se daría el dolo eventual. Se trata de una postura que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción (elemento intelectual del dolo) con el momento voluntativo, es decir, se exige que el sujeto “tome en serio” la posibilidad del delito, y que por otra “se conforme con” esta posibilidad.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ y SERRANO PIEDECASAS⁹²⁶ partiendo de la teoría de la probabilidad en el sentido estadístico estiman que podría darse dolo eventual cuando existiendo una “altísima probabilidad” de que se produjera el resultado de muerte, el sujeto no se abstiene de actuar, de manera tal que “se conforma” con lo que suceda y acepta el resultado. Tal ocurriría por ejemplo en el caso del individuo perteneciente a una organización armada que hace estallar una bomba en un edificio destinado a oficinas a una hora en la que ya ha concluido la jornada laboral, solo para causar estragos, pero es perfectamente consciente de que pueda quedar alguna persona rezagada en el interior del edificio y que muera a consecuencia de la explosión. A pesar de ello actúa. No puede afirmarse con seguridad que haya “querido” el resultado, pero sí que tenía conocimiento del mismo.

⁹²¹ Partidario de esta teoría fue VON LISTZ, *Tratado*, II, p.410. Posteriormente GIMBERNAT, 1990, pp.254 y ss., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L. -GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R, 1999, pp. 197 y ss. También considera suficiente el conocimiento (elemento intelectual) SILVA SÁNCHEZ, J.M. 1992, pp.401 y ss. Similar es la postura de MIR PUIG, S. (1996, pp.240 y ss.) y ROXIN(1997, pp. 416 y ss.), aunque para ellos no basta con la representación del hecho típico probable, sino que es necesario además “contar” con él, elemento que Roxin denomina “la realización del plan”, acentuando así el aspecto volitivo. Para una explicación en detalle de las teorías señaladas, véase LUZÓN PEÑA, D. 1996, pp.416 y ss., y CEREZO MIR, 1997, pp.140 y ss.

⁹²² Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L. -GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R, 1999, pp. 197 y ss.

⁹²³ Así MIR PUIG, S. 1996, pp.240 y ss., SILVA SÁNCHEZ, 1992, pp. 401 y ss. , ROXIN, 1997, pp. 416 y ss.

⁹²⁴ MIR PUIG, 1996, pp. 247-249.

⁹²⁵ STRATENWERTH, “*Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*”, *Z.Str.W*, tomo 71, 1959, fsac.1º, pp.51 y ss., y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, *Die Sraftat*, p. 110 (nº 308). Cit. por CEREZO MIR, 1997, p. 142, nota 107.

⁹²⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L. -GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1996, pp. 162.163; 2ª edición, 1999, pp. 197 -199.

La opinión que aquí se sostiene es la siguiente:

Partimos de la premisa que en el aspecto volitivo del dolo lo que interesa es la dirección hacia la cual se encamina la voluntad, y no los elementos que han influido en su decisión, ya que ello pertenece al ámbito de la culpabilidad (el cómo hacer responsable al sujeto) y no al ámbito de lo injusto⁹²⁷. En los delitos dolosos la voluntad debe encaminarse hacia la lesión del bien jurídico. Pero, en los delitos de terrorismo ¿a cual bien jurídico? ¿al colectivo? ¿al individual que es el inmediatamente afectado?. Debemos insistir en que el dolo debe estar referido a la realización de los elementos del tipo y no a la lesión del bien jurídico, por que éste existe previamente al ilícito penal.

Es acertado, sostener como hace la doctrina mayoritaria que ante la presencia de elementos subjetivos de lo injusto que vienen a concretar la forma de lesión típica, se exija un dolo directo de primer grado. Ahora, si la intención debe extenderse o no a un dolo directo de segundo grado o alcanzar incluso a un dolo eventual, no es una cuestión que deba ser analizada tomando como parámetro la existencia o no de estos elementos subjetivos específicos que aparecen en los tipos penales de terrorismo.

Dichos elementos subjetivos tendencia intensificada se refieren al bien jurídico colectivo que los tipos penales pretenden proteger, en cambio, el conocimiento y voluntad que quedan comprendidos en el dolo genérico se refieren a los elementos de la conducta típica, que como sabemos, se conforma según la estructura de los delitos comunes, referidos a su vez, a bienes jurídicos individuales que son los inmediatamente afectados. Asimismo, los elementos cognitivo y volitivo del dolo directo de segundo grado como del dolo eventual se refieren a un resultado lesivo del bien jurídico individual, y no al bien jurídico colectivo.

Por tanto, debemos separar exactamente la “intención” que debe presentarse en el sujeto y que se dirige al resultado de lesión o resultado de peligro (peligro concreto) del bien jurídico colectivo ordenamiento constitucional democrático, y que hemos denominado elementos subjetivos de tendencia intensificada; de la “intención” que forma parte del elemento volitivo del dolo genérico, y que se refiere a ese “querer” la realización del tipo penal, que a su vez está protegiendo –de manera inmediata- un bien jurídico individual. Así por ejemplo, el que con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (elementos subjetivos de tendencia intensificada) causa estragos, el conocimiento y voluntad que se exigen para el dolo de la conducta típica deben estar referidos a los estragos, es decir, tener conciencia de que se trata de un acto ilícito, de una conducta dañosa, y que además pone en peligro a las personas.

Salvada esta dificultad, a nuestro juicio no existe óbice para sostener que puede darse en estas conductas no solo un dolo directo de segundo grado, sino también un dolo eventual, y que ello dependerá de las circunstancias de cada caso. Así por ejemplo, no es lo mismo el individuo que arroja la bomba al coche de una autoridad política, matando también al conductor, que aquel que pone una bomba en un edificio de oficinas fuera del horario laboral. En el primer caso, habría un dolo directo de segundo grado, porque el sujeto ha representado el hecho o resultado de muerte del conductor como necesaria e inevitablemente unido al principal (muerte de la autoridad). En el segundo caso habría un dolo eventual ya que *la probabilidad estadística* de que se produjera el resultado de muerte de alguna persona si bien es alta, no lo es tanto como en el primer caso, y aún así el sujeto actúa, conformándose con ese resultado.

⁹²⁷ En este sentido BUSTOS señala: “...lo que interesa es la relación social, el aspecto situacional, y por ello mismo la voluntad no interesa en el sentido de la forma cómo se ha llegado a la resolución, sino como proyección en la realidad”. BUSTOS, J. *Manual de DP.PG.*, 4ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por H. Hormazábal Malaree, Edit. PPU, 1994, p. 284. También BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, pp. 68-69.

Si nos parece correcto la exigencia de la *aceptación del “resultado delictivo”* más que de “la conducta capaz de producirlo”, como afirma MIR PUIG⁹²⁸, es principalmente por dos razones:

La primera, de carácter práctico, es que atendidas las circunstancias concretas de cada caso, podría llegar a sancionarse erróneamente a título de dolo eventual conductas en las que no puede afirmarse con seguridad la presencia de dolo. Así ocurre por ejemplo con el individuo que hace estallar una bomba en la sede de un partido político comprobando en la exploración previa a su acción que a determinada hora el local es desalojado. Espera a que las personas se vayan y enciende el detonador causando la explosión, pero resulta ser que ese mismo día había sido contratada una persona para realizar la limpieza del lugar por la noche (sin que el terrorista tuviera conocimiento de ello). En casos como éste no puede afirmarse que el sujeto se haya conformado con el resultado ni que lo haya aceptado, pues ha esperado actuar cuando ha creído estar seguro de que con su acción solo causaría una destrucción material⁹²⁹.

La segunda razón es que, cuando se exige la representación del hecho típico probable, pero además es necesario “contar con él” (ROXIN, MIR PUIG) y se acentúa el aspecto volitivo “en el sentido que sería la representación del resultado probable y decidirse por la realización que lleva contra el bien jurídico”, se está introduciendo un elemento subjetivo específico, ajeno al mismo proceso fundamental, que es solo de probabilidad⁹³⁰. Si lo que el tipo penal prohíbe no es tanto la producción de resultados lesivos como “la realización consciente y querida de conductas altamente peligrosas para los bienes jurídicos”, es *preferible*, atendido el tenor de los tipos penales de terrorismo tanto en la legislación chilena como española, adoptar la teoría de la probabilidad ya que de esta manera el juicio sobre el dolo puede objetivarse. En cuanto al peligro, estimamos que éste ha de tratarse de un “resultado de peligro” para el bien jurídico protegido, esto es, un peligro concreto ya que es la única forma de responder al principio de lesividad⁹³¹.

2.- LEGISLACIÓN CHILENA:

Examen de las circunstancias contenidas en el art. 1 de la ley 18.314.

El antecedente directo de la redacción del actual art. 1º de la ley 18.314, en nuestra opinión, se encuentra en los numerales 15 y 16 del antiguo art. 1 de la ley 18.314, que tipificaban la amenaza y la difusión de noticias falsas de delitos de terrorismo realizadas con el objeto de “crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella”, agregando en el caso de las amenazas alternativamente la finalidad de “arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona”.

Los motivos para la inclusión de dichas circunstancias, alternativas en la configuración típica de los delitos de terrorismo, fueron esgrimidos durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027 de 1991, argumentándose que ellas contenían “los elementos que encuentran un mayor grado de coincidencia en la doctrina y en los tratados internacionales”, elementos que a juicio del legislador eran: “la intimidación; el temor justificado de ser víctima

⁹²⁸ MIR PUIG, S. 1996, p. 249.

⁹²⁹ En este sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-ARROYO ZAPATERO, L. -GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1996, pp. 163; 2ª ed. 1999, p. 198.

⁹³⁰ BUSTOS, J. 1994, p. 290. Similar BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, Vol. II, p.71.

⁹³¹ Las reflexiones acerca de cuando ha de considerarse constituido el peligro concreto son imposibles de realizar en este lugar. No obstante, consideramos acertada la propuesta que considera que el peligro concreto ha de construirse tomando como base la previsible falta de dominabilidad o control sobre el desarrollo del riesgo creado. En esta postura RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, UCM, 1994, CARO CORIA, D. *Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica horizonte, Lima, Perú, 1999, pp.473 y ss. Como expone este último: “...el resultado de peligro se configura desde el momento en que se pierde la capacidad de dominio sobre el desarrollo de la situación, de modo que la no lesión del bien jurídico no pueda garantizarse” (ob. cit., p.669).

de delitos de la misma especie; la actuación selectiva en contra de un grupo o categoría de personas; el método perverso, cruel, bárbaro o alevosamente empleado; el daño indiscriminado, o la comisión del delito para arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias”⁹³². Cabe recordar que en un principio las circunstancias alternativas eran tres, distinguiéndose a) la finalidad de causar temor, b) la utilización de métodos dañinos, crueles o bárbaros, y c) la finalidad de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias⁹³³. Mas tarde, tras la discusión del proyecto, y considerando que no todos los delitos cometidos con medios especialmente crueles podían ser calificados como delitos de terrorismo, se incluyó la circunstancia 2ª dentro de la 1ª y que actualmente aparece bajo la forma de presunción judicial.

Circunstancia Primera del art. 1 de la ley 18.314

“Que el delito se cometa 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, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

La descripción típica exige que el autor tenga la intención de intimidar a la población o a una parte de ella produciéndole el temor justificado de ser víctima de delitos de “la misma especie”, es decir, delitos de terrorismo de los que por esta ley se tipifican. Conforme a los razonamientos dogmáticos realizados. No se precisa que efectivamente la población resulte atemorizada, ya que los tipos penales que sobre su base se construyen (enumerados en art. 2) se entienden consumados cuando se ha puesto en peligro concreto el bien jurídico colectivo, lo que se produce desde que existen actos ejecutivos idóneos para producir el riesgo⁹³⁴.

Es pertinente recordar a estos efectos que, a nuestro entender, la alarma o temor que pueda llegar a producirse debe ser considerado (lege ferenda) como una tendencia de la conducta, pues como ha reconocido la jurisprudencia chilena “la alarma es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además, una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”⁹³⁵. De *lege data* se ha indicado que la circunstancia 1ª del art. 1 es un elemento subjetivo específico en el tipo.

Siendo una motivación que parece encontrarse en el ánimo interno del agente, existen dificultades en cuanto a su prueba⁹³⁶, por lo que el legislador se encarga de dar indicios objetivos cuya concurrencia vendría a demostrar el propósito ilícito descrito: “la naturaleza y efecto de los medios empleados”, o “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar en contra de una categoría o grupo determinado de personas”.

⁹³² 1º y 2º Informes de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027*..., ob. cit. p.23 y 54.

⁹³³ Proyecto de ley, Boletín N°3-07(90)-1, en *Historia de la ley 19.027*, ob. cit., p.38. Véase además opiniones de la bancada de la derecha (RN), quienes estuvieron por considerar dicha circunstancia de manera autónoma (ob. cit., pp.77 y 78), opiniones de la bancada de la DC, quienes se opusieron a lo anterior (ob. cit., pp. pp.79 y 80).

⁹³⁴ A esta conclusión se llega desde que consideramos estos elementos subjetivos como de tendencia interna intensificada. De considerarles como elementos subjetivos de tendencia interna trascendente tendríamos que decir que los delitos enumerados en el art. 2 tienen técnicamente la estructura de una tentativa castigada como delito consumado: la sola intención o finalidad de atemorizar (elemento subjetivo) es lo que caracteriza la dirección de la acción hacia la lesión del bien jurídico, y por este hecho el tipo anticipa la consumación.

⁹³⁵ SCA de Santiago, de 13-11- 1992, *considerando séptimo (caso Edwards)*, en *GJ* N°149, 1992.

⁹³⁶ En esta opinión GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p. 11, quien parece indicar así que se trataría del móvil del delito, postura de la que hemos discrepado en atención a que estas circunstancias deben ser consideradas elementos de tendencia intensificada.

La evidencia, tal como la ha considerado la jurisprudencia es la “certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella”⁹³⁷. En este caso se trata de la certeza de que el acto obedece a un plan premeditado, elemento nuevo que se introduce en la legislación chilena, y que tiende a la consideración del “terrorismo selectivo”. Se trata en este caso, en nuestra opinión, al menos de un acto preparatorio que evidencia de alguna manera el propósito de atentar contra el bien jurídico. Un acto preparatorio especialmente punible que se concreta en la existencia de un plan diseñado por una organización.

Sin embargo, cuando señala “sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados”, no hay siquiera atisbo de un acto preparatorio. El legislador consciente de la dificultad de acreditar el propósito de atemorizar recurre en el inciso segundo al cómodo sistema de las presunciones judiciales para acreditar esta “naturaleza y efectos de los medios empleados”, que de acuerdo a lo que describe el texto han de ser particularmente violentos o crueles. Se trata de una presunción simplemente legal, mediante la cual se puede darse por acreditada la existencia del propósito o finalidad terrorista cuando en la acción se usen medios o artificios explosivos, incendiarios de gran poder destructivo, medios tóxicos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos.

La jurisprudencia, en un intento por precisar esta presunción ha indicado que para que ella pueda configurarse es menester que se trate de “*armas de gran poder destructivo*, sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres, pistolas u otras armas cortas”. Se exige además, de acuerdo al tenor literal del precepto, la *efectiva utilización* de los artefactos o artificios explosivos o incendiarios, es decir, “que el inculpaado no sólo los porte o lleve, sino que *haga utilización de ellos*, cometiendo el delito precisamente mediante la manipulación del artefacto”. Siendo así, aún cuando se pudiere dar por establecido que los inculpaados les hubieren “portado en bolsillos, cinturón o bolsos artificios de esa naturaleza, dicha circunstancia no es suficientemente capaz para hacer operable la presunción establecida en el inciso 2º del artículo 1º de la actual ley 18.314”⁹³⁸.

Merece la pena realizar algunas consideraciones en torno a esta presunción:

a) *La infracción al principio de legalidad.*

El recurso del legislador al sistema de las presunciones judiciales para eliminar las dificultades de prueba, es algo que el derecho penal moderno tiende a rechazar puesto que se violenta con ellas el principio de tipicidad y de legalidad o reserva. El tipo penal conceptualizado como la descripción pormenorizada que hace la ley de una conducta prohibida, tiene una función de garantía al ser una concreción del principio de legalidad. La ley penal debe referirse a hechos concretos y no puede dar simples criterios de punibilidad. El único sentido en que puede interpretarse la reserva en materia penal, para que constituya garantía, es como una referencia a hechos definidos y precisos, en suma, acciones humanas. Si la ley penal pudiera señalar simples criterios de penalidad, como lo es el caso de la citada presunción, dejaría de ser una garantía.

A pesar de estas consideraciones, este sistema no ha sido nunca ajeno a la legislación antiterrorista⁹³⁹, y no solo existe en la actual ley 18.314, sino que se observa también en otras

⁹³⁷ Informe Fiscal N° 498 de 9-2-1993, (fs. 532) apelación a S. de 1ª instancia de 30-11-1992 posteriormente confirmada por SCA de San Miguel de 17-5-1993, causa Rol N° 103-93, C/ Roberto Irrázabal y otros.

⁹³⁸ Sentencia de 1ª instancia de 15-9-1992 (*considerandos 10, 11 y 12*) dictada por la ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Stgo. Sra. G. Olivares, en causa Rol N° 49.595-91, contra Paula Carrasco y otros. Confirmada por SCA de 27-10-1992 (núm. 40-561-92).

⁹³⁹ En el primer proyecto de ley de conductas terroristas se quiso establecer como única causal de conducta terrorista

disposiciones del ordenamiento jurídico chileno, así por ejemplo, los casos de quiebra fraudulenta y culpable (art. 219 de la Ley de Quiebras) y algunas figuras de incendio que tienen como sujetos activos a los comerciantes (art. 483 CP), en los que se sustituye la tipificación de las conductas por el sistema de presunciones simplemente legales, todo lo cual, como ha señalado la doctrina⁹⁴⁰, constituye una infracción a la exigencia de tipicidad, exigencia que por lo demás tiene rango constitucional (art. 19 n°3 CPRCH). No es improbable, por tanto, que nos encontremos ante un problema de constitucionalidad ya que como aciertan MEDINA y MERA, en estos casos, “la ley escamotea la descripción de la conducta, presumiendo que ésta se ha realizado cuando concurren las circunstancias por ella señaladas”⁹⁴¹.

b) Infracción al principio de presunción de inocencia.

Aún cuando no corresponde en esta investigación introducirnos en materia procesal, hay que destacar que mediante las presunciones simplemente legales se afecta la presunción de inocencia, principio que consagra tanto la legislación internacional aplicable en Chile como en la propia Carta Constitucional. Dice el art. 14 del PIDCP: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, y el art. 19 n°3 inc. 6 de la CPRCH: “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Siendo una garantía constitucional, y de acuerdo a lo que señala la doctrina⁹⁴², la prueba de la culpabilidad recae sobre el Estado, sin que sea lícito invertir el onus probandi (carga de la prueba) a través de una presunción legal que obliga al sujeto a demostrar o acreditar su inocencia. Lo que hace el art. 1° n°1 de la ley 18.314 es presumir la culpabilidad del sujeto en cuanto a la intención o propósito de causar temor, generalizada o selectivamente, en circunstancias que legalmente corresponde presumir su inocencia conforme lo ordena la Constitución.

c) Problemas de doble incriminación.

Si los tipos penales de terrorismo se configuran por la presencia de la circunstancia 1ª del art. 1, y ésta se presume por el hecho de emplearse para la ejecución del delito determinados medios de comisión, observaremos que ella no resulta aplicable para la figura contenida en el n°4 del artículo 2°, pues éste contempla también el empleo de artificios explosivos. En efecto,

el “provocar maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella”, como elemento genérico a fin de calificar de terrorista cualquier conducta, lo que indudablemente habría llevado a un tipo penal abierto atentando expresamente contra el principio de legalidad. Es por ello que se acordó finalmente especificar cada una de las conductas en diversos numerales quedando este elemento genérico contenido en el artículo 1° n° 16 como una más de las conductas terroristas. A este elemento genérico se agregaba “el fin de obtener el cambio político, o uno revolucionario, por la vía armada”. La fórmula genérica contenida en él fue objetada por la Junta de Gobierno pues sus términos eran tan amplios y poco precisos que en la práctica todo crimen o simple delito podría ser calificado de terrorista si concurrían ciertos elementos objetivos que se presume son propios de los actos de esa especie. De haberse contemplado este elemento genérico, nos habríamos encontrado no con “delitos de terrorismo”, sino con “un delito terrorista” que se convertiría en una figura calificada de todos los crímenes y simples delitos de la legislación penal chilena. Por otra parte, la figura genérica del artículo 1°, presentaba una estructura integrada por elementos subjetivos que no requerían una correspondencia objetiva para la consumación del delito. El tipo incluía además, elementos normativos que debían ser especialmente valorados por el tribunal, lo que le daba la característica de ser un tipo abierto cuyo género por su imprecisión e incertidumbre, podrían afectar la seguridad jurídica. La Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno señaló que el tipo penal analizado y su integración por elementos subjetivos y normativos *obligaba a recurrir a presunciones para facilitar la prueba y dar efectividad a las disposiciones penales*, pudiendo el empleo de estas presunciones, afectar el principio de culpabilidad o por lo menos dificultar las garantías de defensa. Supra Cap. V. En la doctrina, PICKERING, 1988, pp. 59 y ss. DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, pp. 233 y ss.

⁹⁴⁰ MEDINA, C.- MERA, J., *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico* N°6, Septiembre, 1996, pp. 388 y ss.

⁹⁴¹ MEDINA, C.- MERA, 1996, p. 389.

⁹⁴² MEDINA, C.- MERA, 1996, p. 389, nota 60.

dentro de la multiplicidad e indeterminación de los medios de comisión, el empleo de algunos de ellos, a saber “arteficios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos”, hace presumir la existencia del propósito de causar temor a toda la población o a un sector de ella. El art. 2 n°4 por su parte, tipifica como delito de terrorismo – y que por tanto requiere la presencia de cualquiera de las finalidades alternativas del art. 1°: “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas”.

Siendo así, en el art. 2 n°4, el artefacto explosivo no es un eventual “medio de comisión” sino que se encuentra incorporado en la descripción de la conducta típica. Hay que recordar que medios de comisión son los instrumentos utilizados para ejecutar la acción típica, que el legislador designa como “instrumentos del delito”⁹⁴³, y que carecen de taxatividad, certeza o determinación ya que su naturaleza dependerá del tipo de delito de que se trate⁹⁴⁴. El darle al artefacto explosivo el carácter de medio de comisión del tipo penal descrito en el art. 2° n° 4, implicaría que la conducta típica podría prescindir del mismo y verificarse por otros medios. Dicho de otra manera, de ser considerado un medio de comisión, y de suprimirse el artefacto explosivo o incendiario, el tipo penal carecería de sentido e ilicitud.

Por todo ello, estimamos que se produce una doble incriminación atentando contra el principio de *non bis in ídem* ya que, al revestir el artefacto explosivo las características de elemento de la existencia del tipo y eventual medio de comisión se observa una doble fuente de ilicitud, la primera para la existencia del delito, y la segunda para la calificación terrorista del mismo.

Circunstancia Segunda del art. 1 de la ley 18.314.

Alternativamente el legislador exige en el n°2 del art. 1° para la configuración de los tipos penales de terrorismo: “Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Al igual que en el caso anterior, se trata de un elemento subjetivo del tipo y que presenta problemas similares en cuanto a su acreditación. La doctrina estima normalmente tal propósito se hará evidente pues “para que el acto sea eficaz desde el punto de vista del delincuente es indispensable que la autoridad de una u otra manera conozca su propósito”⁹⁴⁵.

Inicialmente este elemento no se encontraba previsto en el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, toda vez que se concebía el delito terrorista en él como un atentado en contra de la vida, integridad física o libertad de las personas realizado con la sola finalidad de causar temor a la población. Mas tarde y a indicación de un sector parlamentario se le incluyó por cuanto también es un elemento calificante de las conductas hacia el terrorismo que encontraba alero en la doctrina mayoritaria y en la legislación internacional⁹⁴⁶.

En realidad, parece ser que la circunstancia in comento ha sido pensada para el tipo penal específico de secuestro terrorista (art. 2 n°1), siendo éstos los casos en los que la

⁹⁴³ Así el art. 110 del CPP se refiere, entre las formas de comprobación del hecho punible a “los instrumentos que sirvieron para su perpetración”, y el art. 31 del CP señala que toda pena de un crimen o simple delito lleva consigo “la pérdida ...de los instrumentos con que se ejecutó”.

⁹⁴⁴ Así por ejemplo, el delito de estragos puede cometerse a través de bombas explosivas o también a través de sumersión o varamiento de nave (arts. 480 y 481 CP), el delito de incendio puede ejecutarse a través de la utilización de líquidos inflamables (petróleo, gasolina), o de un artefacto explosivo (arts. 474 y ss. CP).

⁹⁴⁵ GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p. 11.

⁹⁴⁶ Indicación de los Sres. Diputados Martínez, Bosselin, Cornejo, Molina y Rojo. Véase *Historia de la ley 19.027*, ob. cit. p.56.

jurisprudencia ha considerado su aplicación⁹⁴⁷. Más nada obsta a que también pudiese darse en casos como los de amenaza de cometer delitos de terrorismo, por ejemplo amenaza de ejecutar un homicidio, como ha sucedido en la realidad española⁹⁴⁸.

Decíamos que el requisito exigido por este numeral estaba contemplado en cierta medida en el antiguo artículo 1º nº 15, pero también en el nº 5 del antiguo artículo 1º que señalaba: "Realizan actos terroristas, los que cometieren alguno de los delitos de secuestro contemplados en el artículo 5 b) de la ley 12.927". Este artículo 5º letra b) de la citada, ley modificado por el artículo 2º de la ley 18.222, establecía serias penalidades a "los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o intimidar a la población, privaren de libertad a una persona". La misma idea se contiene en el actual artículo 5º letra b) de la Ley de Seguridad del Estado (12.927), modificado, como aparece en su texto actual, por la ley 19.027.

De ahí la existencia de un problema de concurso de leyes entre la ley 18.314 sobre conductas terroristas y la ley 12.927 sobre seguridad del Estado ya que una de las hipótesis delictivas de la primera consiste en ejecutar el delito de "secuestro" (art. 2 nº1) con la finalidad de "arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad" (art. 1 nº2), hipótesis que a la vez se encuentra tipificada en el art. 5 b) de la ley 12.927, como delito contra la seguridad interior del Estado. Así, no parece feliz la inclusión de esta circunstancia, y aunque en ella pueda advertirse un cierto atisbo de reconocimiento de la finalidad política, no tiene a nuestro juicio entidad suficiente para ejercer como elemento calificador de las conductas para que ellas se configuren como delitos de terrorismo, pues nada asegura que estas exigencias que se imponen a la autoridad tengan una naturaleza estrictamente política.

En este sentido concordamos con MERA⁹⁴⁹ que en su día, refiriéndose a la antigua ley, advirtió la contradicción en que se incurría al suponer que puede existir un delito de terrorismo cuando no se crea un grave temor en la población, y por el contrario, suponer que existe cuando solo se realiza para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad. Para MERA: "si no logra crearse ese temor, no puede haber delito terrorista"⁹⁵⁰.

No hay ninguna objeción para seguir sosteniendo este argumento. El abanico de hipótesis delictivas puede desplegarse de manera tal que no sea necesaria la presencia de la circunstancia 1ª, y tan solo la de la segunda. Esto amplía excesivamente el ámbito de punibilidad. Pensemos, por ejemplo, en los delitos cometidos por narcotraficantes y que en teoría deben ser sancionados a la luz de la ley 18.403. Y sin embargo, nos encontramos con que un narcotraficante que secuestra a una persona e impone exigencias a la autoridad, perfectamente puede cometer un delito de terrorismo según se desprende del art. 2 nº1 en relación con el art. 2 nº2 de la ley 18.314. Y si vamos más allá aún, pueden también sancionarse bajo este título conductas que mas bien pertenecen al ámbito de los desórdenes públicos y que sociológicamente pueden ser consideradas violencia social. Así por ejemplo, lanzar cócteles molotov en el curso de una manifestación estudiantil, obrera, de minorías étnicas, etc. para conseguir determinadas resoluciones de la autoridad, sea gubernamental o estudiantil.

En nuestra opinión, la creación o el resultado de temor es un elemento que debe encontrarse presente en todo delito de terrorismo, pero no solo él, sino además la lesión o peligro para la vida, integridad o salud de las personas, ya que ellos, dirigidos hacia la lesión del bien jurídico protegido (ordenamiento constitucional democrático) constituyen la base material

⁹⁴⁷ SC. Marcial de 31-7-1991, Rol Nº 1742-87 (*Caso del secuestro al coronel de Ejército C. Carreño*)

⁹⁴⁸ Así por ejemplo el asesinato de un concejal del Partido Popular (M. Blanco) en 1997, acción que ETA llevó a cabo ante la negativa del gobierno de ceder a sus requerimientos de implementar la política de acercamiento de los prisioneros.

⁹⁴⁹ MERA, J. "*Ley 18.314: Los delitos terroristas*", doc. inédito, sin publicar, Julio de 1984, p. 26.

⁹⁵⁰ MERA, 1984, p.26.

del terrorismo. Por estas razones, consideramos inadecuada la inclusión de la circunstancia 2ª del art. 1 de la ley 18.314, ya que al señalarse como finalidad alternativa convierte al terrorismo en un cajón de sastre de otras conductas.

Reiteramos nuestra crítica en torno a la carencia de una referencia expresa hacia la finalidad política en los tipos penales ya que es ella en definitiva la que sirve para la identificación del bien jurídico protegido. Al no vincular las conductas descritas a objetivo político alguno, puede llegar a sostenerse incluso su innecesariedad toda vez que ellas perfectamente pueden ser sancionadas a través de los tipos penales descritos en la ley común o especial, y por lo demás no parece adecuarse al concepto de terrorismo que contiene la Constitución Política en cuyo art.9º lo designa como esencialmente contrario a los derechos humanos.

3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Los tipos penales de terrorismo en la legislación española se construyen sobre la base de determinados delitos comunes que han de ser cometidos *con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*. Dicha finalidad alternativa es exigida tanto en los delitos en los que se describen conductas llevadas a cabo en el marco de una banda armada, organización o grupo terrorista (arts. 571 a 576), como en aquel que tipifica la conducta que se desarrolla al margen de tales organizaciones (art. 577). A la vez se pone de manifiesto el reconocimiento a la finalidad política para la construcción dogmática.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, como se decía, dichas finalidades constituyen elementos subjetivos de lo injusto. Un sector minoritario estima que se trata de un “dolo específico” y otro sector si bien reconoce que la finalidad es un elemento subjetivo de lo injusto, confunde esta finalidad con otro tipo de propósitos⁹⁵¹.

El dolo, como se ha indicado antes, implica la realización de los elementos del tipo, sin que abarque la lesión del bien jurídico pues éste es previo al ilícito penal⁹⁵². Las finalidades alternativas exigidas por los tipos, en cambio, sí dicen relación con el bien jurídico protegido. Por esta razón tampoco compartimos la opinión de quienes estiman que el elemento subjetivo de lo injusto característico de los delitos de terrorismo es “unas veces la propaganda de una ideología política, pues sin comunicación de masas no habría terrorismo; otras veces, la creación de una situación de inseguridad ciudadana o de intimidación social; en fin, en otras ocasiones, la destrucción del régimen político y del orden social”⁹⁵³.

Las finalidades exigidas por el legislador se orientan hacia la lesión del bien jurídico, a lo que no parece adecuarse el considerar que “la propaganda de una ideología política” pueda constituirse en una finalidad (elemento subjetivo) susceptible de servir como elemento para la incriminación de conductas de terrorismo. El tenor literal señala dos propósitos: subvertir (alterar) el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y si bien es cierto hemos discutido la relación que pueda existir entre el ordenamiento constitucional democrático como bien jurídico protegido y la paz pública, en el entendido que ésta parece semejar más el objeto de tutela penal con conceptos tales como “seguridad ciudadana”, “tranquilidad en las calles”, estimamos que en la construcción típica ambas finalidades constituyen técnicamente elementos subjetivos de lo injusto ya que se dirigen a lesionar el bien jurídico.

Ellas son un elemento subjetivo específico de lo injusto, bastando con que el autor confiera a la acción típica un especial sentido subjetivo, y que viene a reducir el ámbito de una conducta más amplia (ej. estragos del art. 346 CP, delito común) a una más concreta dentro de

⁹⁵¹ Así MARTÍNEZ CARDÓS, 1996, p. 487.

⁹⁵² MIR PUIG, *DP.PG.* 1996, p. 239; ob. cit. 1995, pp. 11-35; QUERALT, J. ob. cit. 1995, p.41; ZAFFARONI. *Tratado de DP.*, Vol. III, 1982, pp. 22-223; GIL GIL, A., 1999, p.169.

⁹⁵³ MARTÍNEZ CARDÓS, 1996, p. 487.

la primera (ej. estragos terroristas del art. 571 CP, delito de terrorismo). Técnicamente, como se ha dicho, son *elementos subjetivos de tendencia interna intensificada* que configuran a estos tipos penales como “delitos de tendencia interna intensificada”⁹⁵⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido unánime a este respecto. En algunas ocasiones ha estimado que la alteración de la paz es una consecuencia accesoria del delito en concreto de que se trata (homicidio, estragos, etc.), aunque sea intencionada. Frente a ello cabe argüir, como acierta PRATS CANUT⁹⁵⁵, por un lado, de ser así, estas finalidades de alterar la paz o el orden constitucional deberían ser imputadas a título de dolo directo de segundo grado, tipo de dolo que no puede existir dada la estructura de delito de tendencia interna intensificada que poseen los delitos de terrorismo; y de otro lado, que orden y paz pública no son conceptos iguales, siendo la paz pública un concepto mucho más amplio que el de orden constitucional. En otras ocasiones el TS parece acoger el criterio que aquí se sostiene calificando los delitos de terrorismo como “delitos tendenciales”, esto es, aquellos en los que “la acción que provoca el delito se objetiviza en cierto sentido y en cada caso concreto, y de ahí que el elemento subjetivo o intimista tenga que inferirse de modo muy directo de los hechos antecedentes y concomitantes que concurren en la actividad presuntamente delictiva”⁹⁵⁶.

Evidentemente, en este último caso, se está refiriendo al requisito subjetivo del dolo, elemento culpabilístico de la intencionalidad que debe encontrarse presente en todos los tipos dolosos, y que no necesariamente dice relación con las finalidades exigidas por el legislador. Así por ejemplo, en el delito de depósito de armas, el dolo viene dado por “el conocimiento positivo de que el fin de la utilización no era el servicio policial...”⁹⁵⁷, y la acción se dirige-intencionada por el propósito del autor de alterar el orden constitucional o la paz pública- hacia la lesión (resultado de lesión o de peligro) del ordenamiento constitucional democrático.

A diferencia de lo que ocurre en el caso chileno, la legislación española no establece presunción alguna de esta finalidad, ella debe acreditarse, o no tomarse en consideración cuando concurre un ánimo específico acreditado, la cual en principio, excluiría cualquiera otra de las finalidades no acreditadas. La presencia de estos elementos subjetivos no necesariamente implica relegar a un segundo plano el desvalor objetivo de la conducta - y por tanto penalizar prioritariamente la intención - porque se trata de elementos subjetivos que no vienen a anticipar la punibilidad sino a concretar la forma de lesión al bien jurídico colectivo que se pretende proteger, debiendo, en todo caso, ponderarse los antecedentes de hecho del ilícito cometido.

A este respecto nos remitimos a lo ya señalado en orden a que se requiere para la consumación del delito de terrorismo, que la conducta ponga en peligro (concreto) el bien jurídico colectivo, peligro para cuya acreditación deberán ponderarse los elementos propios del hecho realizado⁹⁵⁸. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado también que este elemento intencional específico en los delitos de terrorismo puede darse por acreditado por el hecho de probarse la pertenencia del autor a una organización reconocidamente terrorista ya que ella “lleva implícito el elemento subjetivo del injusto universalmente proclamado y reconocido por la banda armada”⁹⁵⁹ de que se trate.

En cuanto al dolo, como se ha dicho: abarca el conocimiento y voluntad del acto ilícito, los elementos del tipo, o de cada tipo en particular, no abarca las finalidades exigidas por el legislador (elementos subjetivos de tendencia interna intensificada) que dirigen la acción hacia la lesión del bien jurídico protegido, produciéndose la consumación cuando se comprueba el

⁹⁵⁴ En esta opinión, que compartimos, PRATS CANUT, 1996 a), p. 1582, 2ª ed. 1999, p.1622.

⁹⁵⁵ PRATS CANUT, 1996 a), p.1582, 2ª ed. 1999, p.1622.

⁹⁵⁶ STS 21-7-1993. Cfr. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 405.

⁹⁵⁷ Así STS de 14-12-1993. Cfr. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 345.

⁹⁵⁸ Por todos, PRATS CANUT, 1996 a), pp.1582-1584.

⁹⁵⁹ STS de 24-10-1998, núm. 1237/1988 (RJ 1998/8321).

resultado de peligro (concreto) para el ordenamiento constitucional democrático. No es necesario que se consuma el delito (común) en concreto de que se trata, por ejemplo, delito de estragos o incendio, basta con la realización de actos ejecutivos idóneos para producir el riesgo concreto. La responsabilidad por el resultado producido en los tipos penales de terrorismo puede ser también imputada a título de dolo eventual. Un sector de la jurisprudencia parece acoger una postura similar a la que mantiene MIR PUIG en cuanto a que estima la concurrencia de este dolo en los casos en los que se produce la muerte de una o más personas, consecuencia no deseada por el agente, pero previsible atendida la naturaleza de la acción que se ejecuta⁹⁶⁰.

4.- Digresión sobre culpabilidad y delincuente por convicción⁹⁶¹.

Si la culpabilidad es “la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”⁹⁶², podría sostenerse, en principio, que este juicio de reproche carece de sentido tratándose del autor por convicción política, categoría criminológica a la que pertenece el que ejecuta delitos de terrorismo, ya que éste actúa motivado por un convencimiento ideológico que cuestiona no solo la eficacia de la norma penal sino también su valoración, oponiendo su ideología al sistema de valores impuesto en el sistema. Algo similar parece apuntar MUÑOZ CONDE⁹⁶³ cuando afirma que la culpabilidad presupone “la posibilidad de internalización” de la norma penal por el sujeto, lo que a su vez requiere la posibilidad de participación del sujeto en los valores afectados por su acción, motivación de la norma que evidentemente traerá consecuencias especialmente en el ámbito del derecho penal político y en el contexto de un Estado social y democrático de derecho.

No es ésta la opinión de la doctrina mayoritaria para la cual no es preciso que el autor del hecho antijurídico se sienta culpable del mismo, sino que basta que haya realizado la conducta en las condiciones de atribuibilidad que exige el derecho⁹⁶⁴. A decir de MIR PUIG⁹⁶⁵ “no cabe negar la responsabilidad penal del autor...por mucho que el mismo no se sienta culpable por considerar suficientemente válidos los motivos que le impulsan a matar”, caso en el cual se encuentra el delincuente por convicción que, generalmente por motivos políticos o religiosos no experimenta sentimiento de culpabilidad a pesar de conocer las consecuencias jurídicas de su comportamiento.

Aceptado que sea el juicio de reproche la discusión se ha centrado en la naturaleza de la culpabilidad del autor por convicción. Un sector doctrinal distingue entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral, indicando que la carencia de la segunda no impide la presencia de la primera. Para este sector, la imputación personal jurídico penal que se hace al autor no precisa de un sentimiento ético ni psicológico. En esta tendencia MIR PUIG afirma que “si no es suficiente una culpabilidad moral sin imputación jurídico-penal, sí es bastante la imputación jurídico-penal aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral. De ahí que no deba confundirse el conocimiento de la antijuridicidad necesario para la imputación personal, con la creencia del sujeto de que su conducta no merece ser antijurídica”⁹⁶⁶.

⁹⁶⁰ La AN estimó que la responsabilidad por el resultado de muerte de un ertzainza es imputable a título de dolo eventual “pues el hecho de acudir el autor material y el acusado armados al lugar, pone de relieve su intención de evitar a toda costa su detención en caso de ser descubiertos, lo que patentiza la propia actitud del acusado cuando trataba de escapar llevando el arma de fuego en la mano y de lo que no pudo hacer uso al perder el cargador”. La calificación jurídica correspondiente es la de homicidio. SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161).

⁹⁶¹ Cfr., supra Cap. III, II, 3. *El terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción*.

⁹⁶² CURY URZÚA, E. *DP.PG.* T. II, Ed. Jurídica de Chile, 1985, p.1.

⁹⁶³ MUÑOZ CONDE, F. “*El principio de culpabilidad*”, en *Jornadas de profesores de derecho penal*, Fernández Albor (Ed.), 1975, pp.231, 233 y 240.

⁹⁶⁴ Así CORDOBA RODA. *Culpabilidad y Pena*, 1977, pp.29 y ss.; CERESO MIR, *Culpabilidad y Pena*, en *ADPCP*, 1980, pp. 347 y ss., esp. p.363, nota 61, MIR PUIG, 1996, p.537.

⁹⁶⁵ MIR PUIG, S. *DP.PG.*,1996, pp.537-538.

⁹⁶⁶ MIR PUIG, S. *DP.PG.*,1996, p. 538. En sentido similar OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, OCTAVIO DE

Para otro sector de la doctrina el juicio de reprochabilidad en el delincuente por convicción también debe extenderse al ámbito moral. En esta opinión Peter NOLL estima que el cumplimiento de las leyes penales es ante todo un deber moral desde que “las normas jurídicas están fundadas moralmente en la medida que protegen bienes jurídicos”⁹⁶⁷. De allí que la culpabilidad jurídico penal deba vincularse con un juicio ético social sobre la actuación del autor.

En nuestra opinión, concordando con la doctrina mayoritaria, estimamos que en los delitos de terrorismo nada obsta a que el hecho típico sea atribuible a su autor, ya que éste actúa intencionadamente (finalidad) realizando los elementos del tipo penal y con conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento. No es éste un caso de delincuencia por convicción en los que pueda someterse a cuestionamiento la eficacia del derecho, sobre la base de la admisión subjetiva o internalización de la norma por los individuos, como sí podría ocurrir tratándose de los comportamientos de delincuentes políticos en strictu sensu, o de delincuentes por motivos religiosos, o meros objetores de conciencia⁹⁶⁸. Las razones para privar al terrorismo de los beneficios que son propios al delincuente por convicción radica en las diferencias que existen desde el punto de vista criminológico, y que se fundan en el respeto a ciertos principios⁹⁶⁹.

No resulta pertinente, asimismo, fundar la culpabilidad del delincuente en los delitos de terrorismo basado en criterios de peligrosidad social, esto es, una culpabilidad de carácter, de personalidad o de conducción de vida ⁹⁷⁰. Tampoco puede estimarse que deba existir una vinculación entre la culpabilidad moral y la culpabilidad jurídico penal puesto que no se trata de una “culpabilidad de conciencia”, sino de una “culpabilidad normativa”, un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme a derecho. Hay que recordar que la crisis del concepto de culpabilidad en la dogmática jurídico penal tuvo su origen en el abandono de la doctrina de la tesis del fundamento de la culpabilidad basada en el libre albedrío, cuya consecuencia fue la de limpiar de toda connotación moral el juicio de reproche que se hace al autor de un hecho ilícito.

Empero, no puede desestimarse a priori la exclusión de la culpabilidad en el delincuente por convicción. Y en esto concordamos con TAMARIT SUMALLA entendiendo que en ciertos casos existe la posibilidad de hallar alguna causa de justificación o de inexigibilidad por miedo insuperable, o eximentes incompletas o atenuantes⁹⁷¹. Para arribar a esta conclusión deben considerarse las dos acepciones de motivación de la norma en la teoría de los imperativos. La primera se refiere al proceso de “internalización” de la norma penal por el sujeto, caso en el cual la pena encuentra su fundamento en el juicio de reproche que el transgresor de la norma se hace a sí mismo. La segunda se refiere a la incidencia de la norma en la conciencia del sujeto de manera tal que éste obre eludiendo todas las posibilidades que puedan llevarle a un castigo seguro por parte del ius puniendi estatal⁹⁷². En este último caso “el juicio de culpabilidad no se

TOLEDO Y UBIETO, E. *Sobre el concepto del Derecho Penal*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p.134. En la doctrina alemana BAUMANN y HEINITZ, Cfr. TAMARIT SUMALLA, 1989, p.397.

⁹⁶⁷ NOLL, Peter. *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, ZStW 78, 1966. Cit por TAMARIT SUMALLA, 1989, pp.397 y ss.

⁹⁶⁸ Para una visión jurisprudencial y doctrinal, véase TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el derecho penal*, Edit. PPU, 1989, pp. 367 y ss.

⁹⁶⁹ A este respecto, BAUCELLS, J. *La delincuencia por convicción*. Tirant Monografías, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 37, 214-215, 219-220. Véase Supra Cap. III, II, 3. *El terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción*,

⁹⁷⁰ BUSTOS, J. *Manual de DP. Español. PG*, Ed. Ariel, 1984, pp.361-362. Le siguen en Chile MEDINA, C. - MERA, J. 1996, pp.438 y ss.

⁹⁷¹ TAMARIT SUMALLA, 1989, pp. 415 y ss.

⁹⁷² OCTAVIO DE TOLEDO, 1981, pp.126 y ss.

basará ya en un sentimiento de autoreproche, sino en la mera constatación de una ‘normalidad motivacional’, una capacidad de captación de la amenaza penal en el sujeto”⁹⁷³.

En el Estado democrático la segunda acepción del concepto de motivación parece tener mayor hacidero que la primera, puesto que sostener la exclusión de la culpabilidad en el autor por convicción sobre la base de no haber “internalizado” la norma, implica, a contrario sensu que el *ius puniendi* debería estar dirigido a controlar la conciencia o ánimo interno de los ciudadanos, todo lo cual no resulta compatible con el pluralismo político y la libertad ideológica. En cambio, si se acepta que el sujeto “es motivable” por la norma, pero que, a conciencia e impulsado por una convicción opuesta al sistema de valores impuesto por la mayoría, actúa de manera contraria a lo que el Derecho espera de él, en principio no cabe excluir la culpabilidad. Esta aseveración, como acierta TAMARIT, no puede ser absoluta sino que deberá matizarse en cada caso concreto⁹⁷⁴.

De ahí que, en principio, pueda atribuirse la culpabilidad del hecho típico y antijurídico a quien comete delitos de terrorismo, sin que pueda llegar a sostenerse que “la conciencia diferente” a que se refiere BUSTOS⁹⁷⁵, permita excluir la imputación personal, configurándose como una causa de no exigibilidad completa o incompleta de una coincidencia entre la conciencia del sujeto y la que sirve de base a su sistema en relación a ese injusto concreto. No obstante, existen algunos casos, particularmente tratándose de los actos de colaboración con banda armada en los que cabe la posibilidad de contemplar alguna causa de justificación (estado de necesidad) que excluya la antijuridicidad del hecho, como ocurre en la mediación en el delito de detención ilegal. En suma, hay que precisar bajo qué presupuestos puede atribuirse subjetivamente al autor el injusto cometido, y entender la culpabilidad de modo que no resulte contradictoria con los derechos humanos para que refleje los postulados del Estado democrático de derecho⁹⁷⁶.

CONCLUSIONES

1. EN CUANTO AL CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

De la redacción de los arts. 1º y 2 de la LCT 18.314 se deduce que el concepto de terrorismo gira en torno a la existencia de tres elementos: a) elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por los autores, b) la utilización de medios extremadamente dañosos, c) para atentar contra bienes jurídicos que se presentan de manera dual: bienes jurídicos individuales y colectivos.

En cuanto al elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por el autor, éste se configura como elemento subjetivo en los tipos penales (art. 2). A diferencia de la legislación española, el elemento teleológico no es claramente político sino que se relaciona mas bien con la idea de tranquilidad pública (intimidar a la población o a un sector de ella, art. 1 nº1), y en este sentido puede ser considerado denominador común con ella desde que los arts. 571, 575 y 577 del CP español requieren también la finalidad de “alterar gravemente la paz pública”. Por otra parte, la redacción del art. 1 permite advertir una tendencia *tímida aún* en relación al reconocimiento de una finalidad política en los delitos de terrorismo al contemplar también el

⁹⁷³ TAMARIT SUMALLA, 1989, p.400.

⁹⁷⁴ TAMARIT SUMALLA, 1989, p.400.

⁹⁷⁵ BUSTOS, J. “*El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a*”, en *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, 1987, pp.360-361.

⁹⁷⁶ En esta opinión refiriéndose a la culpabilidad en general, la doctrina chilena POLITOFF, S. “*Sistema jurídico penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho*”, en *RchDDHH*, Nº 11, Nov. 1989, Programa de Derechos Humanos de la AHC, Stgo. Chile, p. 15. También MEDINA, C.- MERA, J. 1996, p.440. Para estos autores debería añadirse un nuevo elemento para la existencia de responsabilidad penal, esto es, además de la existencia de un injusto típico, el sujeto debe ser culpable del mismo (lo que es distinto de fundar la responsabilidad penal en la culpabilidad), entendida la culpabilidad de manera tal que no resulte contradictoria con los derechos humanos.

ánimo de “arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad”, aunque no necesariamente debe tratarse de exigencias políticas. La finalidad política se encuentra presente en ciertas figuras de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

Esta “ausencia” de un elemento subjetivo de carácter político en los injustos de terrorismo tuvo por finalidad diferenciarles de las conductas atentatorias contra la seguridad del Estado, para dar cumplimiento a lo que la Carta Fundamental señala en orden a la consideración de tales delitos como comunes para todos los efectos legales, y como conductas esencialmente contrarias a los derechos humanos. Es cierto que como se señaló en la discusión parlamentaria previa a la ley 19.027, el terrorismo es una acción indiscriminada, que no siempre se dirige contra una determinada persona; y que puede afectar a personas no definidas, no queridas por su autor y, en buena parte, a inocentes, pero diseñar un concepto jurídico de terrorismo sobre la base de la utilización de medios especialmente crueles o bárbaros supone un desconocimiento del fenómeno en su dimensión histórica y social. No todo delito cometido con medios de esta naturaleza puede ser calificado como terrorista. Por esta razón es que se necesita un elemento subjetivo en el tipo debiendo reconocer como cierto que el terrorismo tiene por finalidad, causar temor en toda la población o en una parte de ella, que fue la idea crucial durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027. En cierto sentido se está aludiendo a los efectos o resultados de terror o alarma pública que pueda producir la actividad terrorista, efectos o resultados que tampoco son privativos de este tipo de delincuencia⁹⁷⁷.

Compartimos la idea de acción indiscriminada, porque precisamente esto es lo que le da su carácter de contrario a los derechos humanos, sin embargo el legislador no se pregunta el para qué de la finalidad de atemorizar a la población a través de esta acción indiscriminada. Como hemos dicho el terrorismo se caracteriza por su intento de someter a un sector o toda la población para que sobre la base del miedo adhiera a determinadas concepciones políticas.

El terrorismo tiene pues una característica: la finalidad política, objetivo que se persigue a través de la utilización de otra finalidad provisoria, o instrumento si se quiere, que es la de causar temor en un sector o parte de la población, y que utiliza métodos de acción indiscriminados sin reparar en las eventuales víctimas. En Chile no hemos tenido jamás un caso en el que mueran indiscriminadamente personas como producto de los delitos cometidos por parte de grupos insurgentes⁹⁷⁸. La violencia política ha sido más bien selectiva. *Reconocer relevancia a la finalidad política ideológica no dificulta la comprensión de los tipos penales* ni tampoco obliga a aplicar el tratamiento benigno propio de la delincuencia política, esto es, no conduce a una atenuación de las penas. *Aquí no se están sancionando ideas*, sino que actos que atentan contra la convivencia democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, actos que se materializan en la comisión de delitos comunes que en su realización provocan un daño indiscriminado. Lo que se sanciona es un delito común que forma parte de la táctica de una organización, y cuya estrategia consiste en obligar a la comunidad a adscribir a una determinada idea política sobre la base del temor. Por el contrario, y como se ha puesto de manifiesto en ya reiteradas ocasiones, el no reconocer relevancia política al terrorismo, y crear tipos penales solo sobre la base de los medios especialmente dañosos empleados y la finalidad de causar temor, terror, o alarma pública conlleva el peligro de extender la punibilidad hacia otras formas de violencia, distintas del terrorismo, suponiendo además una infracción al principio de lesividad, que hace radicar el fundamento de los delitos en la exclusiva protección de bienes jurídicos. En los delitos de terrorismo este bien jurídico, como hemos analizado y al que también nos

⁹⁷⁷ A este punto nos hemos referido in extenso al analizar La conducta en la legislación chilena planteando una interpretación de *lege ferenda* en relación a la provocación de terror o alarma pública.

⁹⁷⁸ Como sí ha ocurrido en otros países en los que las víctimas son civiles ajenos a la lógica de la guerra. Por ejemplo, en España en el caso la matanza de Atocha (1977) a manos de los sectores fascistas (Alianza Apostólica Anticomunista española en conexión con Avanguardia Nazionale italiana) y la bomba puesta por ETA en el supermercado Hipercoor (1987) y en Gran Bretaña los atentados del IRA, particularmente el de 15-8-1998 en el Centro de Omagh.

referiremos en estas conclusiones, tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático.

Es justo, en todo caso, reconocer que la ley 19.027 realiza un esfuerzo por limpiar de objetivismo la legislación antiterrorista al contemplar un elemento subjetivo en los tipos penales relativo a la finalidad, intentando dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 9º CPRCH, que por otra parte, destaca como característica esencial al terrorismo el ser atentatorios contra los derechos humanos, y que parece ser el criterio político criminal que ha marcado la consideración de medios especialmente dañosos y la provocación de la alarma o terror en la conducta. Empero, la Constitución Política, en ningún momento desconoce al terrorismo la finalidad política. Se limita a privarle del tratamiento privilegiado que merece la delincuencia política. Esto parece ser reconocido en parte por el legislador, como decíamos, el hecho de contemplar como requisito alternativo un elemento subjetivo relativo a la finalidad de “imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad” puede interpretarse, de lege ferenda, como un reconocimiento implícito de la finalidad política. Da la impresión de que el legislador se queda en el umbral, sin atreverse a entrar en el fondo del problema, que no es otro que el objetivo del terrorismo: *influir políticamente* en determinados sectores de la población o en la sociedad toda, a través de la creación de un estado de inseguridad colectivo, imponiendo, sus ideas a través de la comisión de delitos que importan una violación de los derechos humanos, y que se dirigen a alterar el *ordenamiento constitucional democrático*. Nótese que con ello abarcamos no solo las conductas del terrorismo insurgente sino también las del terrorismo de Estado.

En nuestra opinión, una aproximación correcta a lo que debe entenderse por terrorismo desde el punto de vista penal estaba contenida, en parte, en la definición que describía el primer informe de la CCLJ respecto del proyecto de ley (posteriormente ley 19.027). Dicho proyecto concebía el terrorismo como un delito de forma libre, es decir, determinados delitos comunes que podían ser calificados como tales concurriendo tres circunstancias⁹⁷⁹:

“ 1ª Cometer el delito con la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría de personas.

2ª Que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si éstas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente como si se intimida verosímilmente con su uso.

3ª Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.”

Lamentablemente la circunstancia 2ª fue eliminada tras el debate parlamentario, como hemos examinado, conservándose las circunstancias 1ª y 3ª que son las que actualmente contempla la definición legal de terrorismo en los arts. 1 y 2 de la ley 18.314. Si de esta definición que se proponía se tomaran *copulativamente*, por una parte, la circunstancia primera, eliminando la presunción de la finalidad sobre la base del empleo de determinados medios dañosos, para evitar caer en un objetivismo extremo, y por otra parte, la circunstancia 2ª conectándola a la finalidad de “alterar el ordenamiento constitucional democrático”, no habría necesidad de contemplar la circunstancia tercera, y quizá podríamos arribar a un concepto legal de terrorismo mas claro y mas acorde con los principios de legalidad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

2. EN CUANTO AL CONCEPTO TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

⁹⁷⁹ *Historia de la Ley 19.027...*, ob. cit. pp. 31 y ss., p.38.

De la interpretación conjunta de los arts. 515, 571 y ss. puede desprenderse que el concepto de terrorismo en la legislación española gira en torno a los siguientes elementos: a) Un elemento estructural: la noción de banda armada, organización o grupo terrorista, b) Un elemento teleológico: la finalidad política de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y c) elemento instrumental: comisión de determinados delitos comunes tipificados en otros artículos del CP. Paralelamente en el art. 577 rompe con la tradición legislativa acerca de la consideración del elemento estructural concibiendo la posibilidad de que los delitos de terrorismo puedan ser cometidos por sujetos actuando al margen de las bandas armadas u organizaciones terroristas. Existe pues una doble tipificación: las conductas cometidas en el marco de la estrategia diseñada por una banda armada u organización terrorista, y las conductas cometidas fuera de ese marco. Ambas conductas se encuentran unidas por una misma finalidad: política; y por una similar forma de comisión: delitos comunes.

De allí que la definición legal de terrorismo, como hemos reiterado siguiendo ala doctrina mayoritaria sea aun inconcreta, carece de un significado unívoco y preciso. Es cierto que como ha dicho la doctrina, lo importante en este concepto nuevo de terrorismo es la finalidad política que se persigue, porque ella se emplea para calificar como individual el comportamiento descrito en el art. 577⁹⁸⁰, pero esta afirmación no impide considerar la importancia que se asigna aún al elemento estructural, cuestión que se comprueba tan solo con observar la estructura de los tipos penales y la legislación antiterrorista en general. Tanto los arts. 571 y ss. del CP, a excepción del art. 577, como el art. 55.2 de la CE y los respectivos de la LECrim giran en torno a la consideración del terrorismo como violencia política organizada, es decir, la patrocinada por organizaciones terroristas.

1.- La inconcreción del concepto de terrorismo obedece mas bien a la tautología en la que el legislador cae al intentar concebirle jurídicamente. Si miramos los arts. 571 y 572 se observa fácilmente que para el legislador “terrorismo es lo que cometen organizaciones terroristas”. No ofrece definición alguna en relación a lo que debe entenderse por banda armada, organización o grupo terrorista, aunque es cierto que a la luz del art. 571, como ha señalado alguna doctrina⁹⁸¹, parece un poco mas preciso este concepto desde que se remite a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que tengan por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

Si bien el elemento finalístico puede dar alguna luz en orden a la definición de este tipo de organizaciones, hemos visto que ello no resulta suficiente, y hemos debido recurrir a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para determinar qué es lo que debe entenderse por tales. Así hemos señalado:

a) El concepto de banda armada exige las notas de organización y el carácter armado. La organización alude a un grupo de individuos que se encuentran vinculados formando una estructura jerárquica y disciplinada, que goza de cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, siendo irrelevante en nuestra opinión el factor numérico, ya que lo que permite distinguirla de las formas de participación en el delito y la codelincuencia no es el número de individuos que lo integran, sino los delitos cometidos, que han de ser parte de una estrategia terrorista diseñada por una organización, y sobre la base de un juicio de idoneidad. El carácter armado implica que dicha organización debe poseer armas que se encuentren a disposición de sus integrantes, independientemente de la posesión que de ellas pudieren tener a título individual cada uno de los miembros siempre que se encuentren a disposición de la organización, estimando que por tales puede entenderse las descritas en la STS de 29-07-1998 (*Caso Marey*).

⁹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.780.

⁹⁸¹ Así, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p. 779, CALDERÓN CERESO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1231.

b) Existen bandas armadas comunes y bandas armadas terroristas, conclusión a la que hemos llegado luego de interpretar la STC 1999/1987. La diferencia entre ambas se encuentra en el programa político que debe animar a las bandas armadas terroristas y que está destinado a lesionar el bien jurídico protegido, ordenamiento constitucional democrático, sin que pueda estimarse correcto en este sentido lo que decía el TC en la citada sentencia respecto a que las bandas armadas comunes merecen el mismo tratamiento agravatorio que las terroristas. Ello porque en nuestra opinión el fundamento político criminal del terrorismo se encuentra en la intención de las organizaciones de alterar el ordenamiento constitucional democrático, optando por el uso de la violencia, en lugar de utilizar las vías de participación que “materialmente” ofrece- o debe ofrecer_ el sistema político, violencia que se concreta en delitos que significan un ataque frontal a los derechos humanos. Es difícil pensar que una banda armada común, la que no busca objetivo político, como podría perfectamente serlo un grupo xenófobo, pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que ella también lesiones bienes jurídico individuales o colectivos, como lo sería “el grupo humano” en el genocidio. Para su punición la legislación común ya contempla una expresa previsión.

Reafirma esta distinción el hecho de encontrarse las bandas armadas tipificadas como delito de asociación ilícita en el art. 515.2, separadas de las organizaciones o grupos terroristas, y luego, como elemento de lo injusto en los arts. 571 y ss. CP, situación que, por otra parte, plantea problemas de doble incriminación que hacen cuestionable la necesidad de la existencia de la asociación ilícita terrorista como un tipo penal autónomo.

c) Conforme a lo anterior, la banda armada puede pertenecer tanto al ámbito de la criminalidad común como al de la criminalidad terrorista, en cambio las organizaciones o grupos terroristas se moverán siempre dentro del área de la criminalidad terrorista.

Tras el examen de las distintas opiniones de la doctrina y nuestras apreciaciones a su respecto hemos elaborado nuestra opinión al respecto y que resumimos: la diferencia entre las bandas armadas terroristas y las organizaciones o grupos terroristas debe hacerse a la luz de dos elementos: de un lado, el *bien jurídico* que se pretende proteger (ordenamiento constitucional democrático), y de otro lado, la *posibilidad o capacidad de lesión* a dicho bien jurídico por parte de las mencionadas organizaciones. Sobre esta base puede afirmarse que si bien es cierto tanto las bandas armadas terroristas, como las organizaciones o grupos terroristas atentan contra el bien jurídico señalado, la diferencia radica en la capacidad de llevar a cabo actos idóneos para lesionar el ordenamiento constitucional democrático, capacidad que encuentra sus indicadores en la estructura y en la permanencia. Proponemos sobre esta idea una especie de *graduación* de esta capacidad lesiva de acuerdo a la cual la organización terrorista ocupa el primer lugar porque cuenta con una estructura orgánica mayor que las otras (pluralidad de individuos), lo que supone mayor estabilidad en el tiempo, mayores posibilidades de armamento adecuado para lesionar el bien jurídico, y por tanto mayor posibilidad de diseñar una estrategia política se lleve a cabo. En segundo lugar está el grupo o terrorista, que tiene las mismas características pero en menor proporción cualquiera de ellas (menor número de integrantes o de armas), y en tercer lugar la banda armada.

3.- En cuanto al elemento teleológico y que hemos examinado con detenimiento tanto en su relación con el bien jurídico protegido, como en su rol en lo injusto penal, debe destacarse:

a) Que por subversión del orden constitucional debe entenderse “alteración del ordenamiento constitucional democrático”, habiéndose manifestado así la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, además de la LO 2/1998. De no interpretarse así, la legislación penal cae en el riesgo de manipulación política impidiendo la punición de quienes cometen delitos de terrorismo con el objeto de “mantener” el ordenamiento constitucional, esto es, las conductas de quienes se encubren bajo el aparato estatal. Esto no parece adecuarse a los principios de un Estado democrático en el que los representantes del aparato estatal se erigen incluso como garantes del respeto al ordenamiento jurídico.

b) Que no parece acertada la finalidad alternativa de “alterar la paz pública” por cuanto se trata de un concepto jurídico indeterminado que plantea algunos problemas de delimitación de las figuras. El abanico delictivo en los delitos de terrorismo admite la posibilidad de que los delitos comunes enumerados en los arts. 571 y ss. puedan ser cometidos “con” la finalidad de alterar esta paz pública y “sin” la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional (bien jurídico protegido). Esto desvirtúa el concepto tradicional de terrorismo en la legislación española, que ha reconocido la finalidad política, y así nos encontramos con que esta conducta no dista mucho del delito de desórdenes públicos que también exige la actuación en grupo y la finalidad de causar esta alteración.

No desconocemos que la alteración de la “tranquilidad pública”, la situación de “inseguridad ciudadana” es consustancial a los delitos de terrorismo, pero éste no es el único elemento, ni mucho menos el determinante para una definición legal. Creemos que la alteración de la paz pública mas bien debe ser (lege ferenda) un elemento que debe integrar el tipo penal considerándole como un medio (igual que la lesión o puesta en peligro de bienes individuales) para la lesión del ordenamiento constitucional democrático, y entendiendo que esta alteración de la paz pública ha de hacerse de manera tal que cuestione los propios fundamentos del sistema democrático. Esto porque: *Primero*, el no reconocimiento de la finalidad política en alguna de las hipótesis delictivas como la mencionada, aunque se considere el elemento estructural, constituye una puerta abierta para la incriminación de conductas que no constituyen terrorismo. Los tipos penales de terrorismo se transformarían en un verdadero cajón de sastre para conductas incluso de violencia social. Que un piquete de la denominada “violencia callejera”, ya de jóvenes como la “kale borroka”, o de obreros, como los piquetes de huelga de los trabajadores de los astilleros, cause desmanes en la vía pública cortando el tráfico con barricadas, naturalmente altera la tranquilidad pública, pero esto no es un delito de terrorismo. A lo más constituye un delito de desórdenes públicos.

Segundo, no todo acto de terrorismo provoca la alteración de la paz pública, alteración que por otra parte carece de elementos que permitan precisarla con objetividad. Para algunos que una organización terrorista cometa un asesinato en la persona de una autoridad política, altera la tranquilidad ciudadana, para otros, esto importa solo a quienes se verán directamente afectados y que son los relacionados con el aparato de Poder, idea esta última que no es del todo errada considerando la apatía en la que se encuentra el pueblo español. Es cosa de mirar el porcentaje de abstención en las elecciones. A estas consideraciones hay que unir el poder de manipulación política que se tiene a través de los medios de comunicación social, los que, o bien ensanchan el verdadero significado de las acciones de terrorismo, destacando cualquier acción por pequeña que sea, relacionada con la actividad de ciertas organizaciones; o bien omiten pronunciarse en determinadas ocasiones, todo ello en dependencia a los intereses que se vean involucrados, y que las mas de las veces no responden al interés de los ciudadanos sino al interés de determinadas clases o sectores políticos. El “interés general” en estos casos no pasa de ser una excusa para la manipulación de la opinión pública la que reaccionará exigiendo una respuesta legislativa mas severa, con lo que el derecho penal pasa a ejercer de plano una función simbólica.

3.- Coadyuva asimismo a la inconcreción del concepto jurídico del terrorismo la tipificación como delitos de terrorismo de conductas llevadas a cabo por sujetos que actúan al margen de una banda armada u organización terrorista. Tal es la situación que configura el art. 577 CP.

Como advertíamos, no se sabe a ciencia cierta si la intención del legislador fue la de comenzar a cimentar la idea de que el terrorismo no tan solo es violencia política organizada, apartándose de los modelos clásicos, o si en realidad está tratando de soslayar un problema procesal relativo a la prueba de la pertenencia o integración a banda armada, situación que también ocurre tratándose de los “colaboradores”. La doctrina mayoritaria estima que el legislador consagra expresamente el terrorismo individual puesto que el art. 577 tiene un

régimen punitivo propio. En nuestra opinión la tipificación de esta figura pone de manifiesto que el elemento finalístico se erige como central, aunque no exclusivo ni excluyente en el concepto de terrorismo, y por tanto, la imagen metafórica del “terrorismo individual” no aparece como clara ya que la organización terrorista sigue siendo un elemento fundante de lo injusto.

El fundamento de este artículo se encuentra en los criterios político criminales que orientan al legislador en materia de terrorismo, y que suponen no tan solo la agravación de las penas sino que al parecer también evitar los problemas que pudieren producirse al momento de incriminar conductas que de una u otra manera estuvieran relacionadas *con la finalidad* perseguida por las organizaciones terroristas. Si miramos el art. 577 observamos que sobre su base puede sancionarse la conducta de lo que puede constituir “el entorno” de las organizaciones terroristas, pero que no comparte con ella sino una finalidad política. Por ejemplo, la “kale borroka” en el País Vasco, y que son precisamente personas a las cuales no puede probarse ni su pertenencia ni su colaboración con las bandas armadas.

Si a esta consideración unimos las reformas efectuadas por las LO 2/1998 y LO 7/2000, esto es, por una parte, la punición de la convocatoria y celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que concurren las finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (apartado 5 del art. 514); la tipificación y sanción de las amenazas con finalidad terrorista (párrafo 2º del art. 170), y la nueva finalidad de “contribuir a los fines terroristas atemorizando a los habitantes de una población...”, puede notarse la existencia de una verdadera *huída al derecho penal*, dando la impresión de que los brazos de la legislación antiterrorista se extienden también para atajar la disidencia política.

Ante la imposibilidad de resolver problemas procesales de prueba que pudieren presentarse cuando de la incriminación de la actividad del “entorno” de la actividad terrorista se trata, el legislador recurre a una fórmula en el art. 577 apartándose de lo que clásicamente conocemos como terrorismo, lo que la última jurisprudencia de la Audiencia Nacional ya comienza a demostrar al aplicar el art. 577 a la denominada “kale borroka”⁹⁸². Por otra parte, ya desde el plano sustantivo, no parece acorde con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos la sola consideración de la finalidad política para incriminar el terrorismo ya que esta finalidad carece de precisión cuando no existe organización armada. La única violencia que puede lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático es aquella que obedece a una estrategia y una táctica delictivas diseñadas por una organización terrorista. Y finalmente significa relegar a un segundo plano el disvalor objetivo de la conducta. Ya no interesa tanto “el acto” ni quien lo realiza sino la intención que al cometerlo tuviere el autor, todo lo cual conlleva a la aplicación de políticas penales de orden público, como ocurrió en Italia con la Ley 15 de 6-2-1980 en la que se introdujo una agravante de naturaleza subjetivo finalista y que fue el presupuesto para la aplicación de varios regímenes especiales en el tratamiento procesal⁹⁸³. De hecho la Audiencia nacional ha sostenido que a esta “violencia callejera” le es aplicable la restricción de garantías que importa el art. 55.2 de la CE.

3. EN CUANTO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

3.1. La determinación del objeto de tutela jurídico penal no se realiza al margen de procesos ideológicos y de transformaciones económicas, políticas y sociales. Es evidente que el poder político utiliza todos los medios de control social de que dispone para reprimir la criminalidad, *debiendo* tener como último recurso el derecho penal. No existiría problema- al menos en teoría- si lo que se protegiera fueran efectivamente los intereses generales de la sociedad, mas la realidad de los códigos penales muestra que lo que el legislador tiende a proteger son los

⁹⁸² Auto de la Sala de lo penal de la AN de 11-05-2000.

⁹⁸³ BARATTA-SILBERNAIG, 1985, p. 570. Mas ampliamente PALAZZO, F. *Le recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1982.

intereses dominantes de la sociedad (según el sistema de producción capitalista), “transformándoles” en intereses generales por medio del control penal. Esto es especialmente notorio cuando se trata de la sanción de las mas graves formas de criminalidad, como el terrorismo. No es difícil que, como decíamos, sea la razón de Estado (y no precisamente democrático) la que impregne las directrices legislativas, en lugar de la razón jurídica, y que en definitiva sean los intereses de la clase política los que resulten protegidos, en lugar de los intereses de la sociedad.

De allí que hemos considerado importante el determinar el “qué y por qué” se protege por el derecho Penal. Concordando con HORMAZÁBAL MALAREE, Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal⁹⁸⁴, y en el caso específico del terrorismo, se evita convertir al derecho penal en un factor de discriminación o estandarización ideológica.

3.2 En la *legislación chilena*, existe una confusión en torno a cuál es el bien jurídico que se pretende proteger, su indeterminación impide a éste cumplir con su función garantizadora de carácter cognoscitivo (no se sabe qué es lo que se protege) mermando el principio de legalidad que, entre otros, exige la determinación, certeza o taxatividad en las normas penales. Y ante todo, que la incriminación penal de “actos” se haga “desde” el bien jurídico, esto es, sobre la base del principio de exclusiva protección de los mismos, para describir una conducta en su desvalor social objetivo.

En nuestra interpretación, el objeto de tutela penal presenta un carácter dual: por una parte bienes jurídicos individuales, y por otra bienes jurídicos colectivos. Si bien es cierto los delitos de terrorismo se exteriorizan en general a través de la comisión de delitos comunes, no es menos cierto que la ley en el art. 2 establece ciertos tipos autónomos como la “asociación ilícita terrorista”, “el envío de efectos explosivos”, a cuyo examen nos avocaremos en el capítulo siguiente. Sean delitos comunes o autónomos lo cierto es todos ellos han de contar con ciertos requisitos (elementos subjetivos) para su calificación como delitos de terrorismo. Es de estos elementos subjetivos contenidos en el art. 1º que podemos deducir la naturaleza de “los bienes jurídicos colectivos” que se ven afectados. Por una parte, el establecimiento de la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella” lleva a identificar el objeto de protección penal con la *seguridad pública*, similar a los conceptos de “tranquilidad pública” u “orden en las calles”. Por otra parte, la finalidad de “arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias” revela que el bien jurídico protegido es “la seguridad interior del Estado” por las razones expuestas en relación a la similitud de esta finalidad exigida en ciertos tipos penales contenidos en la Ley de Seguridad del Estado (L. 12.927), lo que plantea, como se verá algunos problemas de concurso de leyes.

En este último sentido da la impresión de que el legislador se queda en el umbral sin atreverse a reconocer específicamente la finalidad política en los delitos de terrorismo. Reconocimiento que no tiene por qué significar una incriminación penal “ideológica”, puesto que no consideramos que el bien jurídico a proteger en delitos de terrorismo como nomen iuris propio sea la “seguridad interior del Estado”, sino el “ordenamiento constitucional democrático”, concepto que a diferencia de aquel, evita el riesgo de utilizar la ley penal como herramienta para la eliminación del disenso político.

3.3. En la *legislación española* el reconocimiento del objeto de tutela penal en el sentido indicado y que postulamos al tomar posición, se hace menos confuso, coincidiendo la doctrina mayoritaria en que en las infracciones políticas éste se identifica con la protección del *ordenamiento constitucional democrático*, concepto que parece acuñar en cierto sentido los tipos penales contenidos en el CP de 1995 al exigir para la calificación de una conducta como delitos de terrorismo la finalidad de “subvertir el orden constitucional”, que hemos de entender

⁹⁸⁴ HORMAZÁBAL MALAREE. 1991, p.10. En igual sentido TERRADILLOS BASOCO, art. Cit. 1981, p. 149.

como “alteración del orden constitucional”, única manera de incriminar conductas que provienen tanto del terrorismo insurgente como del terrorismo patrocinado por instituciones del Estado. No obstante, por otra parte, los tipos penales de terrorismo exigen como finalidad alternativa, el “alterar la paz pública”, concepto que resulta confuso dada su indeterminación, y que si bien se encuentra presente en los delitos de terrorismo no es conveniente considerarle un bien jurídico protegido por las razones expuestas.

3.4. *Toma de posición en torno al bien jurídico protegido.*

Partiendo de los criterios trascendentalistas en los que el bien jurídico gira en torno a la persona humana como ente social, en una sociedad democrática, pensamos que el contenido material del bien jurídico está determinado por la presencia de relaciones sociales concretas y dialécticas o en conflicto que exigen la protección de ciertos bienes jurídicos, que en el caso del terrorismo tienen una naturaleza primordial de carácter colectivo por cuanto se trata de un ataque a la sociedad en su conjunto y no a un sector de la misma.

Sin embargo, la sola relación social en conflicto no puede darnos una luz en orden a cuales son estas exigencias de protección, ya que no ha de olvidarse que “la importancia de los bienes jurídicos afectados por la actividad terrorista constituye la última “ratio” de intervención del recurso al Derecho penal y la justificación de la tipificación de las conductas desarrolladas en su ámbito”⁹⁸⁵. De ahí que debamos acudir a un criterio de valoración de este contenido material y que estimamos se circunscribe a los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, cuya determinación es social e histórica, y por tanto, sujeta a revisión. Como expresa HIERRO: “tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso..., sólo podemos tener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional”⁹⁸⁶.

La adopción de este criterio de valoración resulta de especial importancia tratándose de los delitos de terrorismo ya que como hemos reiterado, característica esencial de los actos de terrorismo es precisamente la vulneración de los derechos humanos. Ha de tenerse presente que ellos no pueden ser confundidos con todos los derechos fundamentales ya que como se ha dicho, los derechos contenidos en la Carta Fundamental, así como en la DU.DD.HH. de la ONU, no son todos ni los únicos derechos posibles (de ahí que su contenido sea determinado sobre la base de las valoraciones sociales e históricas). Sin embargo, en la medida que estos derechos forman parte del ordenamiento consagrado en la Constitución, que a la vez da las líneas programáticas para la protección de intereses de la colectividad y la incriminación de los mismos mediante el derecho penal ante su ataque (Programa Penal de la Constitución), resulta claro que el contenido material del bien jurídico entendido como relación social dialéctica exige la protección de algo que importa a la comunidad toda: el respeto a las garantías que la constitución consagra.

Y dentro de estas garantías, en una sociedad democrática, se encuentra la de la participación ciudadana a través de vías o cauces legales que, en todo caso, han de ser materiales y no meramente formales. Es esto lo que en definitiva, el terrorismo no respeta, y en lugar de utilizar los cauces institucionales “materialmente” garantizados, utiliza como método de lucha política una violencia indiscriminada, pretendiendo, sobre la base del miedo o la intimidación, que la población o un amplio sector de la misma adhiera a sus postulados políticos. Se trata de la imposición, por la fuerza, de una determinada ideología política. Luego,

⁹⁸⁵ STC 136/1999 de 20 Julio, delito de colaboración con banda armada. Fund. Jdco sexto. (*Caso Mesa Nacional de HB*).

⁹⁸⁶ HIERRO, Liborio. “¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas?”, en *Rev. Sistema*, N°46, enero, 1982, pp.57-61.

el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal.

Estas consideraciones resultan válidas tanto para lo que hemos denominado terrorismo insurgente, como para el terrorismo patrocinado desde las instituciones estatales. Como decíamos con ocasión del examen del bien jurídico protegido en la legislación española, no es posible sostener en un sistema que se declare democrático, que “quien mata ‘para preservar el orden constitucional’ realiza una conducta menos reprochable (no terrorista) que quien lo hace para “modificar el orden constitucional” (terrorista)”. Tanto la conducta del insurgente como la del agente del Estado, lesionan el ordenamiento constitucional, especialmente en este último caso, ya que quienes forman parte de las estructuras de poder tienen una calidad de garantes del orden establecido, elemento que podría ser añadido como un plus en el injusto penal.

Hemos optado por el *ordenamiento constitucional democrático* ya que desde el punto de vista sustantivo penal, no vemos otra manera de llegar a una delimitación del objeto de tutela penal más acorde con los postulados básicos de un derecho penal del hecho, y que exigen el cumplimiento de los principios de legalidad, taxatividad, certeza o determinación, seguridad jurídica y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros. La incriminación penal ha de dirigirse solo a las ofensas más graves (carácter de última ratio) y dentro de las mismas, la selección de los bienes que el derecho penal pretende proteger a través de delitos de nomen iuris propio tiene que condecirse con la entidad de los mismos (importancia social) y la naturaleza del ataque. Por otra parte, la referencia a un bien jurídico colectivo “determinable” (mucho más que la alteración de la paz pública o el genérico concepto de orden público) permite que se construyan tipos penales de peligro concreto en relación a ese bien jurídico y no en relación al bien jurídico individual (que llevaría a la construcción de tipos de peligro abstracto). Así las cosas, si bien el objeto material del delito, el substrato empírico del bien jurídico, aquello sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes como la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas, esto no significa que el tipo penal deba agotarse en la lesión de los mismos, sino que basta que los actos realizados por el agente tengan materialmente la capacidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático (vid. epígrafe V. 5).

Desde la perspectiva político criminal, al conseguir una delimitación del bien jurídico en los delitos de terrorismo, éste puede cumplir eficazmente con su función de límite al ius puniendi estatal, poder sancionador que en esta materia generalmente tiende a hacer primar la razón de Estado, por sobre la razón jurídica, situación que se produce toda vez que existe una utilización generosa de la función simbólica del derecho penal y que se plasma con creces en las legislaciones de emergencia. El derecho penal no puede transformarse en un instrumento de estandarización ideológica y “transformar” los intereses dominantes en la sociedad en los intereses de quienes detentan el poder, destinando su protección a estos últimos a través de preceptos tan confusos como el de “interés general”.

Por otra parte, hemos estimado que los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por la comisión de los delitos comunes a través de los cuales se expresan los delitos de terrorismo (por eso se les llama delitos de forma libre), deben restringirse a la vida, la integridad física y la libertad, descartando el derecho de propiedad, por cuanto, actualmente es discutible su naturaleza de derecho humano. Pertenece a aquella clase de necesidades que hemos denominado “alienadas” cuya protección penal a través de tan grave incriminación resulta dudosa y tiene otros cauces para su protección, ya en el Código penal ya por la vía administrativa. Pensamos que el derecho de propiedad solo debe protegerse en estos delitos solo en cuanto lesione o se ponga en peligro (concreto) otros bienes de mayor entidad, como la vida, la integridad física, la salud de las personas.

4. EN CUANTO AL TIPO OBJETIVO. EL ELEMENTO ESTRUCTURAL. TOMA DE POSICIÓN.

4.1.- Rechazo de las teorías que admiten el terrorismo individual.

Considerando el bien jurídico protegido, partimos de la base que el terrorismo es una estrategia política que utiliza la violencia como método y pretende someter u obligar a la población sobre la base del miedo para que adhiera una determinada concepción política. Así ocurre tanto el terrorismo insurgente como en el terrorismo patrocinado desde el Estado. Una estrategia como la descrita, con sus objetivos, solo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista, es decir, es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia, sin perjuicio de que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico porque el elemento valorativo primordial es la intencionalidad política, intencionalidad de la que carece el crimen organizado.

Y es que la finalidad política que se reconoce en el terrorismo y que se concreta en la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático no parece tener posibilidades de materialización cuando no existe la organización. No creemos posible que la acción individual pueda concebirse como delito de terrorismo. La doctrina que argumenta en su favor alude en primer lugar a *razones históricas*, refiriéndose a ejemplos de actos que “calificados sin polémica alguna” como actos de terrorismo, han sido realizados prescindiendo de cualquier estructura organizativa: la acción individual anarquista que impregnó las manifestaciones de violencia política durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del S. XX⁹⁸⁷.

El tema in comento, desde el punto de vista histórico, ya ha sido tratado en la primera parte de esta investigación, debiendo en todo caso señalarse que: **Primero**, existen poderosas razones para argumentar que la denominada “acción individual” del anarquismo no puede identificarse de manera exacta con el terrorismo⁹⁸⁸, y que esta consideración responde mas bien a la extensión indebida del concepto “terrorismo” hacia la violencia política en general, fruto de una manipulación política que tiende a concebir a determinadas ideologías como terroristas⁹⁸⁹. **Segundo**, la diferenciación entre organizaciones terroristas y anarquistas se ha producido también en el campo estrictamente jurídico. Así la Ley de 10 de Julio de 1897 en España diferenció entre asociaciones anarquistas, terroristas y colectivistas⁹⁹⁰. **Tercero**, sin querer polemizar a este respecto, las acciones diseñadas por la estrategia anarquista no son estrictamente individuales, sino que responden a un colectivo que no se estructura al estilo de las organizaciones que normalmente conocemos (centralismo democrático, estructura celular). En su Congreso de 14 de julio de 1881 el anarquismo adoptó la violencia como método de oposición al Estado a través de la “propaganda por el hecho”, y a partir de esta línea política desarrollaron su accionar, por tanto, existía una estrategia política. **Cuarto**, si bien es cierto el anarquismo ha recurrido en ocasiones al empleo de los métodos que también utiliza el terrorismo, por ejemplo, algunas actividades de la “propaganda por el hecho”, no puede afirmarse que ello responda al concepto de terrorismo ya que desde el punto de vista histórico, calificar como terrorista cualquier acción que provenga de un individuo o de un grupo y que emplee medios crueles o bárbaros, implica eliminar la necesaria distinción entre un delito político y un delito de terrorismo. Si así fuera, habría bastado, como dice BONANATE, con evitar la discusión doctrinal, que ya bastantes años tiene, y considerar como terrorista cualquier acto violento con finalidad política y obviar cualquier esfuerzo por delimitar el contenido del terrorismo⁹⁹¹. **Quinto**, la historia obedece a procesos dinámicos en su desarrollo, no puede

⁹⁸⁷ Así CUERDA ARNAU, 1995, pp. 374 y ss. NÚÑEZ FLORENCIO. *El terrorismo anarquista (1988-1909)*, Madrid, 1983, p.38. Véase además bibliografía citada en Cap. II, punto II. *La violencia política*.

⁹⁸⁸ Así WOODCOCK, G. *L'anarchia*, Fetrini, Milano, 1962, p.12.

⁹⁸⁹ En este sentido BONANATE, 1979, pp. 130-131; GARCÍA SANPEDRO, 1993, p.129.

⁹⁹⁰ Véase al respecto GARCÍA PABLOS, 1977, p.37.

⁹⁹¹ BONANATE, 1979, pp.130-131.

argumentarse la ya dudosa existencia de un “terrorismo individual” en el siglo XIX para identificar las acciones que se llevan a cabo en este ámbito en pleno siglo XXI.

La segunda razón que suele argumentarse a favor de la existencia de un terrorismo individual es una *razón sustantivo penal* y que hace radicar el concepto de terrorismo en el empleo de determinados medios lesivos para ejecutar la acción. Se atiende a un derecho penal “objetivo” que atiende al “daño producido”⁹⁹². En nuestra opinión: **Primero**, como se ha dicho antes, esto supone desconocer la naturaleza histórica y social del fenómeno terrorista, ya que no todo delito cometido a través de determinados medios lesivos puede ser calificado como terrorista, recordemos los delitos políticos. **Segundo**, por respeto al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos hay que señalar que no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica sino la lesión o posibilidad de lesión al bien jurídico protegido. **Tercero**, es difícil pensar que un individuo aislado pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional. **Cuarto**, la consideración del terrorismo individual trae aparejada la posibilidad de una extensión indebida del ámbito de lo punible hacia otras formas de violencia, generalmente social. En este punto nos remitimos a lo ya dicho en relación al concepto de terrorismo en la legislación española.

La *tercera razón* que argumenta este sector doctrina para sostener la inesencialidad del elemento organizativo radica en el texto de la ley⁹⁹³. A su juicio la Constitución Política de 1978 en el art. 55.2 en ningún momento alude a la organización sino que distingue entre “bandas armadas” y “elementos terroristas”, y tampoco hacían alusión a ella los art.s 174 bis a) del CP 1973 y el art. 9 de la LO 9/1984 que se referían a los actos de colaboración con “bandas armadas” y “elementos terroristas o rebeldes”. De lege data efectivamente es cierto lo que argumenta este sector de la doctrina, y puede seguir argumentándose toda vez que no solo en la legislación española (art. 577 CP) sino también en la legislación chilena (arts. 1 y 2 ley 18.314) se admite la existencia del terrorismo individual. No obstante cabe recordar que, al menos en la legislación española ya que desde la Ley 82/78 la tendencia ha sido a construir el concepto dogmático de terrorismo considerando como esencial el elemento organizativo, y la expresión “elementos terroristas” a que aludía la anterior legislación originó una intensa polémica doctrinaria y jurisprudencial. Estimamos que la calificación jurídica de terrorismo a los actos especialmente violentos realizados al margen de una organización y con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional es errónea.

La mayor parte de la doctrina sostiene la necesidad de la presencia de un grupo organizado para el concepto jurídico del terrorismo⁹⁹⁴. Y así lo han considerado también la mayor parte de las legislaciones europeas, con mayor o menor énfasis en la creación de los tipos penales: la legislación española desde la Ley 82/1978 hasta el CP de 1995, que contempla como excepción el terrorismo individual; la Ley de Prevención del Terrorismo de 1974 y la Terrorism Act 2000 en Gran Bretaña que sancionan el hecho de pertenecer o colaborar con organizaciones terroristas; la Anti Terror Gesetz de 1976 en Alemania que incorporó al CP el tipo penal de asociación ilícita terrorista (art. 129 a) CP); la Ley Reale de 22-5-1975 en Italia. También en Francia se observa esta consideración (Ley n° 86-1.020 de 9-9-1986), aunque también contempla la posibilidad de terrorismo individual. Distinta ha sido la situación en los países latinoamericanos en los que el elemento organizativo no ha sido considerado como esencial. Así ocurre en el CP colombiano (art. 187), y en el DL 25.475 de 6-5-1992 en Perú, aunque éste

⁹⁹² CUERDA ARNAU, 1995, p. 376, RAMÓN CHORNET, C. 1993, p.106, FERNÁNDEZ – GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.337-338, GARCÍA CALVO y MONTIEL,R. 2000, marg. 1020.

⁹⁹³ CUERDA ARNAU, 1995, p.377.

⁹⁹⁴ Así, LAMARCA, C. 1985, p.48, pp. 206 y ss., p. 456; 1989, pp.960 y ss.; 1993 a), pp.536-537; GARCÍA RIVAS, N. 1984, p.107; MESTRE delgado, 1987, p.58, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. 1999, p.1229; PRATS CANUT, 1996 a), p. 1584, 2ª ed. 1999, pp. 1624-1625; LANDECHO VELASCO, C.M.- MOLINA BLAZQUEZ, C. 1996, pp.576-577; LUZÓN CUESTA. 1998, pp.360-361, DE PRADA SOLAESA. 1996, pp. 73 y ss.; MORA ALARCÓN, 1996, pp.697-698.; PRIETO SANCHÍS, L.1990; p.265; BARÓN QUINTERO, 1999, pp.272-273, MARTÍNEZ CARDÓS, 1998, marg. 486.

contiene la organización pero como forma de terrorismo agravado⁹⁹⁵. En Chile, ya hemos indicado que el elemento estructural no ha sido considerado de lege data, pero que la tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial se ha orientado paulatinamente a valorar la organización⁹⁹⁶.

En suma, en nuestra opinión, el elemento organizativo es consustancial al terrorismo, porque la organización “cualifica la violencia”⁹⁹⁷ transformándole en un instrumento al servicio de una estrategia política, y a la vez, objetiviza la finalidad política, esto es, los individuos se unen en estas agrupaciones con el objeto específico de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (ordenamiento constitucional democrático). Aceptado que sea que la organización es “un dato criminológico real”⁹⁹⁸ y que el terrorista para llevar a cabo su actividad normalmente integra una banda armada o grupo terrorista, el problema radica en su inclusión o no como elemento formal de la definición de terrorismo.

4.2.- Razones para aceptar la consideración del elemento organizativo en lo injusto penal. Ventajas.

Examinadas las legislaciones chilena y española hemos podido advertir la diferencia en cuanto a la tipificación de las conductas. En la legislación chilena “la organización” se encuentra tipificada como un delito específico de asociación ilícita terrorista (art. 2 n°5 ley 18.314), mientras que en la legislación española ella no solo se encuentra recogida en un tipo penal específico de asociación ilícita (art. 515.2 CP) sino que forma parte de lo injusto penal en los delitos de terrorismo, salvo la excepción del art. 577 del CP que considera como tales ciertos actos al margen de la banda armada.

De acuerdo al análisis efectuado se concluye que la consideración en lo injusto de la organización, unida al elemento subjetivo relativo a la finalidad política, permite distinguir claramente las conductas de terrorismo de:

- a) Las conductas de violencia social, o violencia espontánea no organizada con finalidad política. Así no pueden ser encuadrarse dentro del concepto de terrorismo las conductas desplegadas por piquetes de huelga de trabajadores, por grupos de autodefensa estudiantil y en general las de violencia callejera (vr.gr. kale borroka), así como tampoco las conductas de “individuos solitarios”. Todas ellas pueden llegar a tener trascendencia penal, como ocurrirá cuando la conducta pueda encuadrarse, por ejemplo, dentro de los delitos de desórdenes públicos, o atentados a la autoridad, o tenerla en menor grado o no tenerla, como ocurrirá cuando ellas no alcancen a las exigencias de ciertos tipos penales, y se trate ya de faltas o de conductas atípicas.
- b) Las manifestaciones de mera disidencia política que incluso situadas al margen de las reglas institucionales de participación, no comportan reacción penal si no pierden su carácter pacífico. En este sentido se critica el art. 514 apartado 5 del CP español que sanciona la convocatoria y celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que concurren las finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
- c) Las conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, tales como las asociaciones ilícitas comunes.

⁹⁹⁵ Supra Cap. IV.

⁹⁹⁶ Así en la doctrina DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990. En la legislación véase el mensaje presidencial de 11 mayo de 1990, citado, en el que se define el terrorismo como “un método de acción criminal”; en la jurisprudencia, SCA de 13 nov. de 1992 considerando 5°, GJ n° 149, 1992, p. 90, (Caso Edwards).

⁹⁹⁷ En España, LAMARCA, C.1985, p.451. En Chile DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.206. En contra GARCÍA SAN PEDRO, 1993, p.133 para quien la organización no es una cualidad de la violencia sino una característica del grupo.

⁹⁹⁸ TERRADILLOS, J. 1988, p.60.

La necesaria integración de la organización en lo injusto penal ha sido aceptada por gran parte de la doctrina tanto española como chilena y también en la doctrina comparada⁹⁹⁹. En las legislaciones, con mayor claridad se advierte en el CP español y en la Terrorism Act. 2000 en Gran Bretaña. La jurisprudencia española incluso después de la entrada en vigencia del CP 1995 siguió la tendencia a sancionar a título de terrorismo cuando el sujeto se hallare vinculado a una organización terrorista, recordemos por ejemplo las múltiples sentencias que se han dictado en virtud de las actuaciones de los GAL. Aunque ya desde el año 2000 la Audiencia Nacional comienza a aplicar el terrorismo individual a los actos de violencia callejera, cuestión sobre la que el TS no ha tenido un pronunciamiento claro. La jurisprudencia chilena a partir de 1992 comienza a valorar la organización como requisito indispensable en la definición formal de terrorismo.

4.3.- Problemas que ocasiona la consideración del elemento estructural. Desventajas.

Las desventajas que ocasiona la inclusión de la organización en lo injusto penal provienen, a nuestro entender, no de la consideración del elemento estructural en sí, sino más bien del tratamiento agravatorio propio de los delitos de terrorismo sacrificando el principio de legalidad en materia penal. La doctrina que plantea la innecesariedad de este elemento estructural no se ha pronunciado claramente al respecto, limitándose a señalar que éste no tiene la entidad suficiente para constituirse en elemento formal de la definición, y que basta para incriminar estas conductas la intencionalidad política, la grave lesión al bien jurídico y la idoneidad de los medios empleados a efectos de poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático¹⁰⁰⁰.

Tomando como base la legislación española, en nuestra opinión el problema más grave que se advierte, y quizá el único importante, es la incriminación de las conductas de colaboración con banda armada u organización terrorista. Ellas constituyen, en realidad, actos preparatorios sancionados como favorecimiento, en contra de la regla general de impunidad de los mismos, y que no constituyen ni provocación, ni conspiración, ni proposición para delinquir, ni tampoco alcanzan la categoría de tentativa idónea ni inidónea. Cabe destacar que en la legislación chilena, afortunadamente, no existe bajo título especial alguno la incriminación de las conductas de colaboración con banda armada, a pesar de haber existido durante la discusión parlamentaria un sector parlamentario que así lo exigió, idea que fue rechazada de plano por el resto de los señores diputados¹⁰⁰¹. La incriminación de estas conductas se rige por las reglas generales de participación en materia penal.

⁹⁹⁹ En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.32 y ss.; DE PRADA SOLAESA, 1996, p.74, GARCÍA SAN PEDRO, J. 1993, pp. 127 y ss. GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.2. En la doctrina comparada, BONANATE. 1979, pp.130-131. PIGNATELLI, 1982, p.252. GUILLAUME, G.- LEVASSEUR, G. 1977, pp.59 y ss. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92. Véase también doctrina citada en Apartado tercero, I. Tipo objetivo, I. Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: ¿Requisito sine qua non del injusto?.

¹⁰⁰⁰ ARROYO ZAPATERO. 1985, p.163; 1981, pp. 404-406; TERRADILLOS, J. 1988, p. 60. En su opinión inicial SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, pp. 177-178 (más tarde parece adecuar su opinión a las exigencias legislativas en GARCÍA ARÁN y otros. *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 55, desde que exigen en el concepto de terrorismo la realización de actos “en el marco de una organización armada” y con finalidad política. GARCÍA ARÁN, M. “*Terrorismo*” en AA.VV. *Crimen internacional y justicia universal. El caso Pinochet*, ob.cit. 2000, p.142. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. 1981, p. 73; 1981, pp. 109 y ss. VIVES ANTÓN- BOIX REIG-ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC. 1990, p.83; 1993, p. 79; 1996 a) (2ª ed.), p. 762; CUERDA ARNAU, 1995, pp. 372,374, 376; RAMÓN CHORNET, C. 1993, pp.105-106. Similar, GARCÍA VALDÉS. 1983, p.321, FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.337-338. POLAINO NAVARRETE, M. 1997 a), p. 902.

¹⁰⁰¹ Indicación del diputado Sr. Bosselin, véase *Historia de la ley 19.027*..., cit., p.43.

De acuerdo al examen realizado del CP español, la colaboración con banda armada es la conducta de un extraneus a la organización y que supone una contribución o favorecimiento a la actividad y finalidad terrorista. Esta misma situación es tratada legislativamente en dos planos, de un lado, como forma de la conducta en el tipo objetivo de los arts. 571,572 y 574, de otro lado como un delito autónomo tipificado en el art. 576 CP.

Siendo así, hay que destacar que en cuanto forma de la conducta (arts. 571,572 y 574) lo es de *autoría directa*, puesto que el colaborador contribuye a la estrategia de la organización terrorista a través *de la comisión* de delitos específicos y concretos señalados en los respectivos tipos. Mientras que en el tipo penal autónomo del art. 576 se tipifican y sancionan con la misma pena conductas distintas en su desvalor, que en algunos casos se corresponden con la estructura de actos preparatorios y en otros con formas de participación en el delito, además de la *colaboración genérica* que se deduce de la cláusula abierta que inserta. A su vez esta consideración dual de la colaboración no parece acertada ya que plantea problemas de concurso de normas penales que habremos de resolver conforme al principio de subsidiariedad, considerando que la colaboración genérica del art. 576 es el tipo penal que habrá de aplicarse en subsidio de otro que revista un delito de entidad mas grave.

No nos extenderemos aquí en una nueva enumeración de los múltiples problemas que plantea la colaboración, tema que hemos analizado in extenso. La gran interrogante se plantea en relación precisamente al tema frente al cual intentamos tomar posición, y que se refiere a la consideración del elemento estructural. Cabe señalar que si bien el fundamento político criminal de la tipificación delictiva de este tipo de conductas de favorecimiento obedece a la ya consabida razón de combatir el terrorismo en todas sus formas, prevenir la comisión de este tipo de delitos y agravar las penas, por otra parte también parece que el legislador intenta soslayar un problema procesal de prueba, sacrificando el principio de proporcionalidad en las penas. Si la colaboración es prestada por un extraneus, es decir, un ajeno a la organización terrorista ¿por qué otorgar el mismo desvalor a la conducta de quien comete un delito concreto “perteneciendo” a una asociación ilícita”, que a quien lo comete “colaborando” con ella?. Parece ser que efectivamente el legislador quiere evitar la prueba relativa a la pertenencia o integración en banda armada. Con ello, en nuestra opinión, el efecto criminológico de la ley se extiende ya que si la pena del integrante es equiparada a la del colaborador (arts. 571,572 y 574) no parece existir ninguna diferencia entre quien asume el compromiso político y la estrategia terrorista integrando una asociación ilícita, que quien solamente contribuye a esta estrategia. De paso también estaría eliminando la razón de ser del tipo penal de asociación ilícita.

Por otra parte, la conducta del colaborador, a efectos del art. 576 (delito autónomo), y como ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, responde en algunos casos a la categoría de actos preparatorios (por ejemplo, información o vigilancia de personas) y en otros casos a verdaderas formas de participación en el delito (por ejemplo, ocultación o traslado de personas, que técnicamente puede ser calificada como encubrimiento) sin que pueda argumentarse una razón lógica para sancionar con la misma pena a conductas distintas en su desvalor. Como hemos reiterado, no parece acertado sancionar de la misma forma por ejemplo a quien meramente oculta a una persona, que a quien acondiciona un depósito de armas para la organización terrorista u organiza prácticas de entrenamiento militar.

Si consideramos además que, según la teoría que aquí se adopta, en los delitos de terrorismo el verdadero autor es la organización quien a través de sus directivos diseña la táctica delictiva a seguir en función de su estrategia política de alteración del ordenamiento constitucional democrático (autoría mediata) no parece adecuado, ni aún por razones de política criminal, anticipar la punición y sancionar actos preparatorios y formas de participación en delitos concretos con la misma pena. Hay una desproporcionalidad manifiesta.

En nuestra opinión, el núcleo de la cuestión no radica en eliminar o no de lo injusto penal la organización terrorista, sino en el énfasis que a ésta se le da, puesto que entendemos,

como la doctrina mayoritaria que el primer elemento a valorar en un concepto de terrorismo es la finalidad política, a fin de no convertirle en un cajón de sastre de otras conductas. *Pensamos que la organización debe formar parte de lo injusto penal*, atendidas las ventajas ya explicadas, pero que hay que destinar esfuerzos a: **Primero**, “delimitar” los conceptos de banda armada, organización y grupo “terrorista”, a objeto de eliminar la tautología que se advierte en la actual redacción que proporcionan los arts. 571 y ss. del CP. **Segundo**, a restablecer el principio de proporcionalidad en las penas y las reglas generales de autoría y participación en las conductas de colaboración. Por una parte, quizá fuera preferible sancionar la colaboración a que se refieren los arts. 571, 572 y 574 como coautoría, cooperación necesaria o complicidad en el delito concreto de que se trata. Por otra parte se hace necesario distinguir los actos de colaboración a que se refiere el art. 576 CP otorgándoles un tratamiento diferenciado y por tanto desigual sanción en atención a la gravedad del mismo y sobre todo al desvalor de la conducta. A esto nos referiremos en las conclusiones específicas de la colaboración.

5.- EN CUANTO AL TIPO SUBJETIVO. LA FINALIDAD. TOMA DE POSICIÓN.

5.1. Consideraciones en torno al elemento subjetivo y el bien jurídico protegido.

5.1.a Legislación chilena.

Decíamos en el apartado segundo del capítulo VI que no estaba claro cual era el bien jurídico que la legislación chilena pretende proteger en los delitos de terrorismo, dada la distinta naturaleza de los elementos subjetivos del tipo exigidos. De un lado, con la expresión “arrancar exigencias o resoluciones a la autoridad” parece acercarse mas a la noción de orden público circunscrita a la seguridad interior del Estado, y de otro lado, con la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella” parecía querer proteger la “seguridad pública” entendida como “tranquilidad pública”. Por otra parte, ambas nociones están en estrecha relación con la idea de “estabilidad política”.

Como hemos podido advertir en la legislación chilena la finalidad política relativa a la “alteración del orden constitucional democrático” se encuentra contenida como elemento subjetivo de lo injusto en las figuras tipificadas por la Ley de Seguridad del Estado. La semejanza entre la LCT chilena y los arts. 571 y ss. del CP español se encuentra en la finalidad relativa a la alteración de la paz pública, que puede identificarse con el resultado o finalidad inmediata del terrorismo de causar temor en la población, en suma, conceptos todos ellos que dicen relación con la alarma pública, y que como lege ferenda se estima que es una tendencia de la conducta.

Lo que constituye, a estos efectos, objeto de nuestra preocupación es que las alteraciones de la tranquilidad pública dicen relación mas bien con otras figuras penales, como los delitos de desordenes públicos, a nuestro juicio, mal ubicados en una ley que pretende proteger la “seguridad interior del Estado” (Ley. 12.927), ya que ellos no suponen un peligro de alteración para las bases mismas de la sociedad, no ponen en peligro la estabilidad del sistema democrático. Y el terrorismo si bien altera la tranquilidad pública, no es ésta su única ni exclusiva característica, y considerarle como objeto de protección penal en delitos tan graves como los de terrorismo, supone desconocer la naturaleza del terrorismo (política), por las razones que hemos expuesto. Por otra parte, el terrorismo, como decíamos (apartado segundo, leg. española) no pone en caso alguno en peligro “la estabilidad democrática” y mucho menos en Chile, de manera tal que no puede ser utilizado como argumento político criminal el hecho de que la alteración de la tranquilidad pública socave las bases de la democracia.

Por esto nos preocupa la opinión de algún sector de la doctrina cuando estima que “esta tranquilidad pública a que venimos haciendo referencia (Ley de Seguridad del Estado) no es una cualquiera, sino la tranquilidad pública en un régimen democrático de gobierno, tranquilidad que, en consecuencia, tiene como telón de fondo la protección de los derechos de las

personas”¹⁰⁰², aunque los autores se decantan por una postura minimalista proponiendo la incorporación de las normas sobre seguridad interior y orden público al Código Penal¹⁰⁰³.

De partida, en Chile los grupos armados que han sido calificados como terroristas (MJL-FPMR, entre otros) no ponen en peligro “la estabilidad” del régimen de gobierno actual, y si bien han llegado en ocasiones a “alterar la tranquilidad pública”, hay que considerar lo que hemos repetido ya en demasía: no se trata de “atacar frontalmente al gobierno”, sino de “demostrar que el gobierno es incapaz de contrarrestarles”. No es otro el objetivo de una acción como la evasión de prisioneros desde la Cárcel de Alta Seguridad en 1996. Utilizar el argumento del “peligro para la estabilidad del régimen” acudiendo a conceptos indeterminados como el de “paz pública”, “tranquilidad pública” en los tipos penales instituyéndoles como núcleo del injusto penal, conduce hacia una criminalización encubierta de la disidencia política. ¿A quién se le ocurriría indicar que el sistema de protección del Estado y sus instituciones alteran la tranquilidad pública?. Y no obstante, como en todos los regímenes democráticos que siguen el modelo de las democracias occidentales, Chile no está exento de caer en un “abuso” de poder, con el argumento de defender la estabilidad del régimen.

Por esto es que hemos señalado que objetivamente, y si se quiere cumplir con el principio de legalidad, tipicidad, certeza o taxatividad en la ley penal, el bien jurídico protegido no puede ser otro que “el ordenamiento constitucional democrático”, y no conceptos que los ius publicistas sindicamos como indeterminados (paz pública, seguridad pública, tranquilidad pública). Solo así el ciudadano puede acceder a la necesaria seguridad jurídica. En este sentido se hace imprescindible la referencia expresa a una finalidad política, para evitar la ampliación del ámbito de punición hacia conductas que no constituyen estrictamente terrorismo, ni desde el punto de vista sociológico, ni desde el punto de vista de un derecho penal democrático y de garantías. La carencia de esta finalidad en la ley puede conducirnos a sostener su innecesariedad toda vez que las conductas descritas en el art. 2 de la ley 18.314 perfectamente pueden ser sancionadas a través de los tipos penales descritos en la ley común o especial.

5.1.b. Legislación española.

La relación entre bien jurídico protegido y elemento subjetivo de lo injusto en el CP español se muestra con claridad desde que en los delitos de terrorismo se reconoce una finalidad política. Hemos señalado que al igual que en la legislación chilena la dificultad en identificar el objeto de tutela penal subyace al concepto de “orden público”, siendo éste demasiado amplio para la incriminación penal de conductas sancionadas con alta penalidad, obstaculizando el cumplimiento del principio de certeza, taxatividad o determinación, y en general del principio de legalidad en materia penal. Y esto porque el primer concepto al que se asocia el de “orden público” es al de “seguridad del Estado”. Es verdad que en el CP de 1995 esta idea resulta difícil de concebir ya que ya que el ordenamiento jurídico se encuentra legitimado por mecanismos propios del sistema democrático. Sin embargo, tampoco puede descartarse a priori que el orden público, de ser considerado el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo pueda ser entendido en su más puro sentido autoritario. Baste para ello dar una rápida mirada a la “excepcionalidad legislativa” con que se trata el terrorismo, especialmente en materia de restricciones a los derechos fundamentales (véase art. 55.2 de la CE que autoriza la suspensión de derechos fundamentales y su concreción en la LECrim).

Fijando la atención en las finalidades alternativas exigidas por el legislador para la configuración típica observamos que la “subversión del ordenamiento constitucional democrático” implica un claro reconocimiento de la finalidad política en el terrorismo, semejante a la exigida en el delito de rebelión, tipo penal que el legislador ubica entre los delitos contra la Constitución y que se diferencia del terrorismo en la exigencia del alzamiento público.

¹⁰⁰² MERA - GONZALEZ- VARGAS, 1991, p.233

¹⁰⁰³ MERA-GONZÁLEZ-VARGAS, 1991, p.234, epígrafe 7.

La “subversión” al ordenamiento constitucional ha de entenderse como “alteración” del mismo a objeto de no establecer diferencias arbitrarias en la incriminación penal. La conducta de quien asesina a su adversario político para “preservar” el orden constitucional es tanto o más reprochable que la de aquel que lo hace para “subvertir” dicho orden. Esta idea es aceptada unánimemente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁰⁰⁴.

El reconocimiento a la finalidad política aparece menos claro con la pretensión de “alterar gravemente la paz pública”, concepto jurídico indeterminado que plantea problemas de delimitación con otras figuras penales (vr.gr. los delitos de desórdenes públicos del art. 557 que también exigen para la configuración del tipo “la alteración de la paz pública” y la “actuación en grupo”). La LO 2/1998 de 15 de Junio zanjó la discusión doctrinaria existente en torno a su concepto entendiendo que la “alteración de la paz pública” supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público, de manera tal que se pongan en cuestión los propios fundamentos del sistema democrático. Existe por tanto, una vinculación a la finalidad política. En nuestra opinión no puede desconocerse que la alteración de la tranquilidad pública es consustancial a los delitos de terrorismo, porque éste pretende causar intranquilidad, desasosiego, e incluso temor en los ciudadanos, como instrumento o fin provisorio. Sin embargo, no es éste, como se ha dicho el elemento que permite diferenciar las conductas de terrorismo de otras que puedan ser objeto de incriminación penal.

La alteración de la paz pública no es, por tanto, el factor que permita identificar el bien jurídico protegido ya que, además de ser un concepto difuso resulta ser un elemento de difícil medición. Prácticamente no existe un barómetro imparcial para calibrar su grado: de un lado se encuentra la influencia poderosa de los medios de comunicación, los que tienden en la mayoría de las ocasiones a desvirtuar este verdadero grado de alarma, de otro lado se encuentra el factor subjetivo relativo a la psicología de los habitantes de una población.

Si el legislador exige una finalidad política, interpretando como ha hecho la LO 2/1998, que cualquiera de los dos propósitos que ha de perseguir el agente dicen relación con el quebrantamiento de las bases del sistema democrático, resulta fácil deducir que el objeto de protección penal es el ordenamiento constitucional democrático entendido como orden público exclusivamente material.

5.b.- Consideraciones dogmáticas.

Las finalidades alternativas exigidas tanto por la LCT chilena como por el CP español constituyen elementos subjetivos de lo injusto y no un dolo específico. El dolo, entendido como el conocimiento y voluntad de realizar el ilícito, se refiere a la realización de los elementos del tipo, sin abarcar la lesión del bien jurídico pues éste es previo al ilícito penal. El dolo del autor, por tanto, abarca la conducta violenta e idónea para la lesión del bien jurídico, dejando fuera las circunstancias exigidas alternativamente por la descripción típica. Las pretensiones intencionales del agente son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, ya que basta con que el autor confiera a la acción típica un especial sentido subjetivo, sin que se exija un resultado en orden a que efectivamente el autor alcance sus propósitos, es decir, que efectivamente el ordenamiento constitucional democrático o la paz pública se vean alterados. Basta con el “resultado de peligro” para el mismo.

Esto determina que los delitos de terrorismo *sean delitos de tendencia interna intensificada y no delitos de intención*. Estos últimos por su estructura semejante a la de una tentativa castigada como delito consumado, impiden prohijar un criterio penal garantista acorde con los derechos humanos. En ellos la acción se dirige por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, consumándose el tipo con la sola realización del acto dirigido hacia la

¹⁰⁰⁴ A excepción de la sentencia de la Audiencia Nacional relativa al *caso Amedo*, ya comentada, y que es absolutamente aislada en su interpretación.

consecución de un resultado valorativo, resultado que queda fuera del tipo. En cambio, en los delitos de tendencia intensificada, basta con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial, que viene a *concretar la forma de lesión de la conducta típica*, sobre la base de este elemento subjetivo.

La consumación en los delitos de terrorismo, de acuerdo al criterio que aquí se sostiene, se producirá cuando se comprueba al menos el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo, para lo que hace falta la producción de los actos ejecutivos que se describen en el tipo objetivo.

5.b.1.- Legislación chilena.

La descripción típica exige la finalidad alternativa de intimidar a la población o a una parte de ella produciéndole el temor justificado de ser víctima de delitos de “la misma especie” o “arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias”. No es necesario que efectivamente se alcance el propósito perseguido, sino que basta con la producción de actos ejecutivos capaces de producir un peligro concreto para el bien jurídico colectivo, o que el bien jurídicoindividual en juego resulte efectivamente lesionado o puesto en peligro.

Ante la existencia de problemas de prueba de estas finalidades el legislador exige la concurrencia de indicios objetivos para su demostración, relativos a la naturaleza y medios empleados o la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. En este último caso nos encontramos ante un acto preparatorio, que por razones político criminales ha sido elevado a la categoría de indicio de objetividad en el propósito perseguido por el agente.

El principal problema lo plantea la referencia del legislador hacia la naturaleza y efecto de medios empleados, caso en el cual ni siquiera puede hablarse de un acto preparatorio. Consciente de esta dificultad el legislador ha recurrido al cómodo sistema de las presunciones judiciales. Así, el inciso 2° del art. 1 n°1 establece una presunción simplemente legal, en cuya virtud se acredita la existencia de la finalidad cuando en la acción se utilicen medios o artificios explosivos, incendiarios de gran poder destructivo, medios tóxicos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos. Ha de tratarse de armas de gran poder destructivo y que efectivamente hayan sido usadas.

El establecimiento de esta presunción judicial implica una infracción al *principio de legalidad* (art. 19 n°3 CPRCH), ya que al soslayar las dificultades de prueba estableciendo simples criterios de penalidad, priva al tipo penal de su función garantizadora de la seguridad jurídica que proporciona la taxatividad o certeza en materia penal. Es también una violación al *principio de presunción de inocencia* (art. 14 del PIDCP y 19 n°3 CPRCH), desde que se presume la culpabilidad del sujeto en cuanto a la intención de causar temor, en circunstancias que legalmente corresponde presumir su inocencia conforme lo ordena la Constitución. Asimismo puede traer problemas de doble incriminación en relación con la figura penal contenida en el art. 2 n°4 de la ley 18.314. La infracción al *non bis in ídem* se produce desde que el artificio explosivo reviste tanto las características de elemento de la existencia del tipo (art. 2 n°4), pues se encuentra incorporado en la descripción de la conducta típica, y a la vez es un eventual medio de comisión (art. 1° n°1), por lo que existiría una doble fuente de ilicitud, la primera para la existencia del delito, y la segunda para la calificación terrorista del mismo.

En cuanto a la circunstancia descrita en el art. 1 n°2, plantea problemas similares a la anterior en cuanto a su acreditación, estimándose que en todo caso es indispensable que la autoridad conozca este propósito, luego éste se evidencia por ese hecho. Como decíamos esta exigencia parece haber sido pensada para la calificación terrorista de la figura de secuestro (art. 2° n°1), pero no existe inconveniente en que ella también pudiere existir en el tipo penal de

amenaza de cometer delitos de terrorismo, como ha ocurrido en España con la amenaza de ejecutar homicidios y asesinatos.

La principal dificultad que se advierte es la existencia de un concurso de leyes entre la ley 18.314 sobre conductas terroristas y la ley 12.927 sobre seguridad del Estado, tratándose del tipo penal de secuestro terrorista (art. 2 n°1) que se comete con la finalidad de arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad puesto que dicha hipótesis delictiva se encuentra contenida en el art. 5 b) de la LSE (12.927) como delito contra la seguridad interior del Estado. A este concurso nos referiremos en el capítulo siguiente. Siendo así, no parece adecuada la inclusión de esta finalidad o propósito alternativo en el art. 1 n°2 de la ley 18.314, y aunque en el mismo pudiera advertirse un reconocimiento a la finalidad política, ella no tiene entidad suficiente para ejercer como elemento calificador de las conductas para la configuración típica de los delitos de terrorismo. Las exigencias pueden tener orígenes diversos, y en lugar de ser políticas ellas pueden ser meramente lucrativas o incluso sociales, como en los casos jurisprudenciales a los que hemos aludido en el examen de la misma.

Atendiendo a la naturaleza del terrorismo como fenómeno histórico y social hay que señalar que la inclusión de este propósito tiende a ampliar la punibilidad: el abanico de hipótesis delictivas puede desplegarse considerando conducta terrorista a cualquiera de los delitos enumerados en el art. 2°, que se cometan tan solo para imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad. Así el narcotraficante que comete un delito de secuestro para exigir a la autoridad que libere de la cárcel a un miembro de su mafia. La inexigencia tanto de una finalidad política como del fin provisorio de causar temor, alejan a estas figuras del concepto de terrorismo.

5.b.2. Legislación española.

El CP español exige las finalidades alternativas de *subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*, que deben encontrarse presentes tanto en los delitos en los que el sujeto activo es miembro o colaborador de una banda armada (arts. 571 y ss.), como en aquel en que el sujeto activo actúa al margen de estas organizaciones (art. 577).

Cabe destacar que a diferencia de la LCT chilena, el CP español no establece presunción alguna de esta finalidad, y ella deberá acreditarse, o no considerarse cuando concurre un ánimo específico acreditado de otra naturaleza que la descrita. La consideración de estos elementos subjetivos de lo injusto, que son de *tendencia interna intensificada*, determinan que la consumación no se anticipe (como ocurre en los delitos de intención), sino que se exige un “resultado de peligro” para el mismo. La discusión se centra entonces en si se trata de delitos de peligro concreto o de peligro abstracto, para lo cual estimamos necesario ponderar los antecedentes del hecho ilícito cometido. Así, en principio, y como *lege ferenda*, los delitos de terrorismo exigen la producción de un “resultado de peligro” es decir, un peligro concreto para el bien jurídico colectivo, ya que solo los tipos penales de resultado de lesión y los de peligro concreto cumplen con el principio de lesividad. Sin embargo, como observaremos al examinar cada tipo penal, no siempre es posible calificar estos delitos como delitos de peligro concreto.

Finalmente, la ponderación de los antecedentes del hecho ilícito determina que el desvalor objetivo de acción no quede relegado a un segundo plano, evitando el riesgo de construir un tipo penal que castiga solo la intención, como suele suceder en los tipos penales que exigen elementos subjetivos relativos a finalidades. Se evita el riesgo de transformar la legislación antiterrorista en un auténtico derecho penal subjetivo, en un “derecho penal del ánimo”.

6.- ELEMENTOS PARA UN CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.

Ya en el inicio de este capítulo hemos argumentado a favor de la necesidad de contemplar un concepto de terrorismo. Quizás, como hemos indicado en reiteradas ocasiones, el problema de su conceptualización tenga que ver más bien con la aplicación material de los conceptos penales, especialmente en el ámbito sustantivo procesal. Por ello es que, una implantación "únicamente selectiva y oportunista" como señala HASSEMER¹⁰⁰⁵ de normas jurídico penales, indudablemente se materializará en el campo procesal a través del recorte de garantías en desmedro del Derecho Penal considerado en su globalidad.

Dicho de otra manera, la necesaria imbricación de lo sustantivo penal y sustantivo procesal, nos pone ante la necesidad de determinar, cumpliendo con el principio de legalidad, qué es lo que exactamente se quiere sancionar y de qué manera. Si al momento de la determinación de "el que" es lo que se quiere sancionar, optamos por imponer un concepto de terrorismo, oportunista, que pretenda la defensa de los intereses de un determinado sector político o social, o un sistema de gobierno, es evidente que la defensa de dichos intereses llevará a materializar la norma penal en el campo procesal a través de un derecho procesal penal de excepción. A su vez, el recorte de garantías a nivel procesal, a largo plazo debilitará la norma penal impuesta, y más allá de ello, supondrá un debilitamiento al derecho penal de garantías en su conjunto. Nos encontramos, pues, ante un círculo vicioso, en el que puede llegar a cuestionarse incluso la Carta Magna, toda vez que es ella y no otro el instrumento en el que se determina el derecho penal material.

Consideramos, como MERTENS, que una definición de terrorismo debe carecer de parcialidad en el rechazo a la violencia: " Si l'on condamne le terrorisme, que l'on condamne tous les terrorismes"¹⁰⁰⁶. Por eso en nuestra opinión un buen comienzo en un intento por delimitar jurídicamente el terrorismo necesariamente pasa por una definición, aún en el plano social, como la que proporciona PONTARA: "un acto terrorista es una acción llevada a cabo como parte de un método de lucha política, que aspira a influir, conquistar o defender el poder del Estado, y que implica el uso de violencia extrema (muertos o heridos) contra personas inocentes, no -combatientes"¹⁰⁰⁷.

El problema que se plantea a efectos sustantivos es, de un lado, cómo hacer coincidir la naturaleza del terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social, y del otro, el respeto al principio de legalidad y sus derivados. El mayor conflicto a estos efectos arranca de la posibilidad de contemplar en un concepto jurídico del terrorismo a esa violencia política ilegítima que proviene de los aparatos del Estado. Hemos visto cómo un sector de la doctrina estima que no puede existir jurídicamente el terrorismo de Estado, argumentando que el Estado tiene el *ius puniendi*, y que quien administra la fuerza de la ley no puede sancionarse a sí mismo. Lo que no puede desconocerse es que el Estado, a través de sus agentes, con nexo oficial reconocido o no, puede actuar – y lo ha hecho- utilizando los mismos métodos del terrorismo. En Chile este tipo de terrorismo fue ampliamente conocido bajo la dictadura militar, y en España, tanto en la dictadura militar como en la transición democrática.

Aquí el punto más álgido de la discusión: ¿Puede concebirse el terrorismo de Estado en una democracia?. Las valoraciones políticas que cada uno tenga en mente pueden ayudar a dar una respuesta, que sin duda será subjetiva. En nuestra opinión, si el sistema democrático cumple con los requisitos de legalidad y legitimidad ofreciendo "materialmente" canales de participación democrática, en teoría, no puede existir el terrorismo institucional. Empero, la realidad ha demostrado lo contrario. El abuso de poder incluso en sistemas democráticos es susceptible de extender sus efectos alcanzando métodos terroristas de comisión.

¹⁰⁰⁵HASSEMER, W. "*La persecución penal: legalidad y oportunidad*", en *JpD*, N°4, Sept. 1988, pp. 8 y ss.

¹⁰⁰⁶MERTENS, 1974, p. 49.

¹⁰⁰⁷PONTARA, 1979, pp.25-98.

Por ello es que estimamos que si se quieren sancionar a título de terrorismo este tipo de conductas debe considerarse en términos generales: *Primero*, al carácter atentatorio a los derechos inherentes a la dignidad humana que revista el acto. *Segundo*, la finalidad política, entendida como la intención de alterar el ordenamiento constitucional democrático. *Tercero*, el acto debe ser violento e idóneo para causar temor en la población y para alcanzar la finalidad perseguida. La responsabilidad penal recaerá, según las reglas generales, en los individuos que cometen la conducta. A este respecto reiteramos nuestra opinión en cuanto a que las actuaciones de los GAL en España, jurídicamente caben dentro de los tipos penales de terrorismo.

Si ni siquiera se ha logrado llegar a un acuerdo doctrinal en torno a la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente, mal podemos aspirar a que el Estado sea objeto de enjuiciamiento por el ejercicio de la violencia ilegítima y contraria al orden constitucional. Queda, no obstante, la vía del derecho penal internacional, que posee numerosos ejemplos en los que se condenan los actos terroristas que provienen del aparato estatal. Así, la Declaración de Moscú de 1943, sobre crímenes contra la humanidad; el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 y Resolución de 16-12-1946 de la Asamblea General de ONU aprobando los principios y las sentencias del Estatuto de Nuremberg; el Convenio de las Naciones Unidas contra el Genocidio (9-12-1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16-12-1966); la resolución de la Asamblea General de ONU de diciembre de 1973 sobre persecución de crímenes contra la Humanidad; la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas (10-12-1984); y el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo (27-1-1977), entre otros.

Es preciso, por tanto, señalar cuáles son los elementos que debe contener el concepto jurídico de terrorismo para que cumpla con el requisito de plasmar o reflejar el fenómeno en su dimensión social e histórica, y que jurídicamente pueda encontrarse acorde con el principio de legalidad en materia penal. En nuestra opinión este concepto debería conjugar, de manera *copulativa*, los siguientes elementos:

- a) Ser un delito común de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.
- b) Ser cometido con la finalidad de “alterar” el ordenamiento constitucional democrático, entendiéndose por tal el propósito de conmover los fundamentos del Estado democrático. Con ello se cumple el reconocimiento a la finalidad política y la protección al bien jurídico, a través del elemento teleológico. Técnicamente es un elemento subjetivo de lo injusto de tendencia interna intensificada.
- c) Ser cometido por sujetos pertenecientes o integrantes de una organización criminal, una asociación ilícita para cuya calificación como terrorista no basta la mera ideología política contraria a la institucionalidad, sino que es preciso que ella tenga por objeto la comisión de delitos comunes de los descritos con la finalidad indicada y a través de la conducta que se describe. Cuestión distinta es la conveniencia o inconveniencia de tipificar autónomamente la asociación ilícita terrorista.

Al exigir la pertenencia o integración en una asociación ilícita se contempla el elemento estructural en el sujeto activo para la configuración típica, debiendo tratarse las conductas de colaboración con esta organización criminal en la forma indicada.

- d) La conducta debe ser violenta para que pueda destacarse su carácter atentatorio contra los derechos humanos. En este sentido se atiende a los medios empleados y al resultado producido.

Los medios empleados deben ser de aquellos idóneos para atacar los bienes jurídicos fundamentales de carácter individual ya mencionados y para alcanzar la finalidad política perseguida. De esta forma el delito debe ser cometido utilizando métodos perversos, crueles,

bárbaros o alevosos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado extendiendo sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si éstas son ajenas a los móviles del delito.

Con la conducta debe perseguirse además la finalidad provisoria de causar temor a toda la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño. Se trata de intimidar a la población para conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que esta finalidad última o propósito efectivamente se alcance.

Estimamos que este contenido en el concepto de terrorismo permite arribar a una comprensión que diga relación con su esencia en cuanto fenómeno social: la conducta violenta, apartada de los cauces democráticos de participación que forma parte de la estrategia política de una organización y que implica una agresión directa o indirecta a los derechos inherentes a la persona humana, al Estado de Derecho que se funda en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, conducta que debe ser idónea para imponer a la sociedad o una parte de ella, sobre la base del miedo o temor, el sometimiento a las ideas o los propósitos políticos de dicha organización.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE TERRORISMO

SUMARIO: **I.** Preliminares. **II.** TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. **1.-** Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad y la libertad de las personas: Art. 2 n°1 y n°3 en relación art. 1° LCT, **2.-** Delitos de daño material y/o peligro personal: Art. 2 n°1, 2 y 4 en relación art. 1° LCT, **3.-** Asociación ilícita terrorista. art. 2 n°5 en relación con art. 1° LCT, **4.-** Disposiciones comunes: Art. 7 LCT. **III.** TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. **1.-** Asociación ilícita terrorista: art. 515.2 CP, **2.-** Delitos comunes cometidos por individuos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: **2.1.** Delitos de daño material y peligro para las personas: art. 571, **2.2.** Delitos de lesión a las personas: art. 572, **2.3.** Delitos de peligro a la seguridad pública: art. 573, **2.4.** Cláusula residual: art. 574, **3.** Tipos de autónoma colaboración con banda armada: arts. 575 y 576, **4.** Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: art. 577), **5.** Tipos autónomos de apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578), **6.** Disposiciones comunes: arts. 579 y 580. **IV.** AUTORÍA y PARTICIPACIÓN: Algunas consideraciones en relación a las asociaciones ilícitas terroristas, bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas. **V.** LA ATENUACIÓN PUNITIVA POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: El arrepentimiento eficaz. **1.** LEGISLACIÓN CHILENA, **1.1.** Legislación vigente entre 1992 y 1996: La Ley 19.172 sobre “arrepentimiento eficaz”. **1.2.** Legislación vigente: art. 4° de la ley 18.314. **1.3.** Posibilidades de aplicación del derecho penal común. **2.** LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. **2.1.** Ámbito de aplicación del art. 579.3 CP, **2.2.** Requisitos para su procedencia, **2.3.** Medidas alternativas a la “atenuación punitiva por colaboración con la justicia” en el ordenamiento penal español: a.- La disociación silenciosa, b. Posibilidades de aplicación de las normas de derecho penal común, c. Alternativas en materia de reinserción social. **VI.** Conclusiones: Comparación entre la tipificación de los delitos de terrorismo en el Código Penal español y la ley 18.314 sobre conductas terroristas en Chile.

I.- PRELIMINARES.

El examen de los tipos penales de terrorismo contenidos en las legislaciones penales chilena y española, tiene como presupuesto los principios informadores del derecho penal que, como límites al *ius puniendi* estatal, moligeran la reacción penal frente a las conductas delictivas. La intervención penal del Estado encuentra su frontera ante todo en el respeto a los *principios de intervención mínima y de legalidad*.

Como hemos podido observar en el capítulo anterior, la naturaleza de *última ratio* del derecho penal, su carácter fragmentario y subsidiario, exige que la respuesta penal quede limitada a aquellos ataques más graves a bienes jurídicos considerados dignos de la mayor protección. Aquí radica el fundamento en la tipificación de los delitos de terrorismo por cuanto en ellos el bien jurídico trasciende a los de carácter meramente individual, que resultan inmediatamente afectados por la realización de los hechos ilícitos, alcanzando a aquel o aquellos que afectan al colectivo social. El *principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos* adquiere la mayor importancia pues es el que ha de guiar la interpretación de cada figura delictiva. Existen, como se verá, algunas figuras penales en las que la lesión o puesta en peligro al ordenamiento constitucional democrático aparece poco clara o lisa y llanamente es imposible de advertir.

El *principio de legalidad* en materia penal supone ante todo una garantía política para los ciudadanos en cuanto exigencia de seguridad jurídica: El no poder ser sancionado sino en virtud de delitos que expresamente se encuentren tipificados en la ley (principio de tipicidad), con las penas que en ella se señalan, y por uno o más hechos ilícitos que deben ser reprochables al sujeto (principio de culpabilidad). Delito y pena se encuentran, por tanto, en una estrecha relación que viene a integrar el contenido de los principios de racionalidad y proporcionalidad. El principio de humanidad y el principio resocializador han de encontrarse asimismo presentes en ellas.

El principio de legalidad encuentra reconocimiento general en las Constituciones Políticas tanto de Chile como de España en los arts. 19 n°3 CPRCH y 9.3 CE, respectivamente. En cuanto a los principios de lesividad, derecho penal del hecho, taxatividad, culpabilidad, y otros más específicos, cada ordenamiento penal tiene sus particularidades y no siempre su texto constitucional le reconoce expresamente. Así por ejemplo, el principio de taxatividad, en Chile se encuentra reconocido expresamente en el art. 19 n°3 cuyo inciso final señala: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, mientras que en España el texto constitucional se refiere indirectamente en el art. 25.1 de la CE¹. Los principios de lesividad y derecho penal del acto en Chile se derivan del reconocimiento de los presupuestos de un derecho penal respetuoso de los derechos humanos², cuya incorporación a la legislación vigente ha sido a través de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. En España, el principio de lesividad tiene como punto de partida el modelo político que se adopta en este país, “Estado Social y democrático de derecho” que recoge el art. 1.1 de la CE³.

En muchas de las figuras que se examinarán encontraremos discordancias con estos criterios rectores del ordenamiento penal, resultando a estos efectos importante subrayar, además del principio de lesividad, el de taxatividad, certeza o determinación en las normas penales ya que, en ocasiones, el legislador omite realizar una descripción concreta de las conductas que integran cada uno de los tipos penales. Asimismo, la tradicional relación entre delito y pena resulta afectada tratándose de aquellas figuras que consagran una atenuación punitiva por el hecho de colaborar con la justicia, el llamado “arrepentimiento eficaz” (art. 4° ley 18.314 chilena y art. 579.3 CP español).

Otro de los principios que resulta afectado en las legislaciones antiterroristas in comento es el de *non bis in ídem*, en cuya virtud no puede sancionarse doblemente por un mismo hecho. En el caso de Chile, si bien la CPRCH no lo consagra expresamente, puede afirmarse su jerarquía constitucional desde que, conforme al principio de legalidad en materia penal, admite implícitamente la cosa juzgada, y por tanto es susceptible de tutela inmediata, a través del recurso de amparo o habeas corpus (art. 21 CPRCH). Aunque dicho recurso no parece ser el medio idóneo para ello, es en definitiva el único medio de que dispone la defensa para asegurar el respeto de la garantía contra el doble juzgamiento.

La prohibición de la duplicidad de sanciones penales se contiene tradicionalmente, en el art. 75 del CP que mediante la *vía de concurso* resuelve la sanción aplicable a aquel hecho que constituya dos o más infracciones penales. La prohibición de un doble procesamiento se encuentra en el art. 42 inciso 2° del CPP que dispone expresamente que “el procesado condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometido a un nuevo proceso por el mismo hecho...”⁴.

En el caso de España sucede algo similar: si bien no es reconocido el principio de *non bis in ídem*, puede entenderse ligado al principio de legalidad consagrado en el art. 25 de la CE⁵, y su tradicional reconocimiento se encuentra en el art. 8 del CP que establece que los

¹ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

² Ampliamente MEDINA-MERA, 1996, pp.366 y ss.

³ Cfr. MIR PUIG, 1996, pp. 90-93.

⁴ Cabe destacar a este respecto que, la doctrina coincide en que el sobreseimiento definitivo dictado en una causa importa una evaluación judicial que no puede dejar de merecer los efectos de cosa juzgada. Luego, respecto de este delito ya sobreseído, el sujeto no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias. Cfr. CARRIÓ, Alejandro; *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1990, 1ª reimpresión, 1991, pp. 173- 174, nota 3.

⁵ STC 2/1981. Cfr. SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Edit. Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. 98.

hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos se castigarán solo por uno solo de ellos, conforme a las *reglas de concurso de leyes* que en el mismo CP se establecen. Puede deducirse asimismo del art. 67 relativo a las reglas de aplicación de las penas en caso de concurrir circunstancias agravantes o atenuantes.

Partiendo de estos principios, y en especial del bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal, hemos optado por realizar una clasificación de los delitos de terrorismo atendiendo tanto a los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados como a las características terroristas de su comisión. Claro está que no podemos establecer un parámetro absolutamente común para la ley 18.314 chilena y los arts. 571 y ss. del CP español, debido a la diferencia fundamental que se advierte entre ambas relativa al reconocimiento de la finalidad política y la consideración del elemento estructural en el tipo objetivo, características de las que goza la ley penal española y carece la ley penal chilena.

En el examen de cada uno de los tipos penales, como en su mayoría se trata de delitos comunes ya previstos en los respectivos Códigos Penales no nos referiremos a ellos en cuanto ilícitos comunes más que en cuanto a lo estrictamente necesario en relación a su configuración como delitos de terrorismo, destacando especialmente cuáles son los elementos que determinarán su calificación como tales, y los problemas concursales que pueden ocasionar. Cuando se trate de tipos penales específicos, como por ejemplo, el delito de colaboración con banda armada en el CP español, o el lanzamiento o disparo de bombas y artefactos explosivos en la ley chilena, desarrollaremos el examen que en rigor corresponda.

Los esquemas de clasificación que en adelante se desarrollarán son básicamente los siguientes: Para el caso de la **legislación chilena**: **1)** Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad, la libertad y/o salud de las personas: Art. 2 n°1 y n°3 en relación art. 1° LCT; **2)** Delitos de daño material y/o peligro personal: Art.2 n°1, 2 y 4 en relación art. 1° LCT; **3)** Asociación ilícita terrorista: art. 2 n°5 n relación con art. 1° LCT; **4)** Disposiciones comunes: Art. 7 LCT. Para el caso de la **legislación española**: **1)** Asociación ilícita terrorista: art. 515.2 CP; **2)** Delitos comunes cometidos por individuos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: 2.1. Delitos de daño material y peligro para las personas: art. 571; 2.2. Delitos de lesión a las personas: art. 572; 2.3. Delitos de peligro a la seguridad pública: art.573.; 2.4. Cláusula residual: art. 574; **3)** Tipos de autónoma colaboración con banda armada: arts. 575 y 576; **4)** Delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: art. 577; **5)** Tipos autónomos de apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo: art. 578; **6)** Disposiciones comunes: arts. 579, apartados 1 y 2, y art. 580.

Tras este examen realizaremos algunas consideraciones respecto de la autoría y la participación en las asociaciones ilícitas terroristas, bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas. En este punto en concreto no nos extenderemos más allá de lo estrictamente necesario para proporcionar una visión general acerca de las teorías existentes en torno al tema, y la posición que aquí se considera la más acertada.. La autoría y participación en las organizaciones criminales constituye un tema lo bastante amplio como para dar origen a una investigación única y exclusivamente centrada en él. Finalizaremos este capítulo con un tema que ha suscitado las más enconadas polémicas tanto a nivel académico como político, y que es el relativo a la aplicación de medidas premiales en los casos de terrorismo. En concreto examinaremos las disposiciones análogas que se contienen en la ley 18.314 chilena y en el CP español que establecen una atenuación punitiva por el hecho de colaborar con la autoridad a objeto de impedir o prevenir la comisión de delitos de terrorismo, y develar la actividad de organizaciones terroristas, cada legislación con sus particularidades, claro está. En este punto nos extenderemos algo más que en el anterior ya que del mismo puede llegar a derivarse incluso un cuestionamiento general: ¿Es la lucha contra el terrorismo un argumento lo suficientemente convincente como para poner en jaque los valores que inspiran al Estado democrático?. No es

el momento de dar respuesta ni de explicar por qué se llega a esta interrogante, necesario es, previamente examinar los tipos penales en cada legislación.

II. TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACION CHILENA

El **art. 2º** de la ley 18.314 incluye el catálogo de aquellos delitos que, ejecutados con alguna de las finalidades contenidas en el art. 1º, son susceptibles de ser inculcados como delitos de terrorismo. Señala el precepto:

“Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el art. anterior:

1.- Los de homicidio, sancionados en los arts. 390 y 391; los de lesiones penados en los arts. 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores castigados en los arts. 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del art. 403 bis; los de incendio y estragos reprimidos en los arts. 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los arts. 313 d, 315 y 316; el de descarrilamiento contemplado en los arts. 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.

2.- Apoderarse o intentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial, o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4.- Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.

5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al art. 1º.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los arts. 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas”.

El criterio empleado por el legislador para la enumeración de las diversas conductas típicas coincide con la clasificación de “delitos comunes” y “delitos autónomos”. Parte con la enumeración de diversos “delitos comunes” en el nº1 del art. 2, figuras todas ellas tipificadas en el CP; para continuar con la enumeración de “delitos autónomos” en los que se describe expresamente la conducta típica, sin necesidad de remisión normativa a otro texto legal. Es lo que ocurre en los tipos penales contenidos en los nºs 2 a 5 del art. 2º. La clasificación que estimamos más apropiada es aquella que agrupa los delitos en relación a los bienes jurídicos protegidos, en este caso, serán los que resultan inmediatamente afectados por la realización de las conductas, ya que, según se ha visto existiría un soporte común a todos ellos cual es la protección de un bien jurídico principal de naturaleza colectiva. De esta forma sistematizaremos los tipos penales en:

1. Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad y la libertad.

1.A. Delitos contra la vida y/o la integridad corporal: En el art. Art. 2 nº1 Homicidio: simple (art. 391 nº2 CP) y calificado (art.391 nº 1 CP). En el art. 2º nº3: El atentado en contra “de la vida” o la integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad. En el art. 2 nº1: Lesiones: castración (art. 395), mutilaciones (art. 396), lesiones graves (art. 397) y lesiones menos graves (art. 399), todos del Código Penal. En el art. 2º nº3: El atentado en contra de la vida o “la integridad corporal” del Jefe de Estado o de otra autoridad...

1.B. Delitos contra la libertad: Secuestro (art. 141 CP) y sustracción de menores (art. 142 CP)

2. Delitos de daño material y/o peligro personal.

2.A. Delitos comunes cualificados por las características terroristas de su comisión.

a.- Art. 2 nº1: Envío de efectos explosivos (art. 403 bis CP).

b.- Art. 2 nº1: Incendios y estragos (arts. 474,475,476,480 CP)

c.- Art. 2 n°1: Infracciones contra la salud pública. (arts. 313 d), 315, y 316 CP)

2.B. *Delitos autónomos.*

- a. Apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte público (Art. 2 n° 2 LCT)
- b. Colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos (Art. 2 n°4 LCT)

3. *Asociación ilícita terrorista.*

1. DELITOS DE LESIÓN PERSONAL: ATENTADOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD.

1. A. Delitos contra la vida y la integridad corporal.

El art. 2° de la LCT establece dos figuras en las que se protege el bien jurídico individual, vida humana independiente, cualificándoseles como delitos de terrorismo en atención a los elementos subjetivos previstos en el art. 1°. La primera de ellas se remite normativamente al tipo penal común de homicidio que incrimina el CP, y la segunda configura un tipo penal autónomo y cualificado en atención a la especial calidad de la víctima, ilícito previsto en el art. 2 n°3.

a) Homicidio (art. 2 n° 1)

El art. 2 n° 1 tipifica como delito de terrorismo los delitos de homicidio descritos en los arts. 390 y 391 del CP, cuando se cometieren con alguna de las finalidades descritas en el art. 1° de la ley 18.314.

a.1. Tipo Objetivo:

Tratándose del homicidio en cuanto delito de acción, **Sujeto Activo** puede ser cualquier persona⁶, sin que sea preciso, como ocurre en la legislación española, que tenga relación con una organización terrorista. En su forma de comisión por omisión, el sujeto activo se encuentra restringido a quienes reúnen las condiciones especiales que fundamentan la posición de garante⁷. Esto último es importante tratándose de las conductas del llamado terrorismo de Estado. El ejemplo más claro es la conducta del médico que “supervisa” las sesiones de tortura al detenido por motivaciones políticas, a objeto de obtener una confesión, torturas y malos tratos a consecuencia de los cuales el detenido muere. Baste recordar las violaciones a los derechos humanos que se produjeron en los campos de concentración que existieron bajo el gobierno militar del general Pinochet.

El **Sujeto pasivo** es la sociedad, y no la persona sobre la cual recae la acción típica, puesto que, al tratarse de un delito de terrorismo, el –normalmente- sujeto pasivo de la acción, pasa a convertirse en el **objeto material del delito**, objeto que a su vez, desaparece con la muerte de la persona⁸.

Para la determinación de la **conducta típica** el art. 2 n° 1 se remite a los arts. 390 y 391 del CP, y que se refieren a los delitos de parricidio y uxoricidio (art. 390), homicidio cualificado o asesinato (art. 391 n°1) y homicidio simple (art. 391 n°2), respectivamente. En todos ellos la acción consiste en “matar a otro”, pudiendo revestir *cualquier modalidad* y utilizarse cualquier medio⁹. Esto significa que, cuando se trata de un delito de comisión por omisión, la conducta

⁶ POLITOFF, Sergio- GRISOLÍA, Francisco, BUSTOS, Juan. *Derecho penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Edit. Jurídica de Chile, 1993, p. 44.

⁷ POLITOFF, S. – GRISOLÍA, F.- BUSTOS, J. 1993, p. 44.

⁸Supra, Cap VI, Apdo.3°, Sujeto pasivo. Toma de posición, y examen art. 572. 572 CP.

⁹ BUSTOS, J. *Manual de DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Ariel, 1991, pp.19-20. MUÑOZ CONDE, F. *DP.PE.*, 11ª ed., Edit.

típica consistirá en la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizarla por parte del sujeto activo (caso del médico antes señalado)¹⁰.

La imputación objetiva acerca de la responsabilidad de dicho sujeto nace de la concurrencia de los tres elementos que la doctrina considera fundamentales para la configuración típica de la comisión por omisión, a saber: a) la posición de garante en relación a la víctima¹¹, b) la producción del resultado de muerte como consecuencia de la ausencia de acción determinada, y c) la posibilidad que el sujeto activo tenía de evitar que se produjese el resultado lesivo, lo que se encuentra comprendido en la capacidad de acción.

La figura básica queda constituida por la remisión del art. 2 n°1 de la LCT al art. 391 n°2 del CP, que regula el homicidio simple. En la ley penal chilena el homicidio simple consiste en “matar a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del parricidio, infanticidio u homicidio cualificado”¹². Llama la atención que el parricidio y uxoricidio puedan ser cualificados como delitos de terrorismo. El hecho de que para el legislador la conducta terrorista se caracterice por “atentar contra la vida, la integridad física, o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a toda o parte de la población”, no significa que dentro de las mismas pueda considerarse cualquier clase de conductas, sino aquellas que, en todo caso, digan relación con las finalidades exigidas en el art. 1°. El precepto reclama, a nuestro entender, una restricción en el entendido de no considerar los delitos de parricidio y uxoricidio, manteniendo las figuras comunes de homicidio, cualificado y simple.

a.2. Tipo subjetivo.

El dolo genérico se satisface con el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, esto es, el conocimiento de que se realiza una acción dirigida a producir la muerte de una persona y querer hacerlo¹³. La doctrina chilena, apoyada por la jurisprudencia, considera que el homicidio no requiere el dolo de matar, sino que basta con la existencia de un dolo genérico de dañar o maltratar a la víctima¹⁴.

El dolo genérico admite todas las modalidades del mismo: dolo directo o de primer grado, indirecto o de segundo grado y dolo eventual.

La concurrencia del dolo debe ir acompañada de alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 1° de la ley 18.314, de manera tal que la presencia de cualquiera de ambas determina la cualificación terrorista. Técnicamente, como hemos señalado se constituyen en elementos subjetivos específicos, de tendencia interna intensificada, que orientan la acción en un determinado sentido hacia la lesión del bien jurídico.

La concurrencia del dolo directo aparece en los casos en que se causa intencionadamente la muerte de una persona, a través de cualquier medio. Ello puede dar lugar en muchos casos a concursos de delitos. Así por ejemplo, cuando se mata a una persona

Tirant Lo Blanch, 1996, p.31.

¹⁰ Mas ampliamente acerca del homicidio por omisión, POLITOFF, S. – GRISOLÍA, F.- BUSTOS, J. 1993, pp. 53 y ss. La Corte de Apelaciones ha reconocido la procedencia en el ordenamiento penal chileno del homicidio por omisión: “...como el delito es una figura de resultado, puede cometerse no sólo por un actuar, sino también por un omitir..”. Véase *GJ*, N° 101, año 1988, pp.40 y ss.

¹¹ La Corte de Apelaciones de Stgo señala que la exigencia normativa que establece la obligación de actuar “puede ser ética, social o jurídica”. *GJ*, N° 101, año 1988, pp.40 y ss.

¹² POLITOFF, S. – GRISOLÍA, F.- BUSTOS, J. 1993, p. 43.

¹³ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 34.

¹⁴NOVOA MONREAL, E. *Curso de DP chileno, 1960, T. I, p. 555*. En el mismo sentido en su artículo “*El delito de homicidio y la intención de matar*”, en *RCP*, T. VIII, pp.183 y ss. También, POLITOFF, S. – GRISOLÍA, F.- BUSTOS, J. 1993, p. 70.

haciendo estallar una bomba en un puente por el que ha de pasar su vehículo. El dolo directo en este caso es el de causar la muerte, pero si a consecuencia del estallido de la bomba se producen estragos en el puente (bien nacional de uso público) y en los sectores aledaños (p.ej. viviendas), el delito de homicidio entrará en concurso con el delito de estragos del art.480 del CP.

El concurso se produce entre el delito de terrorismo (homicidio) y el delito común (estragos), y no con otros delitos de terrorismo sean estos estragos (art. 2 n°1) o la figura descrita en el art. 2 n°4, ya que esto implicaría una infracción al principio de *non bis in ídem*. En efecto, tanto el delito de terrorismo de homicidio como el de estragos (art. 2n°1) y el descrito en el art. 2 n°4 encuentran el fundamento de su incriminación más gravosa por la presencia de cualesquiera de las finalidades descritas en el art. 1° de la LCT. Cualificar la conducta típica del ejemplo como un concurso entre dos o más delitos de terrorismo implica sancionar dos veces por una misma circunstancia.

La solución al ejemplo propuesto se resuelve a través de lo dispuesto en el art. 75 del CP (concurso ideal), ya que los estragos (delito común) han sido el medio necesario para ejecutar el delito de terrorismo (homicidio). Deberá por tanto, aplicarse la pena mayor asignada al delito más grave.

En cuanto al dolo eventual, éste se presentará en los casos en que el sujeto “acepta” la muerte como resultado “probable” de su actuar. Es el caso del sujeto que coloca una bomba en un edificio perteneciente a una institución pública, fuera de las horas laborales. Si a consecuencia del estallido muere por ejemplo, un vigilante, la persona de la limpieza, habrá dolo eventual en relación a estas muertes. El sujeto quiere y desea causar daños, pero al mismo tiempo sabe que es posible que en su interior se encuentre alguna persona, y que puede morir. No puede decirse que desea este resultado, pero lo acepta, aún siendo probable.

Distinto sería, en nuestra opinión, el caso del sujeto que hace estallar una bomba en un centro comercial a plena luz del día. Si a consecuencia de ese estallido mueren numerosas personas que se encontraban en el interior, lo correcto es interpretar la existencia de un dolo directo de segundo grado. En este caso, si bien el sujeto no desea la muerte de dichas personas, sino solo causar daños para atemorizar o imponer exigencias a la autoridad, tiene la “certeza” de que ese resultado será consecuencia segura de su actuar, y “lo considera necesario”¹⁵.

a.3. Naturaleza y clasificación del delito.

- a) *Por las modalidades de la Parte Objetiva:* El resultado de “muerte” exigido por el tipo penal denota que nos encontramos ante un “delito de lesión”, que atenta directamente contra el bien jurídico individual: vida. Este ataque al bien jurídico individual, exigente de un concreto resultado, es a su vez el elemento que permite acreditar un “resultado de peligro” en torno al bien jurídico colectivo que se protege con los delitos de terrorismo, sea éste el “orden público”, o “la seguridad pública, como de *iure condito* sugiere el texto de la ley 18.314¹⁶, o, el ordenamiento constitucional democrático, como ocurre en las legislaciones en las que se reconoce la finalidad política a estos tipos penales¹⁷.

¹⁵ Como se sabe, la distinción entre el dolo directo de primer grado y el de segundo grado radica en el elemento volitivo, mientras en el primer caso el sujeto “desea” el resultado teniendo la certeza de que se producirá como consecuencia de su actuar, en el segundo caso el sujeto, teniendo esa misma certeza, considera que es necesario que ese resultado se produzca.

¹⁶ Así también la jurisprudencia, SCA de Santiago de 13 nov. de 1992, Rol N° 14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), considerando séptimo, en GJ N° 149, 1992, p.90.

¹⁷ Hay que aclarar que de acuerdo a los criterios seguidos en esta investigación hemos señalado que, a nuestro entender, el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo es el ordenamiento constitucional democrático. Ello porque hemos suscrito la opinión de la doctrina mayoritaria en España y en Chile en orden a que los delitos de terrorismo son delitos con una finalidad política. Sin embargo, como pudimos advertir en el capítulo anterior, el reconocimiento de esta finalidad en la ley 18.314 chilena, no aparece manifiestamente. Por ello es que, de *lege data*,

Esto significa que, cuando un sujeto comete un homicidio con alguna de las finalidades descritas en el art. 1º de la ley, ha de existir en él un convencimiento acerca del significado de dicha muerte en relación a toda la población, o a un sector determinado de ella. El que mata para “atemorizar a los habitantes de una población, o a un sector de ella”, o para “arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad”, está confiriendo a su acción un determinado y específico sentido. Que logre o no sus propósitos con esa acción de “matar” es un resultado que queda fuera del tipo penal. Basta con que se compruebe el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo, peligro que se acredita con la acción que lesiona directa e inmediatamente un bien jurídico individual de la mayor importancia.

Así parece entenderlo la jurisprudencia cuando afirma: “...el terrorismo afecta de una manera inmediata a la vida, integridad corporal y psíquica y libertad de las personas y, por ende, hay que admitir como resultado inmediato también el correspondiente a tales bienes, o sea correlativos a tales bienes jurídicos aparecen como resultado la muerte, las lesiones, las torturas o el secuestro de personas... Sin embargo, el terrorismo es un delito que excede a estos resultados, puesto que éstos tienen que lesionar o poner en peligro la seguridad o el orden público que está siendo impuesto por el bien jurídico último, que siempre es mediato”¹⁸.

Se trata también de un delito de acción y un delito instantáneo porque el tipo penal se consuma en el momento en que se produce el resultado de lesión al bien jurídico “vida”. Es asimismo un delito de medios indeterminados, ya que pueden emplearse múltiples formas de comisión de la acción, sea que se trate de parricidio y uxoricidio, asesinato u homicidio simple. En todo caso, el legislador establece una valoración de las distintas hipótesis delictivas al remitirse expresamente a los arts. 390 y 391 del CP. Volveremos sobre ello al analizar la penalidad de dichas figuras.

- b) *Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva:* Si el autor ha de realizar la conducta típica pero confiriéndole un sentido subjetivo específico, consistente en las dos finalidades del art. 1º, alternativamente, cabe deducir que nos encontramos ante un tipo incongruente por exceso subjetivo. Se trata de un delito de tendencia interna intensificada.
- c) *Según los sujetos:* Se trata de un delito individual o monosubjetivo ya que basta un solo sujeto, sea activo o pasivo, para su configuración¹⁹. Es un delito común ya que cualquiera puede realizar las conductas típicas (“Los que...”).

a.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

El delito se consuma cuando se comprueba el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo protegido, peligro concreto que no solo se produciría con el resultado materialmente separable de la muerte, sino también cuando se da comienzo a la ejecución del delito por actos externos encaminados directamente a su consumación. Si estos actos suponen la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, el delito de homicidio terrorista se estimará en grado de tentativa.

Quiere decirse con esto que los elementos subjetivos exigidos por el art. 1º de la ley, tienen todas las fases del íter críminis a la hora de determinar su cualificación como delito de terrorismo. Aplicando el art. 7 del CP, si se da principio a la ejecución del crimen por un hecho directo, y en el agente concurren las finalidades exigidas, y el delito no llega a consumarse, deberá calificarse como “homicidio terrorista en grado de tentativa”. Lo mismo si el agente ha puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma, y ello no se verifica por

los tipos de terrorismo en la legislación chilena, parecen estar destinados a proteger el orden público, en su versión de paz social o seguridad pública.

¹⁸ SCA de Santiago, de 13-11-1992, causa Rol N° 14.711 – 92, (*Caso Edwards*), (Considerando 8º).

¹⁹ Cfr. BUSTOS, J. *Manual de DP.Español. PG.*, Edit. Ariel, 1984, p.189.

causas independientes de su voluntad. El delito deberá calificarse como “homicidio terrorista en grado de frustración”.

A este respecto cabe destacar que, de acuerdo a lo que señala la jurisprudencia²⁰, no puede darse por acreditado el elemento subjetivo contenido en el art. 1º nº1, en virtud de la presunción que allí se contiene, cuando no existe evidencia alguna de haberse utilizado armas de gran poder destructivo, “sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres o pistolas u otras armas cortas” en condiciones deplorables respecto de su efectividad. Tampoco procede dar por acreditado el carácter terrorista del homicidio cuando estos artefactos solo hubiesen sido portados por el agente, mas no utilizados para cometer el delito.

Del mismo modo, no puede probarse el elemento subjetivo relativo a la finalidad de causar temor a un sector de la población, como sería por ejemplo, Carabineros de Chile, cuando no pudiere probarse la existencia de un plan dirigido contra ellos. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Stgo. indicó: “... los encausados participaron en la celebración del Frente Manuel Rodríguez, al que todos pertenecían, mediante la ejecución de un acto armado y la colocación de barricadas en diversos puntos del sector, para facilitar el asalto o robo a locales comerciales del lugar, con el fin de que la población hurtara las mercaderías y se hiciera de ellas. En parte alguna aparece la existencia de un plan dirigido contra Carabineros de Chile... ni el uso de armas artesanales y de diversos calibres, cortas...ninguna de ellas de gran poder destructivo... en un organismo policial profesional o en sus funcionarios, todo lo cual excluye la posibilidad de la existencia del delito perseguido”²¹.

En cuanto al grado de frustración en el homicidio, éste no puede darse por acreditado cuando *no ha existido* intención homicida (dolo genérico). Según lo indica la Corte de Apelaciones de Stgo.: “Obsta a dar por establecida la existencia además, de toda intención homicida de uno o más de los funcionarios de carabineros, apostados ante un colegio y de guardia en él, el hecho de que en media hora de enfrentamiento continuado, con intercambio nutrido de ráfagas de balas de armas cortas y largas, ninguno de los funcionarios actuantes hubiere sido siquiera lesionado y que el vehículo Z 620 (policial) recibiera en total tres impactos, de los cuales dos corresponden a orificios de salida y uno solo a orificio de entrada, lo que hace presumir que este último es el único causado por alguno de los frentistas que actuaron en los hechos, resultando paradójico al respecto que los occisos hubieran sido alcanzados por numerosos proyectiles según consta de los respectivos protocolos de autopsia”²².

Cuando se produce el resultado de muerte, habiendo intención homicida, nos encontramos teóricamente ante una situación de concurso ideal entre el bien jurídico colectivo y el individual, que debería resolverse de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 del CP. El concurso ideal se plantea, según esta disposición, “cuando un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro”. En este caso, el ataque directo contra el bien jurídico individual vida a través del delito de homicidio (arts. 390 y 391 CP), es *un medio necesario* para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo, esto es, para cometer el delito de terrorismo descrito en el art. 2 nº1 en relación con el art. 1 de la LCT.

A estos efectos cabe distinguir que en la ley penal chilena, a diferencia de otras legislaciones, como la alemana, el concurso ideal solo supone la unidad de hecho, no de la acción, esto es, existe una unidad en cuanto a la forma de exteriorizar y realizar la actividad final, pero las acciones son varias²³. Esta distinción tiene importancia, especialmente, tratándose del problema de la participación en el concurso ideal ya que, si como en el art. 75 CP se

²⁰ SCA de Santiago de 15-9-1992 (1ª instancia) Min. En Visita Sra. G. Olivares, Rol 49.595 – 91, Contra Paula Carrasco y otros y SCA de 27-10-1992, núm. 40.561-92 (2ª instancia), que confirma la primera.

²¹ SCA de Santiago de 15-9-1992 (1ª instancia) Min. En Visita Sra. G. Olivares, Rol 49.595 – 91, Contra Paula Carrasco y otros (Considerando 12º). Confirmada por SCA de 27-10-1992, núm. 40.561-92.

²² SCA de Santiago de 15-9-1992, cit. (considerando 13º). Confirmada por SCA de 27-10-1992, núm. 40.561-92.

²³ CURY URZÚA, E. 1985, p.285.

considera que el hecho principal es uno solo, la multiplicidad de conductas que pudiere llevar a cabo el partícipe es irrelevante ya que siempre responderá en virtud del principio de accesoriadad²⁴.

a.5. Penalidad:

La sanción para el homicidio terrorista se encuentra contenida en la regla general establecida por el art. 3º. Señala el inciso primero de dicho artículo que “los delitos señalados en los números 1 y 3 del artículo 2º serán sancionados con las penas previstas para ello en el Código penal, o en la ley 12.927, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados. Esto significa que el juez en su aplicación deberá determinar primero la pena correspondiente al delito cometido (parricidio, uxoricidio, asesinato, homicidio simple), como si no fuese un delito de terrorismo, aplicar las atenuantes y agravantes del caso, y luego elevarla el número de grados que corresponda. Esto significa que, de concurrir atenuantes, debe aplicarse el grado mínimo del delito (común) en virtud del art. 66 inciso 2º del CP.

En nuestra opinión, la técnica empleada por el legislador atiende a una correcta valoración de las diversas hipótesis delictivas, ya que aumenta la pena correspondiente en uno, dos o tres grados a la prevista por el Código Penal para cada una de las infracciones, y en tal sentido, se ajusta más al principio de proporcionalidad que la aplicación de penas únicas.

Sin embargo, este “acierto” del legislador, se vuelve contra sí mismo al momento de poner en aplicación la regla general del art.3 inc. 1º. Se quiebra el principio de proporcionalidad al producirse penas exacerbadas, de un lado, como producto de una extensión indebida de la punibilidad, y por otro lado, porque las penas establecidas para las respectivas figuras básicas, son ya lo suficientemente graves. Considérese por ejemplo, que el parricidio y uxoricidio, se sancionan en el art. 390 del CP con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte. No parece haber grados superiores en la escala de penas capaces de aumentarle en dos o tres grados. Así, se produce la incongruencia de sancionar el parricidio común, con la misma pena que el parricidio terrorista, lo que a su vez constituye una inconsecuencia en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

En el caso del homicidio calificado, el art. 391 nº1 del CP establece la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, y en el del homicidio simple (art. 391 nº2) la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Partiendo del mínimo en el homicidio cualificado, diez años de prisión, pueden llegar a convertirse en presidio perpetuo, dependiendo de cuántos grados estime conveniente el juez aumentar. Partiendo asimismo del grado mínimo en el homicidio simple, 5 años de prisión, la pena puede alcanzar quince años y un día a veinte años de prisión.

b) Atentado contra el Jefe de Estado u otras autoridades.(art. 2 nº 3)

Art. 2º: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

3. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe de Estado, o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas protegidas internacionalmente, en razón de sus cargos”.

Este precepto se encontraba contenido en los numerales 1 y 2 del antiguo art. 1º de la LCT, que tipificaban separadamente el atentado contra la vida e integridad corporal del jefe de Estado, su cónyuge ascendientes o descendientes (nº1) y el atentado contra la vida o integridad

²⁴ En cambio, si se considera una multiplicidad de acciones configuradoras de distintos tipos penales, debe afirmarse que el partícipe lo es de todos los delitos si su actividad satisface las exigencias de cada uno de esos tipos delictivos. Cfr. CURY URZÚA, E. 1985, p. 286.

corporal de determinadas autoridades políticas, judiciales, militares y religiosas, sus cónyuges, ascendientes o descendientes. Los fundamentos político criminales para consagrar esta norma se ampararon en la relevancia de la persona del Presidente de la República, en cuanto representante del sistema presidencial, y Jefe de Estado, al que por disposición del art. 24 de la CPRCH se atribuye el gobierno y la administración del Estado.

Por su importancia, cualquier atentado contra la persona del Jefe del Estado sería apto para originar en el medio social, un clima de alarma y consternación generalizado, unido a una sensación de inseguridad creciente: “Cualquier atentado contra la vida o integridad corporal del Presidente de la República o sus familiares próximos, constituye delito terrorista”²⁵.

Esto significaba que automáticamente “cualquier atentado contra el jefe de Estado” se transformaba en delito de terrorismo, aún si se perpetraba al margen del significado de su cargo político. La carencia en esta figura de elementos subjetivos expresos o al menos un dolo específico era una clara, manifestación de que, para los redactores de la ley, lo que calificaba como terrorista a la conducta descrita no era el objetivo o propósito perseguido por sus autores, sino la naturaleza y particular calidad de sus posibles víctimas²⁶. Esto obligaba al intérprete a concluir que debía entenderse como un elemento tácito del tipo penal, la exigencia de que la acción criminal debía realizarse en contra de las personas indicadas en su calidad de tales, ya que de lo contrario se vería violentado el *principio de igualdad* en la ley, al suponer que la vida de algunas personas tiene más valor que la de otros.

Por otra parte, de no considerarse la actuación “en razón del cargo” el ámbito de punibilidad del terrorismo se extiende extraordinariamente pudiendo alcanzar acciones delictuales de tipo comunes, como p.ej. una lesión a un nieto del jefe del Estado ocasionada por un compañero de colegio (de 16 años y con discernimiento) con motivo de una diferencia producida en un partido de fútbol²⁷, o lisa y llanamente actos netamente privados llegándose al absurdo de llegar a considerar como terrorista un acto de corte pasional²⁸. Ello naturalmente no coincide con el concepto constitucional de terrorismo que exige en la esencia, una contradicción con los derechos humanos (art. 9 CPRCH).

Por último, la inclusión de familiares entre los eventuales sujetos pasivos no indicaba límite alguno con respecto a los descendientes, ni siquiera se hacía la diferencia entre parentesco por consanguinidad o afinidad, como tampoco se exigía la legitimidad²⁹.

En relación al tipo que describía el N°2 del art. 1°, atentado en contra de ciertas autoridades, el fundamento político criminal para su incriminación era similar al anterior: por la importancia que revisten, dichas personas son víctimas propicias y frecuentes de atentados terroristas. Pero a diferencia del atentado al jefe de Estado, el impacto de dichos actos no alcanza su dimensión. Por esta razón, se requiere para configurar el delito, que el atentado se realice en su calidad de tales, excluyéndose aquellos atentados que obedezcan a móviles diferentes, especialmente personales³⁰.

Los comentarios acerca de esta figura son prácticamente los mismos que en relación a la anterior, diferenciándose solo en cuanto en este tipo penal (n°2) la ley señalaba precisa y

²⁵ Informe Técnico de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno. p. 48.

²⁶ PICKERING, G. 1988, p.95.

²⁷ MERA, J. 1984, p. 11.

²⁸ DEL BARRIO-LEÓN REYES. 1990, pp. 241-242.

²⁹ DEL BARRIO-LEÓN REYES. 1990, pp. 241-242.

³⁰ Informe sobre la ley 18.314 de la secretaría de legislación de la Junta de Gobierno. p. 49. Estas mismas razones que proporcionaba el Informe llevaron a la doctrina a reclamar una interpretación en la que en ambos casos se exigiese el requisito de atentar en razón de sus cargos, ya que de no ser así, se estaría contrariando abiertamente el concepto constitucional del terrorismo contenido en el art. 9° de la carta fundamental. PICKERING, G. 1988, p. 99.

taxativamente las víctimas. Otra diferencia estribaba en que para configurar el delito, se exigía un requisito expreso, haciéndola más limitada que la figura contenida en el N°1, cual era que el atentado en contra de las personas enumeradas se cometiera en consideración a la calidad que ellas invisten. Al igual que en el caso anterior, se trataba de una figura penal de carácter objetivo, en cuanto no hacía mención a ningún elemento subjetivo expreso, es decir, lo que calificaba de terrorista al delito, era la calidad de las personas ofendidas y no la finalidad o el dolo perseguido por el autor³¹.

El artículo 2 n°3 de la ley vigente fue producto de la modificación efectuada por la ley 19.027, aventajando claramente la normativa anterior, en muchos aspectos: De partida, se reunieron en un mismo tipo penal los atentados en contra del Jefe de Estado y otras autoridades, sin realizar una enumeración taxativa de éstas últimas. Ello si bien constituye una ventaja ya que implica proporcionar un tratamiento igualitario para todas las eventuales víctimas del delito, por otra parte, constituye un tipo penal abierto desde que no realiza una enumeración taxativa. Es necesaria una labor interpretativa. El precepto vigente establece la exigencia de que el atentado se realice en razón del cargo que el Jefe de Estado o la autoridad de que se trate, desempeña, lo que constituye un indudable acierto desde que restringe el ámbito de punibilidad hacia auténticos actos de terrorismo. Ello se ve originado, y reforzado, a la vez por la exigencia expresa acerca de la concurrencia de alguno de los requisitos establecidos en el art. 1º, y que son los elementos subjetivos de tendencia interna trascendente que sirven para la cualificación del terrorismo. Por último, y también a consecuencia de la exigencia de realizar el atentado en razón del cargo, se excluyeron como eventuales víctimas a cónyuges, ascendientes o descendientes del Jefe de Estado u otra autoridad de las allí mencionadas.

En consecuencia, para que se configure el tipo penal in comento se requiere:

1. - La realización de un atentado en contra de la vida o integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas.
2. - Que dicho atentado se realice en razón del cargo que dicha autoridad desempeña.
3. - Que concorra en el o los agentes, alguna de las finalidades descritas en el art. 1º de la ley 18.314³².

b.1. Tipo Objetivo:

Sujeto Activo: cualquier persona.

La conducta típica: El verbo rector que determina la acción típica es “atentar” contra la vida o integridad corporal de las autoridades referidas. El atentado contra la autoridad ha sido definido en términos generales como “una acción consistente en ...imponer mediante coacción la ejecución u omisión de un acto que es propio de la autoridad, siendo relevante la ilegalidad o legalidad intrínseca de la resolución que se pretende imponer, puesto que el atentado existe, cualquiera que sea el acto que se trata de imponer”³³.

Este empleo de la intimidación o de la fuerza, como medio de imposición de la voluntad, requiere, por expresa disposición de la ley, una precisión en torno al carácter del atentado: éste ha de ser realizado en atención o “en razón del cargo” que desempeña el Jefe de Estado u otra autoridad. Ello permite, de un lado, respetar el principio de exclusiva protección

³¹ PICKERING, G. 1988, p. 98, DEL BARRIO-LEÓN REYES. 1990, p. 244.

³² En este sentido, SSCA de San Miguel, de 4-6-1993, núm. 1622-92, que confirma S. de 1ª instancia de 26-6-1992 (Ministro en Visita Sr. A. Rojas), Rol 151-91. El fallo estimó que ante la falta de concurrencia de cualquiera de los requisitos establecidos en el art. 1º de la ley 18.314, el hecho enjuiciado era constitutivo del delito de robo perteneciente a (un tercero), cometido con homicidio del carabnero, tipificado en el art. 433 n°1 del CP.

³³ GOLDSTEIN, Raúl. “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”, Edit. Astrea, 2º ed., Buenos Aires, 1978, pp. 72 – 73.

de bienes jurídicos, ya que el ámbito de punibilidad se circunscribe a auténticos delitos de terrorismo, y de otro lado, respetar el *principio de igualdad*, pues al privilegiarse “la función” en lugar de la persona, el legislador está ratificando que la vida y la integridad corporal valen por igual ante cualquier persona, sea o no, autoridad.

Por otra parte, fundamenta el merecimiento de mayor pena para esta conducta que a las tipificadas por la ley penal a ese mismo tipo de atentados cometidos en contra de cualquier persona³⁴. Y no solo respecto de la ley penal común, sino asimismo en la propia Ley de conductas terroristas: el atentado contra el jefe de Estado o autoridad tiene asignada una pena mayor que la que corresponde, por ejemplo, a los homicidios terroristas descritos en el art. 2 n°1.

En cuanto a la *naturaleza y contenido de los atentados*, el legislador se refiere, de manera amplia a los atentados en contra de la vida e integridad corporal, omitiendo diferenciar entre las diversas hipótesis delictivas. Si partimos del bien jurídico, es evidente que el primero que se protege y que resulta inmediatamente afectado es “la vida”. En consecuencia el atentado en contra de la vida, sea homicidio simple o calificado, constituirá para esta ley el delito de terrorismo in comento, si se realiza en atención al cargo del Jefe de Estado u otra autoridad, y concurren alguno de los requisitos del art. 1°.

El problema se plantea en relación con los atentados en contra del bien jurídico integridad corporal. Al no especificarse el tipo de atentados, podría incluirse dentro de su ámbito de punibilidad a delitos de lesiones menos graves (art. 399 del CP), incluso faltas de lesiones (art. 494 n°5 CP), conductas que de suyo resultan inadecuadas para producir terror en la población o en un sector de ella y como tales ajenas a toda connotación de carácter terrorista, por lo que no se cumpliría el requisito establecido en el art. 1° n° 1. No es posible pensar, sin desvirtuar la naturaleza de los delitos de terrorismo, que puede ser incriminada como delito de terrorismo, la conducta del muchacho que arroja un cóctel molotov a una autoridad política y le causa lesiones leves.

Aún cuando pudiere presumirse el carácter terrorista de la conducta sobre la base de lo indicado en el art. 1° n°1 inciso 2°, por haberse cometido el hecho mediante un artefacto explosivo, incendiario, etc. en nuestra opinión, el ámbito de punibilidad debe restringirse a los delitos más graves de lesiones, ello ocurrirá sólo con las mutilaciones, las lesiones graves (arts. 395 a 398 del CP). Sin embargo, coherentes con un criterio sistemático de interpretación de la ley, habría que incluir también a las lesiones menos graves (art. 399), pues junto a las mutilaciones y lesiones graves, son los que incrimina como delitos de terrorismo el art. 2 n°1 de la LCT (véase epígrafe siguiente).

Mirado desde la óptica político criminal, solo las lesiones más graves tienen la capacidad de causar una conmoción pública, similar a la de un atentado contra la vida. A ello debemos agregar que, de acuerdo a lo que enseña la praxis, los atentados contra la autoridad en los que se producen lesiones corporales, por regla general han perseguido directamente causar la muerte. Es muy improbable que puedan producirse atentados verdaderamente terroristas en contra de la integridad corporal, esto es, que lo perseguido no sea causar la muerte, sino que causar lesiones gravísimas a las víctimas, aunque no son conceptualmente imposibles³⁵.

Esta restricción no implica, como podría objetársenos, que la calificación del delito dependa por entero del resultado producido, ya que deberán examinarse el resto de los elementos del tipo para su calificación. Así, en el caso del sujeto que dispara contra el jefe de

³⁴ Como afirmaba MERA refiriéndose al primitivo art. 1° n° 1 y 2: "Lo único que podría justificar la diferencia de penalidades sería el carácter terrorista del delito en el primer caso, el cual se integra necesariamente por el elemento exigido por la propia norma relativo al carácter público del atentado, en cuanto se realiza en atención a la investidura del Jefe de Estado u otra autoridad y por razones de su cargo". MERA, J. 1984, p. 11

³⁵ MERA, J. 1984, p. 12.

Estado para darle muerte y solo logra ocasionarle lesiones de menor entidad, habrá que ponderar que, si el dolo directo iba dirigido a causar la muerte, prevalece el carácter de atentado en contra de la vida en grado de frustrado o de tentativa, en lugar de atentado contra la integridad corporal en grado de consumación.

Sujeto pasivo y Objeto material.

Partiendo de la existencia de un bien jurídico colectivo protegido en los delitos de terrorismo, el Sujeto pasivo lo constituye la sociedad en su conjunto, puesto que solo ella podría ser la titular de dicho objeto de tutela penal. En cambio, las personas en las cuales recae la acción constituyen el objeto material del delito, el que se halla individualizado bajo la forma de autoridad, en la norma: Jefe de Estado u otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas. Técnicamente se corresponden con elementos normativos en el tipo, que al no encontrarse definidos en el mismo precepto, le dan el carácter de ley penal en blanco, pues habrá que remitirse a otros sectores del ordenamiento jurídico a objeto de completar el tipo penal y saber quiénes son exactamente los protegidos por la norma.

Jefe de Estado, autoridad política y autoridad judicial: Las bases del sistema político chileno se encuentran consagradas ante todo, en la Constitución Política. De acuerdo a su art. 24 el *Jefe de Estado* se identifica con al Presidente de la República, electo en la forma que la carta fundamental señala (arts. 24 y ss. CPRCH). La *autoridad política* está constituida, por los ministros y subsecretarios de Estado (arts. 33 a 37 CPRCH), los miembros del Consejo de Estado (arts. 95 y 96 CPRCH), los senadores y diputados (arts. 42 y ss. CPRCH), los intendentes, gobernadores y alcaldes (arts. 100 y ss. CPRCH). La *autoridad judicial* se compone de ministros de la Corte Suprema, ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones, los jueces de letras (arts. 73 y ss. CPRCH), miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones(arts. 81 a 86 CPRCH) y el Contralor General de la República (art. 87 CPRCH).

Autoridad militar y autoridad policial: Siguiendo el mismo razonamiento anterior deberemos acudir al art. 90 de la CPRCH que reza: “las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”. A la luz de este precepto, se deduce que por *autoridad militar* deberemos considerar a las Fuerzas Armadas, comprendiéndose dentro de las mismas, sólo al Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (art. 90 CPRCH, inciso 2º). La *autoridad policial* estaría conformada, por las Fuerzas de orden y seguridad pública, integradas sólo por Carabineros e Investigaciones (art. 90 CPRCH inciso 3º).

Resulta adecuado restringir, a objetos de cumplir con el *principio de igualdad*, el concepto de autoridad a: los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, al Director General de Carabineros, así como también a los oficiales de dichas instituciones, al Director General y Subdirector de Investigaciones. En principio, no se incluyen los miembros de Gendarmería, ni a su Director, por no pertenecer exactamente ni a la rama de la autoridad militar, ni policial, sin embargo el precepto reclama en este sentido la aplicación de la analogía in bonam partem, puesto que la calidad de autoridad que reviste el Director de dicha institución es innegable a la luz del art. 74 del CPP³⁶.

Debe tenerse siempre presente que la calidad de autoridad para los primeros mencionados les viene dada por el art. 32 nº8 de la CPRCH en cuanto ellos deben ser designados o removidos por el Presidente de la República (salvo el Director General de

³⁶ Gendarmería de Chile debe cumplir las órdenes y resoluciones de los Tribunales de Justicia respecto de los delitos cometidos en el interior de los Establecimientos penitenciarios (art. 74 CPP), y se erige como base de la Administración Penitenciaria (DS N°1.771, Reglamento de establecimientos penitenciarios).

Investigaciones). Hay que considerar además que, si atendemos a lo que la ley penal define por terrorismo, son éstas las únicas personas en contra de las cuales se puede realizar un atentado terrorista “en razón de su cargo” persiguiendo alguno de los propósitos señalados en el art. 1º de la ley 18.314, especialmente el intimidar a un sector de la población.

Entendemos que el atentado contra el resto de los integrantes de dichas instituciones, carece de connotación terrorista pues, como se señaló en la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.927: “el delito es terrorista por la circunstancia de dirigirse contra una autoridad en razón de su cargo, incluso si ésta no es materialmente afectada”³⁷. Por esta misma razón, durante el debate parlamentario se dejó constancia de que no era necesario agregar entre las víctimas a semejantes atentados a los choferes y escoltas que acompañan a las autoridades. Por otra parte, cuando se trata de otros integrantes de las mencionadas instituciones, que no revisten un cargo de autoridad dentro de la misma, difícilmente podría concluirse que el atentado tenga un carácter terrorista ya que, si el delito se perpetra en razón del cargo que el funcionario desempeña, la hipótesis queda vacía por falta de dicho cargo, y porque además, no se entiende en qué medida podríamos estar en presencia de alguno de los requisitos subjetivos exigidos por la conducta terrorista.

La ley penal común ya cuenta con herramientas suficientes para la protección de estas personas en calidad de sujetos pasivos. Así los delitos cometidos en contra de los otros integrantes de una institución como las señaladas, perfectamente puede ser sancionado conforme al Código de Justicia Militar o al Código Penal.

Aún interpretando restrictivamente en relación a los elementos normativos examinados, cabe todavía una cuestión que entra en conflicto con el *principio de igualdad* de la ley (art. 19 n°2 CPRCH). Se refiere a la actuación de la eventual víctima en el momento de perpetrarse el delito. De acuerdo a los términos de la incriminación penal, amplios en exceso, podría llegar a calificarse como delito de terrorismo la conducta de quien dispara a un policía vestido de civil en un bar, a objeto de que satisfaga una exigencia individual. Encuadra perfectamente en la hipótesis contenida en el art. 2 n°3 de la LCT en relación con su art. 1º n°2: se atenta contra la autoridad judicial con el fin de imponerle exigencias.

Que una conducta como ésta pueda ser calificada como terrorista trasciende los márgenes de punibilidad que deben regir en torno a este delito, y significa una merma al *principio de igualdad* por cuanto implica valorar la vida de ese policía más que la de otras personas. Por ello es que se hace necesario que en la norma se especifique que, para que se configure el delito de terrorismo in comento, la autoridad, los funcionarios deban encontrarse “*en acto de servicio*”. De acuerdo al art. 412 del CJM se entiende por “acto de servicio”, todo aquel que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada uno de dichos integrantes corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones indicadas.

Naturalmente no ignoramos que la autoridad, en acto de servicio, o fuera de él, siempre podrá constituir un blanco directo de ataque por parte del terrorismo, y que en definitiva, al que dispara contra un funcionario le es mucho más fácil cometer el delito cuando éste se halla de franco, no ejerciendo su labor. Sin embargo, no es ésta una razón lo suficientemente poderosa como para llegar a constituir una excepción al *principio de igualdad* y proteger a estas personas en todos y cada uno de los ámbitos de su vida. El así considerarlo implicaría reconocer que lo que se está protegiendo es a la “persona autoridad” y no a la “función”, que es lo que realmente otorga relevancia típica a la conducta y la cualifica como terrorismo.

Si por la frecuencia de los ataques fuere, no puede explicarse entonces el por qué, pese a la amplitud de la norma, ella está destinada a proteger tan solo a autoridades, dejando fuera de

³⁷ *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p. 96.

este ámbito la protección de personalidades y dirigentes políticos de oposición, a dirigentes sociales, sindicales y culturales, que también son víctimas frecuentes de atentados terroristas.

La Jurisprudencia ha afirmado la protección de la “función” señalando: “Son las indicadas instituciones (Fuerzas Armadas y Fuerzas de orden y seguridad pública) en razón de su propia y especial naturaleza, las que se hayan debidamente sometidas a un estatuto especial, cual es el Código de Justicia Militar, el que, en atención precisamente a la naturaleza y funciones de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de orden y seguridad pública, somete a su imperio y reglamenta de modo especial, y por lo tanto para su aplicación preferente, las conductas delictivas que atentan en contra de las mismas consideradas ya colectivamente como cuerpos disciplinados y jerarquizados, ya en relación a cada uno de sus respectivos integrantes o personas individuales³⁸.

Por esta razón es que, tanto en el delito de terrorismo in comento, como en los delitos que contra la autoridad regulan el CJM y el CP, la víctima debe estar investida de una calidad determinada, ser autoridad, y que se halle en el ejercicio de sus funciones: “...El sujeto pasivo del delito ha de ser entonces un carabinero en el ejercicio de sus funciones, y en el momento o actualidad del ataque a su persona, esto es, en el instante preciso en que realiza la función de protector de la seguridad ciudadana a que la ley y el orden institucional lo llama y convoca”³⁹.

En todo caso, hay que tener siempre presente que para que se configure el delito de terrorismo, deberán encontrarse presentes cualesquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 1º, de lo contrario el atentado contra esta autoridad será constitutivo de delito de "maltrato de obra" contenido en los arts. 282, 282 bis, y/o 416 del Código de Justicia Militar.

La jurisprudencia en este sentido ha sido uniforme. Así la muerte de un carabinero producida con motivo de un robo frustrado, en un enfrentamiento entre los autores del hecho y la policía, constituye un delito del art. 416 del CJM y no un delito de terrorismo: “...*Ha quedado suficientemente demostrado que no fue la conducta prevista en el antedicho art. 1º nº2 de la ley 18.314 la desplegada por los respectivos procesados en esta causa, sino la conducta referida en dichos fundamentos, y aunque la muerte y lesiones a Carabineros fueron inferidas "en su calidad de tales" y con motivo u ocasión de un robo, tales atentados contra la vida y la integridad física de los carabineros tienen su propia calificación en el art. 416 Nº 1 y 3 del Código de Justicia Militar*”⁴⁰. En cambio, la conducta de quien atenta con un arma de fuego contra un carabinero “que se encontraba efectuando servicio de tránsito en el local de votación”, causándole la muerte, es constitutiva del delito de terrorismo in comento⁴¹.

Autoridad religiosa: La norma no determina las “autoridades” que quedarían amparadas por esta norma. Aplicando el método de interpretación histórico, nos remitimos al antiguo art. 1º de la ley 18.314, restringiendo este concepto a los Arzobispos y Obispos, Vicarios generales, Provisores, Vicarios y Provicarios Capitulares, los párrocos y Ministros de cualquier culto permitido en el país.

Personas Internacionalmente protegidas: Conforme al art. 32 nº10 de la CPRCH, revisten la calidad de personas internacionalmente protegidas conforme a las normas del Derecho Internacional, los embajadores, ministros diplomáticos (cónsules, vice cónsules, cancilleres, vice cancilleres) y los representantes ante organismos internacionales.

³⁸ SCM de 31-8- 1993, núm. 808-86, causa Rol 782 - 86, contra Hugo Gómez Peña y otros. (Caso “Panadería Lautaro”)

³⁹ SCM de 31-8- 1993, núm. 808-86, Rol 782 - 86, (Caso “Panadería Lautaro”). Considerando 14º letra b).

⁴⁰ SCM de 31-8- 1993, núm. 808-86, Rol 782 - 86, (Caso “Panadería Lautaro”). (Considerandos 10 y 11).

⁴¹ Así SSCA de San Miguel, de 30-11- 1992 (1ª instancia) y 17-5-1993 (2ª instancia, núm. 103-93), contra Roberto Irrázabal y otros. Aplicación de los arts. 1 y 2 de la anterior ley 18.314, actualmente refundido en el art. 2 nº3.

b.2. Tipo subjetivo:

El dolo queda determinado por la exigencia en el tipo penal de atentar contra la autoridad “en razón de sus cargos”. Ello significa que el sujeto activo del delito debe saber (elemento intelectual o cognitivo) quiénes son sus eventuales víctimas (cargo que ocupan y/o función que desempeñan) y atentar contra ellas precisamente por esta circunstancia (elemento volitivo). Así lo ha manifestado la jurisprudencia: *“es necesario que concurra, además del elemento objetivo de que la víctima tenga el carácter de carabinero en ejercicio de sus funciones, el elemento subjetivo expresado y manifestado en que, al maltratarlo, el móvil del hechor no sea otro que el carácter militar de la víctima, el que se tendrá por cumplido sólo con el hecho de reconocerle como tal...”*⁴².

Para que se configure el delito de terrorismo el dolo ha de aparecer matizado por cualquiera de los elementos subjetivos específicos que enumera el art. 1 de la ley 18.314, y que técnicamente se corresponden, como se ha dicho, con elementos de tendencia interna intensificada.

La jurisprudencia ha sido particularmente rigurosa en orden a no calificar los hechos como delito de terrorismo ante la falta de cualesquiera de estas circunstancias: *“...el atentado en contra de la vida o la integridad corporal de una autoridad policial... solo constituye delito terrorista cuando de comete con la finalidad de producir en la población o parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, o cuando se perpetra para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias, requisitos legales éstos que no se divisan en el presente caso. En atención a lo que se deja expresado y conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, el delito investigado en autos no debe calificarse de terrorista. El hecho ... resulta constitutivo del delito de robo de un revólver perteneciente a (un tercero), cometido con homicidio del carabinero, delito que sanciona el artículo 433 n°1 del Código Penal”*⁴³.

A estos efectos hay que recordar que para facilitar la labor del tribunal, el inciso 2° del art. 1 n°1 señala una presunción sobre cuya base puede acreditarse la finalidad terrorista por la naturaleza de los medios empleados o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. Esta posibilidad ha sido utilizada por la jurisprudencia para calificar como delito de terrorismo el homicidio de un carabinero que se encontraba de guardia en un local de votación, el día de las elecciones presidenciales de 1989, en concreto, califica la conducta como “atentado contra la vida o integridad corporal de la autoridad policial, en razón de su cargo (artículo 2 n°3), cometido con la finalidad de producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”⁴⁴.

b.3. Naturaleza y clasificación del delito:

a) *Por las modalidades de la Parte Objetiva:* Comparte con los delitos de homicidio anteriormente examinado, la característica de ser un delito de lesión, ya que exige un resultado: el atentado contra la vida (muerte), o la integridad corporal (lesiones). El ataque a ambos bienes jurídicos individuales sirve como elemento de comprobación del peligro que significa dicha conducta para el bien jurídico colectivo protegido.

El sujeto que dispara contra un Ministro de Estado con la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, o para arrancar resoluciones o imponer exigencias al gobierno,

⁴² SCM de 31-8- 1993, núm. 808-86, causa Rol 782 - 86, (Caso “Panadería Lautaro”). (Considerando 15°).

⁴³ SSCA de San Miguel, de 26-6-1993, núm. 1622-92 (Considerando 6°) que confirma sentencia de 1ª instancia de 26-6- 1992, causa Rol 151-91-I, Contra Enrique Quintanilla y otros.

⁴⁴ SSCA de San Miguel, de 17 de mayo de 1993, núm. 103-93, contra Roberto Irrazábal y otros.

sabe (elemento cognitivo del dolo) que dicha persona “en razón de su cargo” es un elemento de vital importancia dentro de la sociedad. Y quiere (elemento volitivo) atentar contra él porque cree que de esta forma conseguirá sus propósitos. La consecución o no de los mismos es un resultado que el tipo penal no exige, basta con que confiera a la acción un especial sentido subjetivo. Es asimismo un delito de acción y un delito instantáneo porque el tipo penal se consume en el momento en que se produce el resultado de lesión a los bienes jurídicos individuales, vida o integridad corporal. Un delito de medios indeterminados, ya que la expresión “atentaren” es omnicomprendensiva de múltiples formas de lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

b) *Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva:* Por la presencia de los elementos subjetivos específicos, se trata de un tipo penal incongruente por exceso subjetivo, que técnicamente se corresponde con un delito de tendencia interna intensificada, de manera tal que para su perfeccionamiento no es necesario que el autor efectivamente logre sus propósitos o finalidades, basta que ellas se encuentren presentes matizando el dolo.

c) *Según los sujetos:* Es un delito monosubjetivo ya que basta un solo sujeto, sea activo o pasivo, para su configuración. Es un delito común ya que cualquiera puede realizar las conductas típicas (“Los que...”). No se trata de un delito especial en razón de la especial calidad que revisten las víctimas ya que ellas son no el sujeto pasivo del delito de terrorismo, sino el objeto material sobre el cual recae la acción típica.

b.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

El delito se perfecciona cuando se comprueba el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo protegido. La cualificación como delito de terrorismo no exige un resultado materialmente separable de la conducta típica. Se limita simplemente a decir “el atentado en contra”. Esto significa que aún cuando no se produzca el resultado de muerte o lesiones, el delito, de acuerdo a lo que de *lege data* se infiere, se entiende consumado.

En caso de producirse el resultado de muerte o lesiones, el delito in comento (art. 2 n°3 de la LCT) o bien entraría en concurso ideal con los delitos previstos en los arts. 261 y 262 n°3 del CP referentes a los atentados y desacatos contra la autoridad, o con el delito previsto en el art. 5 a) de la Ley de Seguridad del Estado, referente al atentado en contra de autoridades. Al igual que en el caso del delito de homicidio ya examinado, este concurso entre el bien jurídico colectivo (ley sobre Conductas terroristas) y el bien jurídico individual (vida o integridad corporal) debe resolverse aplicando lo dispuesto en el art. 75 del CP, que subsumido en el caso de que se trata, viene a decir que el atentado contra la autoridad, el resultado de muerte o lesión corporal, son un medio para la afeción de un bien jurídico macrosocial de mayor relevancia.

b.5. Problemas Concursales.

A diferencia del caso anterior, en que nos referimos a la posibilidad de un concurso ideal en caso de producirse los resultados de muerte o lesiones, existen además otros problemas concursales ya no en cuanto a la determinación de la penalidad aplicable, sino en cuanto a la calificación misma del delito.

a) *Art. 2 n° 3 LCT y arts. 261 y 262 del CP.*

El art. 261 CP tipifica el atentado contra la autoridad, admitiendo dos hipótesis. La *primera* se refiere a todos aquellos que “sin alzarse públicamente”⁴⁵ “emplearen la fuerza o

⁴⁵Esto es lo que le diferencia de los delitos contenidos en el Título II del Libro II del CP relativo a los crímenes y simples delitos contra la seguridad Interior del Estado, arts. 121 y ss., delitos políticos. Supra Cap. V, I. *Legislación chilena, 4. Otras normas sustantivo penales relacionadas con la ley 18.314.*

intimidación” para conseguir alguno de los objetos señalados en los artículos 121 y 126, esto es, promover la guerra civil, cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno, privar de sus funciones o impedir que entren en ejercicio el Presidente de la República, miembros del Congreso, o de los tribunales superiores de justicia (art. 261 n°1). La *segunda* se refiere a los que “acometieren o resistieren con violencia, emplearen fuerza o intimidación” contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquella o ésta ejercieren funciones de su cargo (art. 261n °2). El art. 262 CP establece la penalidad aplicable para dichos atentados exigiendo la concurrencia de algunas circunstancias, entre las cuales, a efectos del problema in comento, se encuentra la 3ª: “si a consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delinquentes”.

Existe un concurso aparente de normas penales cuando el objeto material del delito de terrorismo fuere la autoridad política, judicial, religiosa o personas internacionalmente protegidas en razón de sus cargos. Ello porque la autoridad militar y policial tiene su propio estatuto en el CJM, y el jefe de Estado en la LSE. La solución a este concurso aparente habrá de encontrarse en el principio de especialidad. Así, mientras en el delito de terrorismo in comento, la lesión o ataque ha de producirse con alguna de las finalidades que enumera el art. 1º, dentro de las cuales, no se reconoce la finalidad política en el terrorismo; en el tipo penal del art. 261 n°1 del CP se reconoce claramente este carácter, protegiéndose un bien colectivo carácter político: promover la guerra civil, cambiar la Constitución del Estado, etc., protección que se le da frente al ataque a través de determinados medios de comisión: empleo de la fuerza o intimidación.

Por otra parte, el tipo penal contenido en el art. 2 n°3 de la LCT, exige que el atentado se realice “en razón del cargo que la persona desempeña”, a diferencia de lo que exige el Código Penal en el art. 261 n°2, que es que la autoridad pública o sus agentes “ejercieren funciones de su cargo”. En la hipótesis del atentado a la autoridad (art. 2 n°3 LCT) realizada con la finalidad de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad (art. 1 n°2 LCT), en caso de lograrse el objetivo previsto por el autor, existe la posibilidad de un concurso ideal, a efectos de la penalidad aplicable entre la ley de conductas terroristas y el art. 262, circunstancia 3ª del CP, concurso que se resuelve aplicando el art. 75 del CP.

b) Art. 2 n°3 de la LCT y Arts. 282, 282 bis y 416 del CJM.

Al igual que en el caso anterior, nos encontramos con concursos aparentes de normas penales que se producen con los arts. 282, 282 bis y 416 del CJM, relativos al maltrato de obra o empleo de violencia en contra de centinela, guarda o fuerza armada (art. 282 bis), y en contra de carabineros en ejercicio de sus funciones (art. 416), elevándose la penalidad cuando a consecuencia de ello se causan la muerte o lesiones graves. En estos casos el concurso se produce por la identidad del objeto material en el delito de terrorismo: autoridad policial o militar.

El principio de especialidad exige que en el caso en que el atentado se realizare concurriendo alguna de las circunstancias del art. 1º LCT, el hecho debe calificarse como delito de terrorismo. Si a consecuencia del atentado contra esta autoridad se produce el resultado de muerte o lesiones, no podría entrarse en concurso ideal con las normas relativas a estos atentados previstas en el CJM ya que el legislador resuelve la aplicación de la pena recurriendo a la fórmula del concurso, o bien con el CP o bien con la LSE (art. 3º LCT).

c) Art. 2 n° 3 LCT y art. 5 a) de la LSE.

El art. 5 a) de la ley de seguridad del Estado que sanciona a: “*Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, atentaren contra la vida o integridad física de las*

personas... En los casos que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será..."⁴⁶.

De acuerdo a una interpretación restrictiva, esta disposición podría ser aplicable, especialmente, cuando el objeto material del delito de terrorismo fuere el Jefe de Estado u otra autoridad política. Ello no excluye, empero, que también pudiera aplicarse en el caso del resto de las autoridades, puesto que el art. 5 a) habla de los atentados contra la vida o integridad "de las personas" en general.

Aquí, a diferencia de los casos anteriores, coincide en ambos tipos penales la exigencia del elemento cognitivo del dolo en torno a la actuación "en razón de sus cargos". Con mayor razón habrá que recurrir al principio de especialidad y fijar la atención en los elementos subjetivos específicos para diferenciar el atentado terrorista del atentado contra la seguridad interior. Así encontramos que, para que se configure la conducta descrita en el art. 5 a) de la ley de seguridad del Estado, el agente ha de tener los propósitos de alterar el orden constitucional o la seguridad pública. Es decir, existe un reconocimiento a la finalidad política. Mientras que en los arts. art. 2 n° 3 y 1° de la Ley 18.314, se exige la finalidad de intimidar a la población o un sector de ella, o arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias. No hay un reconocimiento expreso de la misma.

Cabe aún hacer una precisión: la norma de la ley 18.314 emplea la fórmula "en razón de sus cargos", siendo en este sentido más amplia que la ley de seguridad del Estado que explícitamente señala "en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado, o esté llamada a desempeñar". De allí que para que el tipo penal incriminado en el art. 2° n°3 de la ley 18.314 se configure, además de cumplirse alguno de los requisitos establecidos en el art. 1°, es preciso que el atentado se realice "en razón del cargo que una persona desempeñe", esto es, se excluyen los casos en que la víctima dejó de ocupar tal o cual cargo, así como también los casos en que siendo llamada a desempeñarlo, aún no se haya verificado su nombramiento.

Si a consecuencia de la realización del delito de terrorismo se produce muerte o lesiones la determinación de la penalidad aplicable pasa por un concurso ideal entre la LCT y la LSE.

b.6. Penalidad.

De conformidad con el art. 3° inciso 1 de la LCT, estos delitos serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código penal o en la Ley 12.927 según los casos, aumentadas en uno, dos o tres grados. Si partimos de la sanción establecida en el art. 262 del CP, la sanción oscilaría entre tres años y un día de prisión a quince años. Si realizamos el aumento de grados partiendo de la pena establecida en el art. 5 a) de la LSE, la sanción oscilaría entre presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo o muerte.

b.7. Algunos comentarios en torno al atentado contra el jefe de Estado, a la luz de la jurisprudencia: Del delito político al delito de terrorismo.

La llamada cláusula belga o del atentado, que como producto de la influencia de la legislación comparada, consagra el actual art. 2 n°3 ha sido una de las mayores consecuencias que en el plano legislativo se han sucedido tras el cambio de régimen de gobierno.

El giro completo en el escenario político, pasando de una dictadura militar a un período de transición democrático se reflejó en el plano jurisprudencial, privando de la cualificación de terrorismo a la mayoría de los delitos cometidos antes de 1990, todo ello como consecuencia de la reforma propiciada por las Leyes Cumplido⁴⁷. La mayor manifestación jurisprudencial en

⁴⁶ Supra Cap.V, I Legislación chilena, 4. Otras normas sustantivo penales relacionadas con la ley 18.314.

⁴⁷ Supra Cap. V. I. Legislación chilena... 3.- los delitos de terrorismo en el régimen democrático...

este sentido fue privar de su carácter de delito de terrorismo al *atentado perpetrado contra el General Pinochet y su comitiva presidencial*, hecho acaecido el 7 de septiembre de 1986⁴⁸.

Los hechos se perpetraron durante la vigencia de la ley 18.314 de 17 de mayo de 1984, y las conductas fueron enmarcadas en los ilícitos penales que dicho cuerpo de normas contempla, al estar precisamente descritas en ellas. No obstante, durante la tramitación del juicio fue promulgada la ley 19.027 de enero de 1991 que, modificando el texto de la ley 18.314, sustituyó el artículo 1º, exigiendo que para que los delitos comunes queden sancionados por las disposiciones que establece, deben estar ejecutados 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, presumiendo este elemento subjetivo incorporado al tipo penal en los casos que indica. Esta misma norma legal modificó la redacción de los tipos penales fijados por la ley 18.314, quedando en los términos actualmente vigentes.

Ante la modificación, el Tribunal debía resolver cual era la legislación que resulta aplicable a los hechos, esto es, si la norma legal común, la ley 18.314 sin modificaciones o esta misma ley con las modificaciones introducidas por la ley 19.027. La Corte de Apelaciones de San Miguel indicó: *“Al respecto, deberá tenerse presente que existe una discordancia respecto a los términos originarios de la ley 18.314, tanto en la redacción de los tipos penales, como en la exigencia del elemento subjetivo del tipo que contempla la ley 19.027, debiendo señalarse que también presentan un sistema de penalidad diferente... Atendido lo ya razonado, no pueden aplicarse en la especie los tipos penales de la ley 19.027, por cuanto ahora se contempla un nuevo requisito de la figura penal, esto es, un elemento subjetivo no previsto en el texto originario de la ley 18.314, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos investigados en este proceso. Esto se concluye acorde con la clara voluntad del constituyente, manifestada en el artículo 3 n°19, incisos 7 y 8 de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de legalidad de los delitos, al disponer que toda ley que los establece debe describir expresamente la conducta que sanciona, además del principio de la irretroactividad de la sanción penal, al estipular que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, estableciendo sólo en este último caso una excepción para el evento que la nueva ley favorezca al afectado”*⁴⁹.

Este era precisamente el caso de los hechos enjuiciados, ya que los principios constitucionales señalados, presuponen una permanencia del tipo penal y que lo que se modifique sea únicamente la pena asignada al ilícito, excluyendo toda posibilidad de aplicar un nuevo tipo penal a los hechos ocurridos con anterioridad a la ley que describió la conducta sancionada. Se autoriza la retroactividad de la pena si ello favorece al encausado.

Y concluye la Corte de Apelaciones: *“En concordancia con lo señalado, los casos constitucionales y legales antes mencionados, no resultan aplicables al caso sub lite, porque la ley 19.027, al modificar tanto los tipos penales cuanto las normas para determinar su penalidad ha originado una verdadera derogación orgánica de la normativa legal al no disponer que tal reforma no afectaría a los procesos que se encontraban en tramitación. Razones por las cuales debe concluirse que*

⁴⁸ Según consta en el proceso Rol 920-92 incoado en la Corte de Apelaciones de San Miguel, a cargo del Ministro en Visita, Sr. H. Villavicencio, se logró establecer entre que entre los años 1983 y 1984 nació la organización FPMR, que al margen de la legalidad vigente, realizó diversas acciones armadas entre las cuales se decidió atentar contra el entonces jefe de Estado, el General Pinochet. El ataque se realizó el 7 de Septiembre de 1986 mediante una emboscada en el sector El Mirador en la ruta existente entre Santiago y el Melocotón, lugar este último al que acudía los fines de semana el jefe de Estado. Como producto de estos hechos: Pinochet resultó levemente herido, fallecieron cinco de los escoltas de la comitiva, todos ellos miembros del Cuerpo de Carabineros y del Ejército, heridos con lesiones graves seis funcionarios del Ejército y Carabineros que repelieron el ataque, levemente heridos tres civiles que se encontraban en el sector, y daños de consideración en los vehículos de la comitiva, incluido el vehículo presidencial. Hay que destacar que en este mismo proceso se investigaron simultáneamente, además del atentado al jefe de Estado y su comitiva presidencial perpetrado el 7-9-1986, otros dos hechos: La toma y ataque por parte de un grupo del FPMR a la localidad y retén de carabineros de Los Queñes (21-10-1988), y el atentado en contra de la vida de carabineros (Talca y Curicó – Itahue, 11-4-1989). Véase nota siguiente.

⁴⁹ SCA de San Miguel, de 24-7-1992, núm. 920-92, Rol 1-91 contra J. A. Órdenes Narváez y otros (*Caso Atentado a Pinochet, y Los Queñes*). Considerandos 2 a 6.

esta Corte se encuentra imposibilitada de aplicar la ley 18.314, tanto en su texto originario como en el que resulta de la modificación introducida por la ley 19.027”⁵⁰.

Se optó así por la aplicación de las normas generales del Código Penal, calificándose los hechos como constitutivos de delitos reiterados de homicidios calificado, en grado de consumado (escoltas) y frustrado (jefe de Estado), del art., 391 n°1 del CP, además de sendos delitos de falsificación de instrumento público, de los arts. 193 1 196 del CP. Se aplicó asimismo la ley 17.798, sobre control de armas y explosivos, calificando los hechos como un delito de Formación, pertenencia, ayuda o financiamiento de grupos de combate armados o partidas militarmente organizadas o milicias privadas (artículo 8°), y delitos de transporte y almacenamiento ilícito de armas (artículo 10).

c) Las lesiones (art. 2° n° 1)

Según lo dispuesto por el art. 2° de la ley 18.314, son delitos de terrorismo, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo 1°, los de lesiones, penados en los arts. 395, 396, 397 y 399 del Código Penal. Al igual que en el delito de homicidio, nos encontramos con una ley penal en blanco, para cuya determinación se remite normativamente a disposiciones del derecho penal común.

c.1. Tipo objetivo.

Comparte con los delitos anteriormente señalados, el sujeto activo indeterminado, el sujeto pasivo (sociedad) y el objeto material (la persona sobre la cual recae la acción). La conducta está determinada por las que describen respectivamente los arts. 395, 396, 397 y 399 del Código Penal, y que se refieren respectivamente a los delitos de mutilaciones y castraciones, lesiones graves y menos graves. Así las cosas, cada tipo penal tendrá su propio verbo rector: castrar (art. 395 CP), mutilar (art. 396 CP), herir, golpear o maltratar (art. 397 y 399 CP)⁵¹. El comportamiento consiste, en general, en menoscabar la integridad corporal de otro⁵², aunque el legislador señala expresamente que debe “castrarse maliciosamente a otro”, “mutilarse un miembro importante o menos importante”, “herir, golpear o maltratar de obra a otro”. Llama la atención que el legislador hubiese excluido expresamente el tipo penal contenido en el art. 398 del CP y sí contemplare, en cambio, los supuestos de lesiones menos graves del art. 399).

El art. 398 del CP contiene una figura especial de las lesiones graves, asignándoles la misma pena que contempla el art. 397, cuando ellas se hubieren causado “administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”. La exclusión expresa del art. 398 del CP en los delitos de terrorismo, en nuestra opinión, constituye un acierto, ya que describe un tipo penal cualificado sobre la base del resultado producido (lesiones graves) y los medios empleados, medios que, poco o nada tienen que ver con aquellos a que se refiere el art. 1° de la ley 18.314 y que son los que dotan a la conducta de su cualificación de terrorista. Razones similares han de haberse esgrimido como para excluir también las figuras agravadas de los arts. 400 y 401 del CP y las lesiones causadas en riña (art. 402 CP).

Este mismo razonamiento debía emplearse para excluir de la cualificación de terrorismo a los delitos de lesiones menos graves del art. 399, ya que, en nuestra opinión, solo los delitos más graves de lesiones, resultan idóneos para producir un “resultado de peligro” en torno al bien jurídico colectivo. Entendemos que el art. 399 describe el tipo básico de las lesiones y por esta razón ha debido ser contemplado en el art. 2 n°1 de la LCT. Sin embargo, no parece adecuarse

⁵⁰ SCA de San Miguel, de 24-7-1992, núm. 920-92, (*Caso Atentado a Pinochet y Los Queñes*), Considerandos 2 a 6.

⁵¹ Ampliamente en POLITOFF, S.- GRISOLÍA, F., BUSTOS, J. 1993, pp. 197 y ss.

⁵² Cfr. BUSTOS, J. 1994, pp.57-58.

al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, incriminar como delitos de terrorismo a aquellas lesiones que atenten contra la integridad psíquica.

De acuerdo a lo que de *lege data* dispone el CP en el art. 399 cualquier otra lesión que no sea de las comprendidas en los arts. 397 a 398, se reputan menos graves. Esto significa que, en teoría pueden ser incriminadas como tales aquellas que no atenten exclusivamente contra la integridad, sino asimismo las que significan un menoscabo para la “salud mental individual”. Y que estas mismas lesiones son susceptibles de ser calificadas como delitos de terrorismo en virtud de los arts. 2 n°1 y 1° de la LCT. Al menos así parece haberlo interpretado la jurisprudencia cuando estima que son bienes jurídicos protegidos en los delitos de terrorismo “la seguridad y el orden público, los que prevalecen sobre el inmediatamente afectado, esto es, la vida, integridad corporal o psíquica o la libertad de las personas”⁵³.

Si bien es cierto, el bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado, en cuanto delito de lesiones, no puede restringirse a la mera integridad corporal, puesto que ella no constituye sino una dimensión o aspecto del bien jurídico salud⁵⁴, estimamos que calificar como delito de terrorismo las conductas que atentaren meramente contra la integridad psíquica implica un quiebre del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puesto que, no puede entenderse en qué medida podría verse afectado el bien jurídico colectivo con el menoscabo a la integridad psíquica de una persona.

c.2. Tipo subjetivo:

El dolo genérico consiste en el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica, esto es, lesionar a otro, y no tanto “causar una lesión” ya que, la imputación a título de dolo de los resultados cualificantes solo puede hacerse en la medida en que el dolo se encuentre acreditado con la correspondiente valoración de la prueba. No puede, sin infringirse el principio de culpabilidad y los criterios de imputación objetiva, exigir el dolo tan solo con respecto a la acción inicial de causar una lesión, bastando para imputar el resultado la conexión causal entre éste y la acción⁵⁵.

El sistema chileno se caracteriza por la ausencia de una previsión legal diferenciada para las distintas hipótesis de lesiones gravísimas, cuyo resultado calificante es el que persigue el agente, hipótesis que no puede ser equiparada a aquella en que solo existe el ánimo de castigar. La solución normalmente se ha dado de manera casuística. No obstante, la doctrina⁵⁶ ha realizado esfuerzos considerables para un enfoque adecuado del tipo subjetivo, cuyo tenor es el siguiente:

En los casos de dolo directo, esto es, cuando la intención fuere la de causar lesiones gravísimas y el resultado fuere de lesiones gravísimas, el delito se califica *como delito doloso de lesiones gravísimas*. La misma calificación corresponde a los casos en los que exista dolo de lesiones simplemente graves y eventual de lesiones gravísimas, esto es, cuando exista intención de castigar “sin medir las consecuencias” y el resultado fuere de lesiones gravísimas. En cambio, en los casos de eventual de lesiones menos graves, esto es, cuando la intención sea solo la de castigar físicamente y el resultado fuere el de lesiones gravísimas, la hipótesis se considera como *delito preterintencional de lesiones gravísimas*⁵⁷.

⁵³ SCA de Santiago, de 13-11-1992, causa Rol N° 14.711 – 92, contra Rafael Escorza Henríquez y otros, (*Caso Edwards*), considerandos 7° y 8°. Lo subrayado es nuestro.

⁵⁴ En este sentido, POLITOFF, S.- GRISOLÍA, F.. BUSTOS, J. 1993, p. 179.

⁵⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, F. 1996, p.113.

⁵⁶ POLITOFF, S.- GRISOLÍA, F.. BUSTOS, J. 1993, p. 220.

⁵⁷ POLITOFF, S.- GRISOLÍA, F.. BUSTOS, J. 1993, p. 220.

El dolo de lesionar debe ir acompañado de la presencia de alguna de las finalidades exigidas por el art.1º, constitutivas de elementos subjetivos específicos en el tipo, que designan al tipo penal de terrorismo in comento como un delito de tendencia interna intensificada.

Por esta razón es que, la exclusión de la conducta descrita en el art. 399 del CP referida a las lesiones menos graves, no significa que si se comete un atentado “contra la integridad corporal” de las personas, con alguna de las finalidades mencionadas en el art. 1º, y de ella “resultaren” lesiones menos graves, tenga que privarse a la conducta de su carácter terrorista. Siempre existe la vía de incriminación sobre la base del dolo genérico en el autor, matizado, por supuesto, por los elementos subjetivos específicos. Así por ejemplo, cuando el dolo del autor estaba dirigido a causar la muerte, y el resultado producido fueren lesiones de menor gravedad, lo adecuado sería calificar la conducta como delito de homicidio terrorista en grado de frustración (art. 2 nº1 LCT en relación con art. 1º) en concurso con un delito de lesiones menos graves del art. 399 del CP. Lo mismo ocurrirá cuando el dolo estaba dirigido a causar mutilaciones o lesiones graves.

c.3. Naturaleza y Clasificación del delito.

- a) *Según la relación con el bien jurídico y las modalidades de la Parte Objetiva:* Comparte con los delitos anteriormente examinados, mas o menos las mismas características. Es un delito de resultado material en relación con el bien jurídico individual (integridad corporal), que si ha sido producido con alguna de las finalidades que enumera el art. 1º de la LCT, permite acreditar un “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo. El que mutila a una persona con la finalidad de atemorizar a todos o una parte de la población, evidentemente está buscando algo más allá que la mera mutilación de esa persona: imponer a otros, sobre la base del miedo, una determinada posición. Luego, es un delito de lesión o resultado material en relación al bien jurídico individual, y a la vez, un delito de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo.

De acuerdo a la incriminación típica se trata de un delito de acción por cuanto se requiere castrar a otro, mutilarle, herirle, golpearle o maltratarle de obra; y un delito de medios indeterminados⁵⁸.

c.4. Consumación.

Al igual que en los casos anteriores, el delito se consuma cuando se comprueba el resultado de peligro para el bien jurídico colectivo, sin que sea necesario para su cualificación que efectivamente se produzca el resultado materialmente separable de las lesiones. Basta con dar principio a la ejecución del delito por actos que se encaminan hacia la lesión del bien jurídico colectivo protegido. A este respecto nos remitimos a lo dicho en relación al delito de homicidio.

c.5. Penalidad.

La correspondiente a los delitos cometidos según el CP aumentada en uno, dos o tres grados. Esto significa que para el caso de las castraciones, sancionadas en el CP con presidio mayor en su grado mínimo a medio. Partiendo del mínimo aplicable y según la regla del art. 3º de la LCT, la pena puede oscilar entre presidio mayor en su grado medio (diez años y un día a quince años, cuando se aumentare en un grado) y presidio perpetuo (en el caso de aumentar dos o tres grados). En el caso de las mutilaciones, según se trate o no de miembro importante, la pena mínima (cuando es de miembro no importante) puede ser de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Aumentada hasta en tres grados puede llegar a presidio mayor en su grado medio (diez años y un día a quince años). Si se trata de miembro importante, la pena puede

⁵⁸ Ver *Infra*, delito de terrorismo de lesiones en la legislación española.

llegar a presidio perpetuo. Lo mismo ocurre en las lesiones graves.

1.B. Delitos contra la libertad:

Art.2 n°1: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior: ... los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142 del Código Penal”.

El secuestro y la sustracción de menores se encuentran ubicados en el Título III del Libro II del Código Penal, intitulado “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, dentro del párrafo 3° relativo a los crímenes y simples delitos contra la libertad y la seguridad cometidos por particulares. A diferencia de la legislación española, no se comprenden los delitos de detenciones ilegales, que se encuentran tipificados en el CP chileno en los arts. 148 y 149, como “agravios inferidos por funcionarios públicos, a los derechos garantidos por la Constitución. Pensamos que la exclusión de tal figura en los delitos de terrorismo, en alguna medida viene a confirmar lo que aquí se ha sostenido: ningún Estado está dispuesto a reconocer las prácticas de terrorismo de Estado que eventualmente pudieren darse.

a) Secuestro.

Art. 141: “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro, y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

En la misma pena incurrirá el que proporcionar lugar para la ejecución del delito.

Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

El que con motivo u ocasión del secuestro, cometiere además, homicidio, violación, violación sodomítica o alguna de las lesiones comprendidas en los arts. 395, 396 y 397 n° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a muerte”.

La cualificación como delito de terrorismo exige la presencia de cualquiera de las dos finalidades contenidas en el art. 1° de la LCT.

a.1. Tipo Objetivo.

El **sujeto activo** de los delitos de terrorismo de secuestro y sustracción de menores puede ser cualquier persona (“Los que...”). **Sujeto Pasivo** lo es la sociedad, mientras que la víctima, normalmente sujeto pasivo en los delitos comunes será en este caso el **objeto material**. Ello porque la acción de “encerrar, detener, retener” o de “sustraer” recae sobre la persona determinada, que en el caso de la sustracción de menores debe revestir una especial calidad: ser menor de dieciocho años.

La conducta, a diferencia de lo que ocurre en los demás delitos enumerados en el n°1 del art. 2, viene descrita por el legislador, y además realiza la correspondiente remisión normativa al Código Penal. La **acción** se estructura de manera compleja ya que, de acuerdo al tenor literal, los delitos de secuestro y sustracción de menores de los arts. 141 y 142 del CP, pueden ser cometidos “sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén”. De ello podría inferirse que se trataría de delitos diversos, o bien de un delito con pluralidad de hipótesis. Entendemos que, de acuerdo al tenor literal y basados especialmente en la remisión normativa que el legislador efectúa, se trataría de un solo delito de secuestro que puede ser cometido a través de distintas formas ya encerrando o deteniendo sin derecho a una persona, ya reteniéndolo en calidad de rehén, y con alguna de las finalidades

expresadas en el art. 1º de la ley 18.314. Mas bien se trataría de *una sola acción* compuesta de varios momentos⁵⁹: el primer momento consiste en el encierro o la detención, el segundo momento consiste en la privación de libertad: “el que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”.

Llama la atención que de las tres formas descritas por el art. 2 nº1 de la LCT, tan solo dos respondan a las conductas típicas del delito descrito en el art. 141 CP: el encierro y la detención. El *encierro* consiste ya en la “acción y efecto de encerrar”, ya en el “lugar donde se encierra”. Encerrar, de acuerdo al sentido natural y obvio significa “meter a una persona o cosa en parte de que no pueda salir”⁶⁰. La *detención* consiste ya en “la acción y efecto de detener...”, ya en una “privación de la libertad”⁶¹. Detener, de acuerdo a su sentido natural y obvio significa “arrestar, poner en prisión...retener”. Para la correspondiente configuración típica, tanto el encierro como la detención deberán hacerse “sin derecho”, elemento normativo contenido en el art. 141 del CP. Esto denotará el carácter ilegal o ilícito del encierro o la detención, para lo cual deberá hacerse la respectiva remisión a las normas sustantivo penales y procesales que correspondan.

El concepto de retención de una persona aparece como innecesario en el precepto ya que quedaría cubierto por la amplitud gramatical de encerrar y detener. Además, la calidad de rehén que toma el retenido, generalmente es un instrumento, en manos del agente, para “atemorizar a la población”, o para “arrancar exigencias o resoluciones a la autoridad”. La privación de libertad conectada con la actitud de encerrar o detener a otro, viene a representar el elemento común en el comportamiento típico. La privación de libertad se extiende a todo el tiempo que dura la detención. Cabría hacer presente que, tomando la descripción típica de la conducta que realiza el art. 141 del CP puede inferirse la existencia de figuras simples, calificadas, privilegiadas y algunas hipótesis de delitos complejos.

La figura simple se encuentra descrita en el inc.1º del art. 141. Las figuras calificadas, se encuentran en los incs.3º y 4º, siendo causales de calificación: el ejecutar el delito para obtener rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones (inciso 3º) y la prolongación del encierro por más de quince días o resultar grave daño en el afectado (inciso 4º). Las figuras privilegiadas se encuentran en el art. 142 bis que señala que tanto para el caso del secuestro como de la sustracción de menores, el juez podrá rebajar la pena en dos grados cuando los secuestradores antes de cumplirse las condiciones exigidas, devolvieren a la víctima libre de todo daño, y en un grado cuando se devolviera al ofendido libre de todo daño después de cumplidas las condiciones exigidas por los captores. Esta figura privilegiada sólo se contempla para el caso de que el secuestro o la sustracción se hubiere llevado a cabo para obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones.

Los delitos complejos en estas figuras, se encuentran contenidos en el inciso 5º del art. 141: “Cometer con motivo u ocasión del secuestro los delitos de homicidio, violación, violación sodomítica, o castración, mutilación o lesiones graves gravísimas”. A efectos del examen del delito de terrorismo in comento, estas distinciones adquieren su mayor relevancia tratándose de la determinación de la penalidad aplicable.

a.2. Tipo Subjetivo.

El dolo genérico ha de estar referido al conocimiento y voluntad de realizar un atentado contra la libertad de las personas, pero a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes de secuestro, el agente ha de ejecutar esta conducta con la finalidad alternativa de “atemorizar a los

⁵⁹ En este sentido POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra la libertad...*”, en *Curso de DP. Español. PE.*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997 b), pp. 195 y ss.

⁶⁰ R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I., 20ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1984, pp. 546-547.

⁶¹ R.A.E. *Diccionario...* Madrid, 1984, p.489.

habitantes de una población o a parte de ella, o de arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad. Esto es lo que permite diferenciarles de otras figuras típicas contra la libertad.

La figura admite diversas modalidades de dolo, debiendo considerarse la posibilidad de un dolo eventual en torno a otro resultado no deseado por el autor, como p.ej. la muerte o lesiones del secuestrado. En tales casos existiría un dolo directo de secuestrar, y un dolo eventual en relación a los resultados de muerte o lesiones. La solución sería un concurso ideal entre el delito de terrorismo de secuestro y el delito común de homicidio. En lo demás nos remitimos a lo señalado en el examen del delito de homicidio.

Las circunstancias descritas en el art. 1° de la LCT, cuya concurrencia alternativa el legislador exige para la configuración de los delitos de terrorismo, son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada pues denotan la presencia de una determinada voluntad o propósito en el autor que orienta la acción hacia la lesión de un bien jurídico supraindividual, si bien sabe que en lo inmediato resultará afectado un bien jurídico individual, la libertad.

Especial consideración en torno a la circunstancia 2ª del art. 1° de la LCT.

Como se ha venido insistiendo, la ley penal chilena no reconoce al terrorismo su finalidad política. De allí que las circunstancias susceptibles de cualificar una conducta digan relación con finalidades de “causar temor”, esto es, la finalidad de “producir alarma pública” o bien, de imponer una determinada voluntad a la autoridad. En cuanto a las críticas que nos merece la consideración del factor alarma pública nos remitimos a lo dicho. La alarma pública antes que finalidad en la conducta es mas bien un resultado, y en ese sentido, un medio en la conducta.

En sentido crítico asimismo se plantea Jorge MERA estimando que, el solo hecho de realizar el secuestro con un propósito puramente subjetivo, como es el de intimidar a la población, no puede servir como elemento para su cualificación como delito de terrorismo, sino que es preciso que la conducta, el secuestro, efectivamente, por sus características y circunstancias tenga la capacidad para crear ese terror. Si ello no ocurre, a su juicio, la conducta debería calificarse como delito común de secuestro, independiente del propósito perseguido: “Este propósito debe corresponderse con la realidad en términos de que efectivamente la acción provoque el terror propio de esta clase de delitos. De lo contrario se estaría sancionando como delito terrorista el sólo ánimo subjetivo de causar temor a la población lo cual constituye a todas luces un exceso”⁶².

De acuerdo a los términos de la incriminación, el secuestro puede ser realizado también con la finalidad de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad, siendo esta circunstancia la que ha planteado una dificultad en torno a la calificación del secuestro como un delito de finalidad política, o un delito de terrorismo. Lo que se pone en entredicho es el *fundamento político criminal* para la incriminación a título de terrorismo de una conducta cuyo contenido es netamente político. Por supuesto que de *iure condendo* estimamos que la finalidad política debería ser reconocida en la ley penal antiterrorista, no obstante esto no es lo *que lege data* existe, y entonces aparece como contradictorio al espíritu del legislador, o al menos plantea gruesos problemas concursales.

Los informes legislativos que precedieron a la promulgación de la ley 18.314, explican que, el delito de secuestro se traslada desde la legislación común hasta el campo de aplicación de la LCT por tratarse de una conducta delictiva que “por la crueldad de sus métodos y los móviles perseguidos”, debía ser considerada terrorista. Se trata de “un medio especialmente afín con los móviles terroristas, ya que...sirve eficazmente al objetivo de prolongar sus efectos de alarma y terror en la conciencia de la comunidad...Sirve igualmente a otra finalidad esencial del

⁶² MERA, J. 1984, p.17.

terrorismo, cual es, forzar a la autoridad o a los particulares, a través de la intimidación, a tomar decisiones o a actuar en determinado sentido”⁶³.

Fue así como el art. 1 n°5 de la ley 18.314 aludía a los delitos de secuestro que tipificaba el art. 5 de la LSE, los que serían considerados terroristas cuando se cometieren “con el propósito de alterar el orden institucional o la seguridad pública o de intimidar a la población o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad”. La doctrina mayoritaria⁶⁴ objetó que solo el propósito de intimidar a la población venía a teñir el tipo con un carácter terrorista, ya que, las otras dos finalidades son claramente políticas, no necesariamente entrañan “la provocación de terror en la población”, y como tales conductas - políticas- ya se hallaban sancionadas por la Ley de Seguridad del Estado. Y añadió que era inaceptable calificar de delito terrorista la conducta que se realizare con un propósito meramente subjetivo, intimidar a la población, sino que se requería la capacidad del acto para provocar el terror⁶⁵.

En síntesis, a juicio de este sector doctrinal los requisitos que debe reunir el delito de terrorismo de secuestro son: a) Realización de un secuestro, b) Intención de él o los autores de intimidar a la población, producir temor en la población de ser víctima de delitos de la misma especie, y c) Idoneidad o capacidad de la conducta para provocar un clima del terror.

Refutando estas opiniones, Guillermo PICKERING estima que ellas parten de un supuesto equivocado, cual es estimar que el delito de terrorismo es “aquel que tiene por objeto crear - valga la redundancia - terror en la población, mediante la ejecución de actos criminales con capacidad para cumplir esa finalidad”⁶⁶. Para el autor todos los propósitos o finalidades que se contemplaban en el tipo penal tenían un carácter político, lo que resulta coherente con el concepto que abraza de delitos de terrorismo: “la realización de delitos comunes realizados con propósitos políticos... La diferencia de éstos con los delitos políticos propiamente tales reside en que los primeros siempre se realizarán mediante la ejecución de acciones criminales constitutivas de delitos comunes. Los segundos tienen un sentido distinto y por eso deben estar contemplados en la ley de seguridad del Estado, y no en la ley antiterrorista”⁶⁷.

De acuerdo a lo expresado por este autor puede deducirse que tanto la circunstancia primera como la circunstancia segunda del art. 1º, tienen connotación política y su consecución debe materializarse por la vía del secuestro que es un delito común. En consecuencia, “la situación en estudio estaría correctamente incluida en la ley antiterrorista por corresponder su dolo específico y su forma de concreción al concepto de terrorismo que debiera ilustrar esta ley”⁶⁸.

Coherentes con los lineamientos de esta investigación, concordamos con PICKERING en cuanto a que la incriminación de los delitos de terrorismo debe suponer el reconocimiento a la finalidad política ya que ella permite distinguir las manifestaciones de violencia auténticamente terroristas, de otras conductas como p.ej. la conducta del francotirador que por alguna razón dispara con una subametralladora en un colegio de niños; o la de quien detiene ilegalmente a un ex agente de servicios secretos para exponerlo públicamente ante los ciudadanos⁶⁹. A este respecto nos remitimos a lo ya dicho⁷⁰.

⁶³ Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno. Cfr. PICKERING, G. 1988, pp. 121 - 122

⁶⁴ MERA, J. 1984, pp. 16 -17; DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, pp. 249-251, GONZÁLEZ-MERA-VARGAS. 1991, p.207.

⁶⁵ Así, Jorge MERA, 1984; p. 16. El autor sostiene que el elemento clave en la conducta terrorista es la provocación de terror, elemento subjetivo que deduce de la interpretación que él mismo da del art. 9 de la CPRCH, que contendría un concepto de terrorismo. En el mismo sentido GONZÁLEZ; MERA;VARGAS. 1991, p.208.

⁶⁶ PICKERING,G. 1988, p. 123.

⁶⁷PICKERING, 1988, pp. 124-125.

⁶⁸ PICKERING,G. 1988, p. 123.

⁶⁹ Así p.ej., durante el año 1991 algunas personas no identificadas detuvieron a M. Galleguillos, profesor en la ex U. Técnica del Estado, y le trasladaron hasta el frontis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde fue

a.3. Consumación.

De manera idéntica a los anteriormente examinados, para la consumación del delito hace falta la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, peligro concreto que se produce en el momento en que el delito común de secuestro se perfecciona, esto es, cuando se priva de libertad a alguien a través del encierro, la detención o la retención en calidad de rehén. El delito de terrorismo excede el resultado de secuestro o privación de libertad de una persona puesto que, éste resultado “debe lesionar o poner en peligro la seguridad o el orden público que está siendo impuesto por el bien jurídico último, que es siempre mediato”⁷¹.

El hecho se cualifica asimismo como delito de terrorismo cuando se producen actos ejecutivos directamente encaminados a la lesión del bien jurídico colectivo, en cuyo caso el delito se califica en grado de tentativa.

a.4. Naturaleza y clasificación del delito.

a) Por las modalidades de la parte objetiva y según la relación con el bien jurídico.

Siguiendo con la idea recién planteada, nos encontramos ante un delito de resultado material en relación con el bien jurídico individual, puesto que se exige que se produzca la privación de libertad, sin que importe el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual la víctima se encuentra en esa situación, sino tan solo a efectos de la penalidad. Este resultado material es el que permite acreditar la situación de peligro del bien jurídico colectivo, siendo en relación a éste un delito de peligro concreto.

Al producirse con la consumación una situación antijurídica que perdura en el tiempo, podría deducirse que nos encontramos ante un delito permanente⁷². En nuestra opinión, es preciso hacer una distinción entre la consumación del delito, siempre instantánea, y la naturaleza de delito permanente. Esto significa que una vez consumado, la acción típica continúa realizándose de manera ininterrumpida hasta que cese del estado de privación de libertad. Estimamos que la permanencia pertenecería a la acción y no al resultado⁷³.

De acuerdo a estas reflexiones estamos ante *un delito instantáneo pero eventualmente permanente*. Instantáneo porque el delito de terrorismo se consuma con la producción del resultado material (encerrar o detener privando de libertad), que a su vez pone en peligro al bien jurídico colectivo. Eventualmente permanente porque si la privación de libertad dura más de quince días, tipo cualificado del art. 141 inc. 3º del CP, se abre y despliega un período consumativo propio del delito permanente.

b.2. Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva: Similar a los casos anteriores, nos encontramos ante un tipo penal incongruente por exceso subjetivo que técnicamente se corresponde con un delito de tendencia interna intensificada.

expuesto al escarnio público con una lista de todos los casos de violaciones a los derechos humanos en los que se había visto involucrado bajo la dictadura militar.

⁷⁰ Supra Cap. II, IV.- *El terrorismo. 1.- Un intento de caracterización*, y Cap. VI, Apdo. 1º: *Sobre el concepto jurídico de terrorismo...*, y *Conclusiones*.

⁷¹ SCA de Santiago, de 13-11-1992, causa Rol N° 14.711 – 92, contra Rafael Escorza Henríquez y otros, (*Caso Edwards*), considerando 8º.

⁷² En este sentido, Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno. Cfr. PICKERING, G. 1988, pp.121,122.

⁷³ En este sentido, la doctrina española: DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “*Delitos contra la libertad*”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T.I., coord. por J.L. Diez Ripollés y L. Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, 1997 b), pp.709-843, esp. p. 732 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El delito de detención*, Edit. Trotta, 1992, pp. 139-144.

a.5. Penalidad

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 3° de la LCT la pena aplicable al delito de secuestro terrorista es la correspondiente al delito común cometido, señalada en el CP, aumentadas en uno dos o tres grados. Esto significa que en el caso de las figuras previstas en el art. 141 del CP, la sanción podría oscilar entre: presidio mayor en su grado mínimo, suponiendo que la pena aplicable fuere la mínima prevista en el art. 141 inc. 1° del CP para la figura básica, y aumentada en un grado; y pena de presidio perpetuo a muerte, en el caso de aumentar hasta tres grados la penalidad aplicable. Debe hacerse hincapié en que el delito de secuestro, conforme al inciso final del art. 141 del CP, ya transcrito, es uno de los pocos casos en los que el CP continúa contemplando la posibilidad de aplicar la pena de muerte, a pesar de haber sido modificado quedando como aparece en el texto por la ley 19.241 de 28 de agosto de 1993.

Sin embargo, a pesar de que el art. 3° de la LCT se refiere en general a los delitos señalados en el n°1 del art. 2 de la misma ley, y éste a su vez en el caso del secuestro remite normativamente a los arts. 141 y 142 del CP, existe la posibilidad de que en este caso para determinar la pena, se parta desde la Ley de Seguridad del Estado, cuestión que surge a raíz de un concurso de leyes. En todo caso, de aplicarse las penas previstas en el art. 3 de la LSCT en relación con el art. 5 b) de la LSE, la pena también puede llegar a presidio perpetuo o muerte.

a.6. Problemas concursales.

Hemos adelantado que existe un problema concursal entre el Código Penal, la ley de seguridad del Estado y la ley antiterrorista, ya que aparentemente existirían tres normas aplicables al secuestro, puesto que una misma conducta de este tipo se encuadra dentro de distintas leyes: arts. 141 inciso 3° y 142 inciso 1° del Código Penal; art. 5 b) de la ley de seguridad del Estado y art. 2° n° 1 en relación con el art. 1° de la ley 18.314, sobre conductas terroristas. Nos encontramos, por tanto, ante un concurso aparente de leyes penales puesto que se dan sus requisitos: la existencia de un conflicto desde que la conducta se encuadra dentro de las figuras de dos o más leyes penales y, la existencia de una vigencia temporal y espacial respecto de las leyes recurrentes. De acuerdo a lo que dispone el art. 2° n°1 en relación con el art. 1° n°2 de la ley 18.314, constituirá delito de terrorismo: "el secuestro sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, cuando se cometiere para arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias"

a) *Art. 2 n°1 y 1° n°2 LCT y Arts. 141 y 142 CP.*

El art. 141 CP en sus incisos 1° y 3° tipifica una figura cualificada del secuestro común similar a la ya transcrita de la Ley de conductas terroristas. La hipótesis que plantea el CP es la siguiente: "el que sin derecho, encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro...(inc.1°)... Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones, será castigado con..." (inc.3°). La misma idea repite el art. 142 n°1 al tipificar la sustracción de menores.

A diferencia de lo que ocurre en la ley antiterrorista, la figura contenida en el CP no especifica a quién debe imponérsele exigencias o de quién se pretende arrancar decisiones, de donde se deduce que dicho propósito puede ser en relación a cualquier persona, vale decir, la autoridad o un particular cualquiera. En cambio, la ley 18.314 señala expresamente que debe tratarse de una autoridad. De allí que debemos recurrir al *principio de especialidad* para la resolución de este conflicto, optando por la aplicación de la ley 18.314 cuando se diere esta específica circunstancia.

Esta es la solución que de *lege data* se infiere de los respectivos textos legales. Otra cosa es que de esta finalidad de "imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad" poco o nada tenga que ver con lo que de *lege ferenda* ha de concebirse como terrorismo. Hemos

indicado que en la ley chilena no existe el reconocimiento a la finalidad política, pero que tímidamente parece advertirse de la consideración de esta circunstancia segunda en el art. 1º de la LCT.

Tal y como se encuentra concebida esta circunstancia, carece de la entidad suficiente como para constituirse en elemento calificador de lo que en esta investigación se estima como delitos de terrorismo. Nada asegura que estas exigencias que se imponen a la autoridad tengan una naturaleza estrictamente política, como debería ser. Así es como nuestra jurisprudencia ha calificado como delito de terrorismo el secuestro de un militar cometido con la finalidad de exigir a la autoridad que repartiera “alimentos y vituallas entre la población”, aunque su finalidad en principio hubiese sido lucrativa⁷⁴. Y también calificó como delito de terrorismo el secuestro de un particular cometido con la sola finalidad de obtener una suma de dinero por concepto de rescate⁷⁵. Sobre este último volveremos al final.

b) Art. 2 n° y 1º n°2 LCT y Art. 5 b) LSE.

El art. 5 b) de la ley 12.927 sobre seguridad del Estado⁷⁶ sanciona, dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado a “los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad privaren de libertad a una persona...”.

Obsérvese que la redacción de la hipótesis contenida en el art. 2 n° 1 y 1º n°2 es del mismo tenor literal que una de las contempladas en el art. 5 b) de la LSE, texto que está destinado a reprimir exclusivamente conductas de carácter político. Coinciden en ambos casos los elementos típicos: Un tipo objetivo constituido por un sujeto activo indeterminado, un sujeto pasivo colectivo (la sociedad), una conducta (secuestro); y un Tipo Subjetivo conformado por el dolo genérico de privar de libertad a una persona, y un elemento subjetivo específico, de tendencia intensificada que consiste en imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad. Aquí no puede recurrirse al principio de especialidad, pues ambas leyes son especiales. *Interpretando la normativa de acuerdo a la ley vigente*, estimamos que, frente al caso particular, el concurso debería resolverse a favor de la ley de seguridad del Estado, por las siguientes razones:

Primero, en ambos casos el ataque contra el bien jurídico individual libertad de las personas es la forma a través de la cual se ataca otro bien jurídico de mayor trascendencia, que en el caso de la ley de seguridad del Estado será la organización política del Estado, y en el de la ley de conductas terroristas, según lo que de lege data se infiere, el orden y seguridad públicos⁷⁷. Luego, la finalidad política no ha sido reconocida explícitamente en la ley sobre conductas terroristas, destinándose la sanción para conductas que atentan contra un bien

⁷⁴ Fue lo que ocurrió en el caso del secuestro del coronel de Ejército Carlos Carreño: Las exigencias de los hechores para liberar con vida a la víctima, de acuerdo a lo señalado por la sentencia de primera instancia, en un primer momento consistían en la publicación íntegra en diversos medios de prensa del escrito del FPMR titulado "Declaración del 7 de Septiembre" en el cual se atribuían la autoría de los hechos y manifestaban sus postulados políticos al pueblo de Chile, el pago de la suma de US\$ 2.000.000 en efectivo y la liberación de un preso político de la mencionada organización que se encontrara recluso en la Cárcel Pública. Con posterioridad y luego de largas y tensas negociaciones, ofertas y contraofertas, los secuestradores terminaron por acceder a la última proposición que a su vez le hiciera la familia Carreño, que se tradujo en la entrega de ropas y vituallas por un valor ascendente al 5% de lo primitivamente solicitado las cuales debían ser repartidas en diversos sectores populares de Santiago y la entrega a los medios de comunicación social, del documento que en definitiva nunca fue difundido por éstos. Sentencia de 1ª instancia dictada por el 2º Juzgado Militar de Stgo de 10-01-1991, y SCM de 31-7-1991, Rol N° 1742-87.

⁷⁵ La jurisprudencia ha considerado que se trata de un secuestro terrorista, por el hecho de haber sido perpetrado por una organización considerada terrorista (SCA de Stgo. de 13-11-1992, *Caso Edwards*), aunque los hechos fueron enjuiciados antes de la modificación efectuada por la ley 19.241 de 28-8-1993 en cuya virtud el secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista siempre es considerado terrorista (art. 2 n°5 inciso 2 de la ley 18.314).

⁷⁶ Supra Cap. V. II.1 Tipos penales... 4.2. Ley de Seguridad del Estado, N° 12.927...

⁷⁷ En este sentido la jurisprudencia: SCA de Stgo. de 13-11-1992, (*Caso Edwards*), considerando 8º.

colectivo de carácter político, las figuras penales tipificadas en la Ley de Seguridad del Estado. De acuerdo a lo que expresa un sector doctrinal⁷⁸, es la connotación política que puede dar al secuestro estas exigencias a la autoridad lo que justificaría su inclusión en la LSE.

Segundo, el hecho de querer arrancar una decisión o imponer una exigencia a la autoridad no implica necesariamente una intimidación o provocación de terror en la población toda o parte de ella, característica, o tendencia de la conducta que creemos necesaria en los delitos de terrorismo. Tercero, la penalidad establecida en la ley de seguridad del Estado es menor que la establecida en la ley de conductas terroristas, de tal manera que, aludiendo a los criterios de benignidad y pro reo y a la moderna tendencia de la minimalización del Derecho Penal, es conveniente conforme a la política criminal hacer prevalecer la ley de seguridad del Estado (12.927) por sobre la ley de conductas terroristas (18.314).

Por estas razones, no se trata de estimar, como hace PICKERING⁷⁹ que una hipótesis delictiva como la que se comenta, se encuentre correctamente incluida en la Ley sobre conductas terroristas vigente, ya que para ello existe la Ley sobre Seguridad del estado. Estaría correctamente incluida si desapareciera la Ley de Seguridad del Estado, y la Ley sobre conductas terroristas fuera reformada en términos de llegar a tipificar como delitos de terrorismo a delitos comunes cometidos en el marco de la estrategia criminal de una organización, utilizando métodos crueles que puedan producir un daño indiscriminado y violaciones a los derechos humanos, todo ello con una clara finalidad política. En esto creemos que debe consistir jurídicamente el terrorismo, puesto que en él cabrían, ante todo, las conductas del terrorismo amparado ocultamente por el Estado.

Lo que llama la atención es que este problema no fuera advertido durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027 que modificó la ley 18. 314. En el proyecto de ley original la circunstancia 2ª del art. 1º no se hallaba contemplada como exigencia para la cualificación de delitos de terrorismo, y el Ejecutivo había considerado como delitos de terrorismo la comisión de ciertos delitos contra la seguridad del Estado, tipificados en los artículos 5º a), 5ºb) y 6º letras c), d) y e) de la LSE, cuando ellos se cometen con el objeto de intimidar a la población⁸⁰. Es decir, el Ejecutivo estaba proponiendo la inclusión de una finalidad política y una atemorizante como copulativas. Finalmente se estimó que ellas debían ser alternativas, lo que ha constituido un error ya que, de un lado, no se entiende en qué medida puede afectar el ordenamiento constitucional el secuestro que solo tiene por finalidad provocar el temor: perfectamente una banda de narcotraficantes puede secuestrar a una autoridad, y esto no es delito de terrorismo. De otro lado, no se entiende en qué medida puede ser considerada terrorista una conducta que tenga una mera finalidad política, y no lleve añadida la utilización de medios idóneos para provocar el terror.

a.7. La reforma de la ley 19.241: La solución drástica al concurso de leyes.

La ley 19.241 de 28 de Agosto de 1993 vino a solucionar en forma parcial el problema del concurso aquí planteado cuando el secuestro fuere cometido por una asociación ilícita terrorista. Dicha ley pretendió subsanar vacíos y contradicciones observados en los delitos de secuestro y sustracción de menores tipificados en los arts.141 y 142 del CP, y asimismo el art. 2 n°5 de la LCT⁸¹.

⁷⁸ MERA, J. 1984, p.17.

⁷⁹ PICKERING,G. 1988, p. 123. Se refería al antiguo art. 1 n°5 de la ley 18.314, cuya hipótesis prácticamente es la misma que la que actualmente se contempla en el art. 2 n°1 y 1 n°2 de la LCT.

⁸⁰ Mas ampliamente, en *Historia de la Ley 19.027*, ob.cit. 1997, p. 56.

⁸¹ Esta misma Ley 19.241 de 28 de agosto de 1993 agregó un nuevo art. 142 bis que contempla un tipo privilegiado de sustracción de menores. Esta figura determina una penalidad menor cuando el hechor devolviera a la víctima libre de todo daño, antes o después de cumplirse las exigencias impuestas por los captores.

La moción legal que precedió al Proyecto de Ley daba cuenta de una contradicción legal que surgía de los arts. 2º y 1º de la ley 18.314, pues, conforme a la interpretación literal de ambas normas, si los miembros de una organización terrorista cometían el delito de secuestro o sustracción de menores con el solo objeto o finalidad de cobrar un rescate “a un particular” para financiar sus acciones delictuales, no cometerían delito terrorista, lo que era absolutamente ilógico y contrario a la intención del legislador⁸². Solo podían ser sancionados como delitos de terrorismo cuando se cumpliera alguno de los requisitos exigidos por el art. 1º, y dentro de los cuales no se contempla esta posibilidad de imponer exigencias a particulares.

En su virtud, la ley 19.241 agregó un inciso segundo al nº 5 del art. 2º de la ley sobre conductas terroristas, que señala expresamente: “los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los arts. 141 y 142 del Código penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas”.

Cabe destacar que la jurisprudencia había hecho una incursión en este sentido antes de la modificación de la ley 19.241, y que consistió en calificar como delito de terrorismo el secuestro de un particular, realizado con una finalidad lucrativa, pero perpetrado por miembros de una asociación ilícita, porque era “el medio” de continuar con la actividad delictiva: “...*La asociación ilícita terrorista Frente Patriótico Manuel Rodríguez Autónomo, planeó y llevó a cabo el secuestro de Edwards del Río para procurarse medios económicos suficientes para continuar con su actividad terrorista y, por lo tanto, si bien se lesionó en forma directa la libertad del mencionado Edwards mediante el uso de la violencia, asimismo se puso en peligro la seguridad del ordenamiento estatal al pretender de esa manera realizar otras actividades de esa índole con fines políticos sociales, afectándose en potencia al menos ciertas clases, sectores o grupos de cierta extensión en la población quienes se pueden sentir inseguros y atemorizados, a pesar de no haber sido agredidos directamente, por efecto de una alteración de tipo psicológico que puede producir la intimidación*”⁸³.

En consecuencia, para la Corte de Apelaciones de Stgo.: “...*el secuestro que se analiza debe considerarse como terrorista, puesto que se advierten en él todos los elementos de esa figura delictiva... recogidos en el artículo 1º de la ley 18.314, especialmente en el nº 1º, en que se precisa que constituirán delito terrorista... el secuestro... cuando el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*”⁸⁴.

Desde el punto de vista político criminal, y dado que la actual ley antiterrorista no considera dentro de los elementos definitorios del terrorismo, ni el elemento teleológico de carácter político, ni el elemento estructural (organización), no puede comprenderse el porqué se realiza esta reforma solo para el caso del delito de secuestro, en circunstancias que la ley 18.314 enumera toda una serie de delitos comunes de igual o mayor gravedad incluso que el secuestro y la sustracción de menores. En todo caso, no parece acertada esta solución global mientras no se reformare la legislación antiterrorista en términos de cambiar completamente los elementos de lo injusto.

Lo que resulta preocupante es que, al señalar que todos los secuestros perpetrados por una asociación ilícita terrorista serán siempre considerados terroristas, se está introduciendo indudablemente un ingrediente político, destinado, en nuestra opinión, no a proteger el ordenamiento constitucional democrático, como debería ser, sino a determinados sectores o

⁸²Moción del diputado Sr. Alberto Espina. *Historia de la Ley 19.241 (D.Oficial 28 de agosto de 1993) que modifica artículos que indica del Código Penal y de la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p. 3.

⁸³ SCA de Stgo. de 13-11-1992, (*Caso Edwards*), considerando 9º.

⁸⁴ SCA de Stgo. de 13-11-1992, (*Caso Edwards*), considerando 10º.

clases sociales. Como señaló uno de los señores diputados: “¿Quién determina cuáles son las asociaciones ilícitas que puedan cometer este tipo de delitos, condenables desde luego, y que nosotros también rechazamos?”⁸⁵. Ello resulta claro, porque de acuerdo al tenor literal del inciso segundo del art. 2 n°5 es indiferente que se cumpla o no cualquiera de las circunstancias del art. 1°. El secuestro siempre será considerado terrorista. Y no es posible pensar que, como señaló otro diputado que “si un secuestro no provoca intimidación en la población o en parte de ella, jamás será delito terrorista”⁸⁶, porque esto implicaría que “el secuestro de una persona modesta de nuestro pueblo no tendrá jamás la resonancia que tuvo, por ejemplo, el del señor Edwards...”⁸⁷. Esto significaría una discriminación arbitraria y contraria al principio de igualdad (art. 19 n°2 CPRCH).

Desde el punto de vista sustantivo penal, en primer lugar, cabría objetar la inconsecuencia de la redacción del inciso in comento con el principio de la responsabilidad personal por el hecho cometido. Allí se señala “los delitos de secuestro...cometidos por una asociación ilícita terrorista”. Una asociación ilícita no puede cometer un secuestro, en todo caso los sujetos que la integran.

En segundo lugar, se amplía el ámbito de punibilidad de manera extraordinaria, pasando a calificarse automáticamente como terrorista el secuestro perpetrado “por” una asociación ilícita. Ya no se requiere para satisfacer el tipo penal de secuestro terrorista, ninguna de las circunstancias señaladas en el art. 1 de la LCT. Se cualifica como delito de terrorismo, de manera casi arbitraria, pues no se considera si efectivamente los partícipes o miembros de esa asociación ilícita perseguían alguno de los propósitos exigidos por el art. 1°, haciendo inaplicable incluso las ya criticadas presunciones de finalidad que contempla el art. 1° n°1.

Vale decir, se omite toda consideración en orden a la cualificación terrorista de la conducta, con lo que se desvirtúa su naturaleza como delito de *nomen iuris proprio*. En nuestra opinión, y contrarios a lo que sostuvo la Corte de Apelaciones en el famoso *Caso Edwards*, los delitos que la organización terrorista comete para la mantención de su estructura y financiar sus actividades, deben, en todo caso ser calificados como “delito medio” para cometer otro, en la especie, el de asociación ilícita terrorista. Porque de lo contrario caeríamos en una infracción al principio de non bis in ídem al sancionar doblemente por la circunstancia “terrorista”. El que perteneciendo a una asociación ilícita terrorista es procesado por el delito de asociación ilícita y además por un delito de secuestro terrorista.

¿Qué ocurre, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, perteneciendo a esta asociación ilícita, comete el delito de secuestro con fines lucrativos personales?. No puede, sin quebrarse el *principio de legalidad*, sancionar en un caso como éste, por el delito de secuestro terrorista, ya que no existe ningún elemento subjetivo específico “terrorista” que tiña el dolo de privar de libertad a otro.

Si fijamos la atención en el delito de asociación ilícita terrorista, a cuyo examen nos dedicaremos al final, observaremos que de acuerdo al tenor literal del n°5 del art. 2°, el carácter terrorista de la asociación ilícita es el que tiñe del adjetivo terrorista a los “delitos medios” empleados para cometerlo. De allí que consideremos que esta “imposición” de considerar como terrorista el secuestro, es innecesaria. Además, de acuerdo al tenor literal del art. 1° y 2 n°1 perfectamente puede sancionarse a título de secuestro terrorista, sin necesidad de que exista una asociación ilícita de por medio. Así lo ha demostrado la jurisprudencia que, en el denominado *caso Carreño*, absolvió a los procesados por el delito de asociación ilícita y condenó, entre otros, por el delito de secuestro terrorista, sobre la base de la circunstancia segunda⁸⁸.

⁸⁵ Opinión del diputado Sr. Palestro, en *Historia de la ley 19.241...*, ob.cit. 1999, pp.15-16.

⁸⁶ Opinión del diputado Sr. Espina, en *Historia de la ley 19.241...*, ob.cit. 1999, p19.

⁸⁷ Opinión del diputado Sr. Palestro, en *Historia de la ley 19.241...*, ob.cit. 1999, p19.

⁸⁸ SCM de 31-7-1991, núm. 1742-87, contra Max Díaz Trujillo y otros: “Que la modificación introducida por la ley

Por otra parte, hay que considerar el increíble aumento de la penalidad que se produce con esta situación. La asociación ilícita se encuentra sancionada con la pena que asigna el CP en sus arts. 293 y 294 aumentada en uno o dos grados, esto es, presidio mayor en sus grados medio a máximo (diez años y un día a veinte años). Si a ello sumamos la pena que se contempla para el delito de secuestro terrorista, arts. 141 y 142 del CP aumentada en uno, dos o tres grados, podría llegarse a presidio perpetuo o muerte. Es una pena, a todas luces excesiva, contraria al principio de proporcionalidad, puesto que un secuestro, realizado con una finalidad económica (medio) para perpetuar en el tiempo una asociación ilícita terrorista (fin), no puede equipararse en su gravedad a lo que sería por ejemplo, un homicidio perpetrado por una asociación ilícita terrorista.

b) Sustracción de menores.

Art. 142: “La sustracción de un menor de dieciocho años será castigada:

1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.

2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.

Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del art. anterior, se aplicará la pena que en él se señala”.

La sustracción de menores, calificada como delito de terrorismo, viene a ser una especie de figura agravada del delito de secuestro⁸⁹, puesto que los elementos del tipo penal son básicamente los mismos. No obstante conviene hacer algunas precisiones: El n°2 del art. 142 contempla el tipo básico de la sustracción de menores, mientras que el n° 1 contiene la figura calificada, siendo causal de calificación el ejecutar el delito para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones, o resultar grave daño en el menor. Las figuras privilegiadas se encuentran en el art. 142 bis reguladas conjuntamente con las que corresponden al secuestro. Se encuentra además un delito complejo: “cometer con motivo u ocasión de la sustracción cualquiera de los delitos señalados en el inciso final del art. 141”.

La sustracción de menores, de acuerdo a los términos de la incriminación en el CP configura un tipo penal abierto pues no describe la conducta, limitándose tan solo a señalarla: “la sustracción de un menor”. Existe, en opinión de la doctrina, una evidente infracción al principio de tipicidad, que en la práctica se traduce en la delegación de una facultad que es privativa del Poder Legislativo, determinar los delitos, en las autoridades judiciales. Estas últimas asumirán, en los hechos, la función de “crear” los tipos penales, lo que atenta contra el principio de la seguridad jurídica y desvirtúa el sentido de la garantía penal⁹⁰.

19.027 a la ley 18.314 también afectó al tipo del secuestro... Para que él se configure como conducta terrorista - y no tan solo como tipo de la ley 12.927 o del Código Penal - es ahora necesario que reúna alguna de las características del artículo 1° de la precitada ley 18.314... Una de esas características, la del número segundo de esa disposición, consiste en que el delito sea cometido para arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias... Es lo que ocurrió en el secuestro del comandante Carreño, según se ha dejado establecido en la parte reproducida del fallo en alzada. Lo que conduce a la confirmación del mismo en lo que toca a la existencia del delito terrorista de secuestro”. (Considerando 4°, párrafo II, prevención 3ª del Sr. Ministro C. Cerda)... “Que a juicio de esta corte no se encuentra debidamente acreditado en autos, por los medios de prueba legales, el cuerpo del delito de asociación ilícita por el cual han sido acusados los procesados en el dictamen fiscal y condenados en la sentencia de primera instancia... Por estas consideraciones... se revoca el referido fallo en la parte que condena a cada uno de los encausados Eitel, Díaz y Morales a sufrir la pena de ocho años como autores del delito de asociación ilícita que describía el art. 1° n° 11 del primitivo texto de la ley 18.314, declarándose en su lugar que quedan absueltos de la acusación, en ese particular”. (Considerandos 1° y, 4° en su párrafo I).

⁸⁹ En stricto sensu el art. 142 del CP contempla un delito autónomo debido al mayor desvalor de acción que implica la sustracción de un menor de 18 años, precisamente por la situación de indefensión de la víctima.

⁹⁰ MEDINA, C.- MERA, J. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 6, 1996, p. 379.

Cualificado como delito de terrorismo, coincide con el delito de secuestro en los bienes jurídicos que se protegen. Coinciden asimismo en el Tipo Objetivo tanto el sujeto activo como pasivo. El verbo rector que determina la conducta típica es “sustraer”, que significa: “apartar, separar, extraer, hurtar, robar fraudulentamente”. El objeto material, sobre el que recae la acción típica del delito de terrorismo es “el menor de 18 años”, que a su vez constituye un elemento normativo en el tipo. El Tipo subjetivo se integra por el dolo de atentar contra la libertad del menor, matizado por elementos subjetivos específicos de tendencia interna intensificada y que consisten en la finalidad de “causar temor” o de “imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad”.

La consumación exige la presencia del “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo protegido, peligro que se concreta con el ataque al bien jurídico individual, libertad del menor. La penalidad es sensiblemente superior a la señalada para el delito de secuestro, pues la libertad del menor de 18 años es considerada digna de una mayor protección penal, precisamente por la situación de indefensión en la que pudiera encontrarse. La pena mínima aplicable en el caso de un delito de terrorismo de sustracción de menores es de presidio mayor en su grado máximo, esto es, quince años y un día a veinte años. La pena mayor puede ser incluso la de muerte, como quedó de manifiesto tras la reforma de la ley 19.241 que modificó el inciso final del art. 142: si con motivo u ocasión de la sustracción se cometieren además los delitos de homicidio, violación, violación sodomítica o lesiones graves, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a muerte.

Se produce, al igual que en el caso anterior, un concurso aparente de leyes penales con el CP. El concurso existe entre la hipótesis que deriva del art. 2 n°1 de la LCT en relación con el art. 1° n°2 LCT y el art. 142 n°1 del CP. En ambos casos se sanciona la sustracción de menores realizadas con el objeto de imponer exigencias o arrancar decisiones. El concurso debe resolverse conforme al principio de especialidad cuando esta imposición de voluntad fuere dirigida a la autoridad, o cuando la conducta fuese realizada copulativamente con la finalidad de “causar temor a la población o parte de ella”.

Por último, se plantea el mismo problema anterior cuando la sustracción de menores fuere llevada a cabo “por” una asociación ilícita terrorista. Ella será cualificada automáticamente como delito de terrorismo, omitiendo cualquier valoración referente a las finalidades que le son propias de acuerdo a lo que la ley dispone. A este respecto nos remitimos a lo dicho, debiendo hacerse hincapié en que esta calificación automática implica una extensión indebida de la punibilidad hacia conductas que no son terroristas. Así por ejemplo, el padre separado que sustrae a su hijo menor de la casa de su madre, y lo lleva al extranjero, si pertenece a una asociación ilícita terrorista, deberá ser sancionado, conforme a lo que lege data se dispone, como autor de un delito de secuestro terrorista, y además de un delito de asociación ilícita terrorista, aunque el secuestro nada tenga que ver con la estrategia de dicha organización.

2.- DELITOS DE DAÑO MATERIAL Y/O PELIGRO PERSONAL.

2.A. DELITOS COMUNES CUALIFICADOS POR LAS CARACTERÍSTICAS TERRORISTAS DE SU COMISIÓN.

A) Envío de efectos explosivos. (art. 2° n° 1)

Art. 2°n°1: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el art. anterior... los de envío de efectos explosivos del art. 403 bis del Código Penal.”

Art. 403 bis: “El que enviare cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la vida o integridad corporal de las personas, será penado con presidio mayor en su grado mínimo”.

Esta disposición es heredera de la que se contenía en el numeral 10º del art. 1º de la primitiva ley 18.314. Tras la modificación de la ley 19.027 se la incluyó dentro de los delitos contemplados en el art. 2º nº1 de la nueva ley 18.314, remitiéndose expresamente al Código Penal. Éste a su vez debió ser modificado a efectos de “crear” la figura penal a la que se remitía la LCT, modificación que llevó a cabo la ley 19.047 de 14 de Febrero de 1991. En su virtud se introdujo el art. 403 bis que tipifica, como delito común, el envío de cartas o encomiendas explosivas, disposición que se ubica dentro del Libro II, Título VIII, párrafo 3º relativo a las lesiones corporales.

El actual art. 403 bis del CP tiene una redacción idéntica a la del art. 1 Nº10 de la anterior ley 18.314, que señalaba expresamente: “El que enviare cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la vida o la integridad corporal de las personas, será penado con presidio mayor en su grado mínimo”. No está del todo claro si de lo que se trataba, era de mantener como delito de terrorismo el envío de cartas y encomiendas explosivas a que se refería el art.1 nº 10 de la Ley 18.314, o de tipificarlo también como delito común. Lo cierto es que la disposición contenida en el art. 1 nº 10 de la primitiva ley 18.314 no se encontraba en parte alguna del Código Penal ni en ninguna otra ley. En opinión de EYZAGUIRRE⁹¹, fue la introducción de la nueva técnica legislativa en el tratamiento de los delitos de terrorismo, lo que hizo necesario incorporar este art. 403 bis al Código Penal. El legislador había dejado atrás el sistema casuístico, optando por tipificar como delitos de terrorismo determinados delitos comunes, cuando concurre alguna de las circunstancias que actualmente enumera el art.1º de la LCT, y el delito in comento no existía en la legislación común.

Siguiendo esta opinión tendríamos que concluir que de lo que se trataba era de mantener “el delito de terrorismo”, y constatar que, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, el envío de cartas o encomiendas explosivas ya no constituye por sí solo un delito de terrorismo, sino que también puede ser un delito común.

Esto ha significado, en nuestra opinión, un incremento innecesario en la legislación penal. En primer lugar, no resulta del todo cierto que el legislador haya abandonado el sistema casuístico en la tipificación de los delitos de terrorismo. Nótese que de los cinco numerales del art.1 de la LCT, tan solo el nº1 tipifica delitos comunes remitiéndose a un texto legal específico, el Código penal. Las otras figuras típicas consisten en delitos autónomos, y que perfectamente pudieron haber sido concebidas como en el caso del nº1. Por ejemplo, en lugar del “atentado contra naves o aeronaves...”, que tipifica el numeral 2 del art. 2 LCT, podría haberse remitido a los delitos del Código Aeronáutico, que, por cierto, también fue reformado por la ley 19.047.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, si de lo que se trataba era de mantener el delito de envío y encomiendas explosivas como delito de terrorismo, no hacía falta modificar el Código Penal. El legislador perfectamente podría haber utilizado la técnica empleada con los numerales 2 a 5 del art. 2 LCT, esto es, tipificarle como un delito autónomo. Pero tampoco ésta habría sido la solución ya que continuaría produciéndose el problema de doble incriminación al que nos referiremos luego del examen del tipo penal.

A.1. Tipo Objetivo.

Sujeto Activo puede serlo cualquier persona (Los que...). **Sujeto Pasivo** lo será la sociedad en su conjunto puesto que los delitos de terrorismo se caracterizan por su dañosidad social colectiva.

La **conducta típica** viene descrita por el verbo rector “enviar”, que en su sentido amplio significa cualquier forma de dirigir o llevar una cosa a alguna parte. Lo que se envía ha de ser

⁹¹EYZAGUIRRE, C. 1991, p. 80.

“cartas o encomiendas explosivos de cualquier tipo”, que se corresponde con el *objeto material*, pues sobre ellas recae directamente la acción final. Son elementos descriptivos del tipo que carecen de referencia normativa expresa, y por las cuales, a efectos de la configuración típica, debe entenderse simplemente “explosivos” de aquellos que quedan sometidos al control del Ministerio de Defensa Nacional en virtud del art.2 d), de la ley 17.798, sobre control de armas y explosivos.

El tipo penal exige asimismo que estas cartas o encomiendas explosivas “afecten o puedan afectar la vida o integridad corporal de las personas”, lo que determina la existencia de dos hipótesis delictivas: la primera, como delito de lesión, la segunda, como delito de peligro. Si atendemos al bien jurídico protegido, puede desglosarse aún más. El envío de cartas o encomiendas explosivas debe ser realizado de manera tal que: a) afecte la vida de las personas, b) afecte su integridad corporal, c) pueda afectar la vida de las personas, y d) pueda afectar su integridad corporal. Las letras a) y b) lo determinarían como un delito de resultado de daño, las letras c) y d) como un delito de peligro.

A.2. Tipo Subjetivo.

El dolo consiste en el conocimiento y voluntad de afectar los bienes jurídicos individuales, esto es, saber que la carta o encomienda explosiva afectará o puede afectar la vida o integridad corporal de las personas, y querer hacerlo. Pero para su cualificación como delito de terrorismo, el dolo debe ir matizado con cualquiera de los elementos subjetivos específicos a que se refiere el art. 1º de la LCT: la finalidad de causar temor a los habitantes de una población o parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie, o imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad. Técnicamente se corresponden con elementos de tendencia interna intensificada que confieren a la acción típica un determinado sentido subjetivo.

El abanico de hipótesis delictivas se despliega en:

- a) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que *afecten la vida* de las personas, con el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delito de la misma especie.
- b) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que afecten la vida de las personas, con el propósito de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.
- c) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que *afecten la integridad corporal* de las personas con el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delito de la misma especie.
- d) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que afecten la integridad corporal de las personas con el propósito de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.
- e) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que *puedan afectar la vida* de las personas, con el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delito de la misma especie.
- f) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que puedan afectar la vida de las personas, con el propósito de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.
- g) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que puedan afectar la integridad corporal de las personas, con el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delito de la misma especie.
- h) Enviar cartas o encomiendas explosivas de cualquier tipo que puedan afectar la integridad corporal de las personas, con el propósito de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.

No parece adecuado, en un derecho penal mínimo y de garantías, cualificar como delitos de terrorismo las hipótesis en las que no existe una afcción al bien jurídico individual, sino un mero riesgo. Los delitos de terrorismo están reservados a las conductas de mayor reproche

social, y por lo mismo, su sanción es mayor. Si observamos las hipótesis delictivas enumeradas veremos que pueden encuadrar conductas que poco o nada tienen que ver con terrorismo. Así por ejemplo, el sujeto que envía una carta o encomienda explosiva con el objeto de obligar a la autoridad a resolver en un determinado sentido. Falta, además del ingrediente político, el elemento tradicional de los delitos de terrorismo: causar temor.

Y combinando con la circunstancia 1ª del art. 1 de la LCT, Puede llegarse al absurdo de sancionar por delito de terrorismo al sujeto que, tras una riña con una pandilla, envía al jefe de la banda contraria, una tarta (encomienda) explosiva. Lo que pretende es causar temor al jefe y al resto de los integrantes de la pandilla, esto es, una parte de la población. En el ejemplo se satisfacen los elementos típicos: se envía una encomienda explosiva, con el propósito de producir en una parte de la población el temor de verse expuestos a delitos de esta misma especie. En este sentido, comentaba Jorge MERA en relación a la ley anterior: “... Para que el envío de cartas y encomiendas explosivas implique terrorismo deben concurrir determinadas circunstancias que signifiquen que efectivamente se provoque el terror que es propio de estos delitos. Ello ocurriría por ejemplo, si la acción la realizara un movimiento precisamente de carácter terrorista y con los fines que le son propios”⁹².

A.3. Naturaleza y Clasificación del delito.

a.- *Según la relación con el bien jurídico protegido:* Atendiendo a los bienes jurídicos que resultan inmediatamente afectados, el delito in comento puede considerarse un delito de lesión y a la vez como un delito de peligro. Las hipótesis delictivas en las que se exige la efectiva afección al bien jurídico individual, se configuran como delitos de lesión. Aquellas en que se exige la causación de un riesgo para estos mismos bienes jurídicos, se configuran como delitos de peligro abstracto⁹³, pues no es necesario verificar el peligro, sino que la ley lo presume por el solo hecho de emplearse determinados medios: cartas o encomiendas explosivas.

En su relación con el bien jurídico colectivo, se trata, en el primer caso, de un delito de peligro concreto pues el tipo penal exige un “resultado de afección” al bien jurídico individual. En el segundo caso, habrá un *delito de peligro abstracto*, porque el “peligro para el bien jurídico individual” no acarrea *per se* un “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo. No puede estimarse que existe un peligro concreto para el bien jurídico colectivo, construido sobre el peligro de afección a la vida o integridad corporal. El construir peligro sobre peligro, la posibilidad de la posibilidad, la probabilidad de la probabilidad, son tautologías carentes de fundamentación penal⁹⁴.

El verbo rector “enviar” lo determina como un *delito de acción* en todas y cada una de las hipótesis posibles, *de medios determinados* (cartas o encomiendas explosivas) e *instantáneos*, puesto que se consuma con el mero hecho de enviar la carta o encomienda explosiva, lo que a su vez lo designa como *delito de mera actividad*.

b.- *Según la relación de la parte objetiva con la subjetiva:* Al igual que en los casos anteriores, nos encontramos ante un delito de tendencia interna intensificada puesto que se exige, para la configuración típica, la presencia de esta clase de elementos subjetivos.

A.4. Penalidad.

⁹² MERA, J. 1984, p. 22.

⁹³ Así también DEL BARRIO-LEÓN REYES, 1990, p.260.

⁹⁴ KAUFMANN, Arthur. “*Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*”, en *Juristen Zeitung* (1963), pp. 426 y ss. Cit. por CARO CORIA, D. 1999, p. 503, nota 416.

La pena asignada para el delito común es la de presidio mayor en su grado mínimo, la que aumentada en uno dos o tres grados, siguiendo la regla del art. 3° de la LCT, puede oscilar entre presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Lo que llama la atención es que se asigne la misma pena a dos hipótesis delictivas que si bien coinciden en su desvalor de acción, discrepan en su desvalor de resultado. La sanción es la misma tanto para el caso en que efectivamente se haya visto afectada la vida o integridad corporal de las personas, como para el caso en que simplemente se haya causado un riesgo para ambos bienes jurídicos. Con esto se quiebra el *principio de lesividad*, puesto que, la pena que se asigna, p.ej. a un delito de peligro para la integridad corporal, es la misma que la de un delito de resultado de muerte, en que el bien jurídico protegido es la vida, cuya valoración - estimamos- ha de ser más alta que la de la integridad corporal, y más aún “su posibilidad” de afectación. No hay razón jurídica -a nuestro juicio - para sancionar con una misma pena a figuras totalmente diversas, que protegen bienes jurídicos distintos y con gran diferencia en el grado de su ataque.

Por otra parte cabe destacar que el *principio de lesividad* resulta asimismo afectado desde el momento en que, en relación con el bien jurídico colectivo, las posibilidades de lesión se alejan aún más cuando solo existe un riesgo de lesión a un bien jurídico individual.

A.5. La doble incriminación.

Recordando lo señalado en el capítulo anterior⁹⁵, esta figura suscita un problema de doble incriminación en las hipótesis delictivas que se erigen con la concurrencia de la circunstancia 1ª de la Ley 18.314. A estos efectos hay que recordar que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 n°1 "se presumirá la finalidad de producir temor en la población en general, de ser víctima de delitos de la misma especie, por el hecho de cometerse el delito mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos".

De esta forma, la carta o encomienda explosiva es considerada la vez como elemento de lo injusto, y eventual medio de comisión para facilitar la prueba de la finalidad descrita en el art. 1° n°1, existiendo una doble fuente de ilicitud. Subsumiendo el problema en un caso concreto: el sujeto despechado que envía una carta explosiva a su ex novia puede ser cualificada como delito de terrorismo ya que por el solo hecho de cometer el delito mediante una carta o encomienda explosiva, se presume la finalidad de producir temor en la población, como indica el art. 1°. Est denota la existencia en el precepto, un objetivismo extremo, que lleva a calificar un delito sólo por los medios empleados en su perpetración.

En nuestra opinión, la presunción del art. 1° n°1, carece de sentido frente a la consideración de la carta o encomienda explosiva, como elemento determinante de la existencia del delito. Y el delito mismo carece de sentido tanto como delito común, como en cuanto delito especial de terrorismo. Analicemos las hipótesis:

Cuando se trata del envío de cartas o encomiendas explosivas que “afecten” la vida o la integridad corporal, al exigirse en este caso un resultado materialmente separable de la conducta, nos encontraremos ante un delito de homicidio o ante un delito de lesiones, que al ser cometido a través de medios especialmente dañosos, denota una circunstancia agravante: “ejecutar el delito por medio de. artificio que pueda...dañar a otras personas” (art. 12 circunstancia 3ª del CP). Por tanto, en su cualificación como delito de terrorismo, concurriendo alguno de los elementos subjetivos, la conducta típica se integraría por la respectiva del delito de homicidio o lesiones con la circunstancia agravante añadida.

Cuando se trata del envío de cartas o encomiendas explosivas que “puedan afectar” la vida o integridad corporal de las personas, lo correcto es estimar que nos encontramos ante un

⁹⁵ Supra cap. VI, Apdo. 3°, II. *Tipo Subjetivo*, 2. *Legislación chilena: examen de las circunstancias...*

delito de homicidio o lesiones en grado de tentativa o frustración, que podrán ser delito de terrorismo tentado o frustrado cuando concurriere alguno de los elementos subjetivos característicos de los delitos de terrorismo.

B.- Incendio y estragos:

Art. 2º nº1: “Constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior: ...los de incendio y estragos, reprimidos en los arts. 474, 475, 476 y 480 del Código Penal”

B.1. Tipo Objetivo:

Los elementos del tipo objetivo básicamente los mismos que los ya examinados, consistiendo la diferencia únicamente en **la conducta típica**, que remite normativamente a los delitos de incendio (arts. 474, 475 y 476 CP) y estragos (art. 480), ubicados todos ellos en el párrafo 9º del Título IX (De los crímenes y simples delitos contra la propiedad) del Libro II del Código Penal. Cabe destacar que en ambos delitos el bien jurídico que resulta inmediatamente protegido es la propiedad, considerándose solo en algunos casos, la causación de un resultado de lesión o daños para bienes jurídico individuales como la vida o integridad corporal, o el riesgo para ellos.

El delito de Incendio, tiene un tratamiento diferenciado en el Código Penal sobre la base de los siguientes criterios:

1. - El resultado de lesión o daño para las personas (art. 474)
2. - El peligro para las personas, destacando a este respecto la diferencia entre el incendio producido en lugar habitado (art. 475 nº1), la naturaleza del lugar (art. 475 nº2), y el incendio producido en lugar no habitado (art. 476).

El art. 474, modificado por la ley 19.029 de 23 de Enero de 1991 tipifica el incendio de edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte, mutilación de miembro importante o lesiones graves a una o más personas cuya presencia allí se haya podido prever por el autor. El art. 475, por su parte, sancionando con una pena menor al incendiario cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia, y cuando lo ejecutare en buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, en buques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes, fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u otros lugares análogos a los enumerados. El art. 476 sanciona con una pena menor al autor del delito de incendio cuando éste lo ejecutare en un lugar no habitado.

La configuración típica exige la realización por parte del agente, de cualquiera de las siguientes acciones.

- incendiar edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte, mutilación o lesiones graves a una o más personas cuya presencia pudo prever. (art. 474).
- incendiar edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar habitado o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que haya podido prever esta última circunstancia.
- incendiar buques mercantes cargados con explosivos o inflamables, buques de guerra, u otro de los lugares que se mencionan en el art. 475 nº2.
- incendiar un lugar no habitado, de los señalados en el art. 476.

El verbo rector que determina la **acción típica** es “incendiar”, esto es, “poner fuego a

una cosa que no está destinada a arder”⁹⁶. La combustión del elemento que se utiliza para encender fuego es una conducta atípica puesto que el tipo requiere para su configuración el incendio del objeto al que se aplica la combustión⁹⁷. El vocablo “incendio” que aparece en los arts.474 y 475 constituye un elemento descriptivo del tipo carente de referencias normativas, y que se define doctrinalmente como “la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego”⁹⁸. Su característica esencial es la capacidad de propagación, que en algunos casos (arts.474, 475 n°1° y 476 n°1°) es manifestación de su capacidad de poner en peligro a bienes jurídicos personalísimos.

El *objeto material* está constituido respectivamente por los edificios, trenes de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera (art. 474), edificios, trenes de ferrocarril, buque u otro lugar habitado o en que actualmente hubiere una o más personas (art. 475 n°1), buques mercantes cargados con explosivos o inflamables, busques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes, fábricas, depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de astillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u otros lugares análogos a los enumerados (art. 475 n°2), edificios destinados a servir de morada que no estuvieren actualmente habitados (art. 476 n°1), edificio dentro de un poblado, aunque no estuviere destinado a la habitación (art. 476 n°2), bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos (art. 476 n°3).

El *delito de estragos* se encuentra tipificado en el art. 480 del CP, en cuya virtud se castiga a “los que causen estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes, explosión de minas o máquinas de vapor, y en general, por la aplicación de cualquier otro agente o medio de destrucción poderoso”. La acción consiste en “causar estragos”, siendo sus notas características, de un lado, la gravedad y peligro de los medios utilizado, y de otro lado, la magnitud de los daños causados. En cuanto a los medios utilizados puede tratarse de cualquier medio catastrófico, siendo la enumeración que realiza el art. 480 meramente ejemplificativa: “cualquier otro agente o medio de destrucción poderoso”. Técnicamente se corresponden con elementos descriptivos del tipo carentes de referencias normativas y cuya capacidad de destrucción se da por probada con el daño material que produce la conducta. En cuanto a los daños que se causen, el CP no hace referencia alguna en relación a su cuantía, pese a que constituyen la verdadera significación del delito de estragos ya que, no se exige para la configuración del tipo penal contenido en el art. 480, la necesaria causación de un riesgo para bienes personalísimos.

De allí que pueda deducirse que es el valor patrimonial de los daños causados, aunque no se determine su cuantía, lo que otorga la relevancia típica, y esto explica la inclusión de este delito entro de los Delitos contra la Propiedad (Libro II, Título IX del CP).

B.2. Tipo subjetivo.

En todos los casos, el dolo genérico consiste en el conocimiento y voluntad de querer afectar la propiedad. En algunas figuras se exige también la presencia de un dolo eventual en relación a bienes personalísimos. Así, en el caso del incendio del art. 474 y 475 se exige que el sujeto haya podido prever (elemento cognitivo) la presencia de una o más personas en el lugar del incendio, es decir, una “aceptación” (elemento intelectual) del resultado de muerte o lesiones como consecuencia del incendio. Para la cualificación como delitos de terrorismo, la

⁹⁶ R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Madrid, 1984, p. 762. En el mismo sentido, la jurisprudencia española: STS 21-12-1984 (RJ 1984/6595).

⁹⁷ Así GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Delitos contra la seguridad colectiva*”, en *Curso de DP. Español. PE*, T.II, dirig. por COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 116. BUSTOS, J. *Manual de DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Ariel, 1991, p.244.

⁹⁸ Así, MUÑOZ CONDE, 1996, *DP.PE.*, Tirant Lo Blanch, 1996, p.537, BUSTOS, J. 1991, p.244, GONZÁLES RUS, 1997, p. 116,

acción debe estar orientada por una concreta finalidad alternativa: causar a la población o parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie; o arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (art. 1º de LCT). Son elementos subjetivos específicos que otorgan un mayor desvalor a la conducta típica de provocar un incendio o causar estragos, que se corresponden con elementos de tendencia interna intensificada.

B.3. Naturaleza y clasificación del delito.

a) Por las modalidades de la parte Objetiva y según la relación con el bien jurídico:

Los delitos se clasificarán de manera distinta en función de cada una de las hipótesis delictivas:

En el caso del incendio que describe el art. 2 nº1 LCT en relación con el art. 474 CP nos encontramos con un delito cualificado por el resultado, que constituye un delito de lesión en relación con los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados (propiedad, vida, integridad corporal). Este resultado lesivo es a su vez la manera de concretar el peligro que la conducta significa para el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo. Se trata de un delito de lesión y peligro.

En el caso del incendio que tipifica el art. 2 nº1 LCT en relación con el art. 475 nº1 CP nos encontramos con un delito de lesión en relación al bien jurídico propiedad y peligro para bienes personalísimos. El peligro se concreta en la circunstancia de ejecutarse el incendio en lugar habitado o en que actualmente pudiere haber una o más personas, y si bien constituye un delito de peligro concreto para los bienes personalísimos, es un delito de peligro abstracto en relación al bien jurídico colectivo, porque no puede construirse peligro sobre peligro.

En el caso del art. 2 nº1 LCT en relación con el art. 475 nº2 CP nos encontramos asimismo frente a un delito de peligro para bienes personalísimos, pero un peligro abstracto ya que la incriminación penal no exige un “resultado de peligro” en relación a dichos bienes. Sino que lo presume por la naturaleza del lugar incendiado, especialmente peligroso por el riesgo de propagación del fuego. El peligro en relación a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo, se hace aún más remoto, apareciendo como un peligro sumamente abstracto.

En el tipo penal de incendio que nace de la relación entre los arts. 2 nº1 de la LCT y 476 se configura como un delito de lesión o resultado en relación al bien jurídico propiedad, estimándose como un delito de peligro abstracto en relación con el bien jurídico colectivo pues basta con el solo hecho de incendiar dichos lugares, aunque no se ponga en peligro a las personas, para la relevancia típica.

Son delitos de acción puesto que se requiere provocar u incendio o causar estragos, y delitos instantáneos puesto que se consuman, ya con el hecho de prender fuego a una cosa que no está destinada a arder y con riesgo de propagación; ya con causar estragos a través de medios especialmente dañosos.

b) *Por la relación de la Parte Subjetiva con la Objetiva:* En todos los casos nos encontramos con tipos penales incongruentes por exceso subjetivo, ya que en todos ellos se requiere la presencia de un especial elemento subjetivo en el tipo. Son delitos de tendencia interna intensificada.

B.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

Los delitos de incendio terroristas descritos en el art. 2 nº1 LCT se consuman con la comprobación del resultado de peligro para el bien jurídico colectivo, que se verifica o bien con el resultado de lesión a la propiedad y bienes personalísimos, o bien con el solo resultado de

lesión a la propiedad, puesto que existen casos en los que no se exige la concurrencia del peligro para las personas. Esto mismo sucede con el delito de estragos.

De acuerdo a la descripción típica, para la cualificación como delito de terrorismo no es necesario un resultado de daños materiales y/o de peligro para las personas, materialmente separable de la conducta típica. Si la destrucción material no se realiza, la conducta deberá sancionarse a título de tentativa. Esto nos advierte de la gran importancia que tienen los elementos subjetivos específicos, para la cualificación terrorista del hecho típico.

Así, de acuerdo a la actual legislación, prender fuego a edificio público, sin que éste llegue a propagarse, y con la finalidad de causar temor a un sector de la población, debería ser sancionado como un incendio tentado. Cuando se activa un artefacto explosivo en una represa con similar finalidad, y éste no llega a detonar, la conducta debería ser calificada como estragos en grado de frustración.

B.5. Penalidad.

Siguiendo la regla del art. 3º la pena se determina en función del delito cometido y la penalidad asignada a éste en cuanto figura común, pero aumentada en uno dos o tres grados. Esto significa que se valoran las diversas hipótesis delictivas a la hora de aplicar la sanción, lo que resulta acorde con el principio de igualdad y proporcionalidad.

B.6. La inadecuación de algunas conductas al concepto de terrorismo, y el problema de la doble incriminación.

De acuerdo a la posición que en esta investigación se adopta, en general, la destrucción causada por un incendio o por estragos, para que pueda ser cualificada como delito de terrorismo, tiene que importar al menos un peligro para bienes jurídicos personalísimos tan importantes como la vida y la integridad corporal. Los delitos de terrorismo adquieren sentido en cuanto nomen iuris propio por estar destinados a proteger una bien jurídico macrosocial, salvaguarda que a su vez pasa por la protección, dentro del tipo penal, de bienes microsociales de la mayor importancia. El terrorismo jurídicamente ha de caracterizarse no solo por los medios empleados sino como por la afección o puesta en peligro concreto de estos concretos bienes jurídicos individuales, dentro de los cuales consideramos- de *lege ferenda*-, debe excluirse la propiedad⁹⁹.

Dicho de otra manera, solo la destrucción material que implica un riesgo para las personas, debe ser cualificada como delito de terrorismo. Sin peligro para las personas no puede existir peligro para el bien macrosocial o colectivo que se pretende proteger, y entonces el delito de terrorismo carece de sentido. Por otra parte, se presenta el mismo problema anteriormente examinado en relación al envío de efectos explosivos ya que el incendio y los estragos se configuran a la vez, de un lado, como elemento integrante de lo injusto penal en el art. 2º nº1, y como eventual medio de comisión del mismo, en el art. 1º nº1 "se presumirá la finalidad de causar temor en la población en general por el hecho de cometerse el delito mediante artefactos explosivos. u otros que pudieren ocasionar grandes estragos". Existe una doble fuente de ilicitud contraria al principio del *non bis in ídem*.

C.- Infracciones contra la salud pública. (art. 2º nº1)

Las infracciones contra la salud pública de los arts. 313 d), 315 y 316 del Código Penal, constituyen delitos de terrorismo cuando se cometieren con alguna de las finalidades señaladas en el art.1º (art. 2º nº1).

⁹⁹ Sobre las razones de su exclusión, supra Cap. VI, Apdo 2º, V. *Toma de Posición: el ordenamiento constitucional democrático como bien jurídico...*

El *bien jurídico* que resulta inmediatamente afectado con la realización de estas conductas es la salud pública¹⁰⁰, bien jurídico macro social, vinculado con las bases de existencia del sistema, en el que el daño social es puntual y cuantitativamente poco determinado y propagado¹⁰¹. Así por ejemplo, es probable que al infectar aguas de consumo público, resulte una o algunas personas lesionadas, más no todos los habitantes de una población. El fundamento político criminal de la incriminación de dichas conductas como delitos de terrorismo es la tradicional consideración como tales de tipos de riesgo catastrófico, en los que el peligro de lesionar o dañar bienes jurídicos individuales se hace patente, aunque dicho peligro no llegue a materializarse en un resultado materialmente separable de la conducta.

El desvalor de acción que significa realizar cada una de estas conductas contra la salud pública, con cualquiera de las finalidades exigidas por el art. 1 de la ley 18.314 determina su cualificación como delitos de terrorismo en cuanto figuras destinadas a proteger, ya no tanto la salud pública, como otro bien jurídico colectivo, la seguridad pública o el orden público, como de *lege data* parece señalar la ley 18.314, o el ordenamiento constitucional democrático, como de *lege ferenda* se ha señalado en esta investigación.

C.1. Tipo Objetivo.

Los elementos del tipo objetivo son básicamente los mismos examinados en todos los delitos enumerados en el art. 2 n°1 CP, diferenciándose tan solo en *la conducta*, para cuyos efectos el art. 2 n°1 se remite normativamente a ciertos delitos ubicados en el Libro II, Título VI (De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares), párrafo 14° relativo a los crímenes y simples delitos contra la salud pública.

a) El art. 313 d) del CP sanciona en su inciso primero, una figura básica que consiste en la fabricación o expendio, a sabiendas y a cualquier título, de sustancias medicinales deterioradas o adulteradas de modo que sean peligrosas para la salud. El inciso segundo establece una figura calificada para el caso de que la fabricación o expendio fueren clandestinos, lo que se considerará como circunstancia agravante.

b) El art. 315 del CP castiga las conductas de envenenar o infectar comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud. Asimismo el vender o distribuir dichas sustancias, a sabiendas, considerándose como circunstancia agravante la clandestinidad en la venta o distribución. Para estos efectos se presume que son destinados al consumo público los comestibles, aguas u otras bebidas elaborados para ser ingeridos por un grupo de personas indeterminadas. De la misma manera se sanciona la adulteración de dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud, así como la venta y distribución de las mismas.

La figura simple en esta disposición se encuentra en el inciso 2°. Las figuras calificadas se encuentran en los incisos 1° y 4°, siendo circunstancias calificantes el hecho de envenenar o infectar las sustancias destinadas al público que se mencionan, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud de las personas (inciso 1°); y la clandestinidad en la venta o distribución de dichas sustancias (inciso 4°).

c) El art. 316 se refiere a la diseminación de gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad.

¹⁰⁰ Ampliamente sobre los delitos contra la salud pública, PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, *La Protección penal del consumidor*, Edit. Praxis, 1991.

¹⁰¹ BUSTOS, J. 1994, p. 224.

El *objeto material* está constituido por las respectivas sustancias medicinales deterioradas o adulteradas (art. 313 d), los comestibles, aguas u otras bebidas destinados al consumo público (art. 315) y los gérmenes patógenos (art. 316). Son elementos descriptivos en el tipo.

C.2. Tipo Subjetivo.

Para constituirse como delitos de terrorismo el dolo está constituido en cada caso por el conocimiento y voluntad de realizar la acción típica. Así en el caso del art. 313 d) el legislador exige dolo directo: fabricar o expender “a sabiendas” (elemento cognitivo) sustancias medicinales deterioradas o adulteradas de modo que sean peligrosas para la salud, y la voluntad de haberlo. En el caso del art. 315 se exige también dolo directo en orden a la realización de la conducta típica: “envenenare o infectare comestibles...o efectuare otras adulteraciones”. En el art.-. 316 se exige además del dolo directo, un dolo específico consistente en el propósito de causar una enfermedad.

En todos los casos, para su cualificación como delito de terrorismo, se requiere que el dolo vaya acompañado de especiales elementos subjetivos relativos a la finalidad. Esto significa que, la acción de fabricar, o expender sustancias medicinales adulteradas, envenenar o infectar comestibles, y diseminar gérmenes patógenos para producir una enfermedad, se orienta hacia la lesión del bien jurídico colectivo, por la finalidad de “producir en la población o parte de ella el temor justificado de ser víctima de delito de la misma especie (Art. 1 n°1), o bien, de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

C.3. Naturaleza y clasificación del delito.

Todas las figuras anteriormente señaladas se erigen como figuras de peligro abstracto en relación al bien jurídico salud pública, como a la seguridad pública (de *lege ferenda*, ordenamiento constitucional democrático). El carácter abstracto del riesgo deriva de la no exigencia de un “resultado de peligro, sino una situación de peligro “para la vida o integridad de las personas”, es decir, un peligro general y común. Son todos ellos delitos de acción, puesto que se exige la realización de un hecho para su comisión, lo que se demuestra por los distintos verbos rectores: fabricar,, expender, adulterar, envenenar, infectar, diseminar. Son asimismo, delitos de tendencia interna intensificada.

C.4. Problemas concursales.

Las infracciones contra la salud pública encuentran tres fuentes de incriminación: el Código Penal la Ley de Seguridad del Estado y la Ley sobre conductas terroristas:

El Código Penal en su art. 315 inciso 1° establece que comete delito contra la salud pública “el que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud”. La ley 18.314, por su parte, en el art. 2° n°1 establece que “constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el art. 1°... las infracciones contra la salud pública contenidas en el art. 315 del Código Penal”. La ley de seguridad del Estado señala en su art. 6 letra e) que “cometen delito contra el orden público... los que... de hecho envenenen alimentos, aguas, o flúidos destinados al uso o consumo público”.

Nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales que, en virtud del *principio de especialidad*, debe resolverse a favor de la ley 18.314 cuando concurriere alguna de las finalidades establecidas en el art. 1° de dicha ley.

Cabe hacer presente que las infracciones contra la salud pública fueron incorporadas a la legislación antiterrorista por el art. 1 n°8 de la antigua ley 18.314, y pese a tratarse de una forma de terrorismo poco usual, se estimó necesaria su punición cualificada porque "puede traer

efectos incalculables por el poder acumulativo de los factores que intervienen en el hecho", en suma, un grave riesgo para la población¹⁰². Con posterioridad fue derogada por la ley 18.937 de 12 de febrero de 1990, y reincorporada por la ley 19.027 de enero de 1991.

La doctrina ha discutido en torno a la conveniencia y necesidad de incluir estos tipos penales en la legislación antiterrorista. Un sector mayoritario estima necesaria la ubicación de esta conducta en la ley 18.314, precisamente por tratarse de conductas capaces de poner en grave riesgo a la población. Otros estiman que debe ser incriminado como delito contra el orden y seguridad públicos, en la ley de seguridad del Estado (art. 6 letra e) y no en la ley sobre conductas terroristas. Un sector minoritario estima que estas acciones son constitutivas de un delito ecológico, que se ha considerado como terrorista por torpeza legislativa. Argumentan que los hechos de infección de aguas, alimentos y medicamentos que han logrado ser denunciados han sido, en general, consecuencias de la actuación de industrias, sin que ello excluya las acciones similares realizadas por individuos o grupos¹⁰³.

Excede a los efectos de esta investigación determinar si esta conducta debe ser sancionada tan solo a título de delito común, o como un delito especial contra el medio ambiente, delitos que en la legislación chilena no existen bajo un nomen iuris propio. Lo que sí podemos afirmar es que no puede acudir al criterio de medición tradicional en los delitos de terrorismo, y que se basa en la utilización de determinados medios catastróficos para la incriminación de la conducta. Esto significa abrir una puerta para que la punibilidad alcance a otro tipo de conductas, convirtiendo al terrorismo en un cajón de sastre. Sin embargo, es justo destacar que, al menos, tras la discusión parlamentaria se logró excluir de la cualificación de terrorismo la conducta de quien "propagare una enfermedad animal o una plaga vegetal, de propósito y sin permiso de la autoridad competente" del art. 289 del CP¹⁰⁴. No obstante, esto no ha sido suficiente puesto que, valorando los medios de comisión por sobre la afección a bien jurídico, se cualifican como delito de terrorismo las infracciones contra la salud pública.

La atención, para la cualificación delictiva, debe volcarse en la lesión o posibilidad de lesión a bienes macrosociales, recurriendo a la cualificación a título de terrorismo, únicamente en aquellos casos en que pudiere acreditarse un "resultado de peligro" para bienes personalísimos. Como se ha dejado demostrado, en todos los casos descritos nos encontramos con figuras de peligro abstracto salud pública, en ninguna de ellas se exige un riesgo concreto de lesión, siquiera para bienes jurídicos individuales. El peligro para el bien salud pública se presume por la sola realización de la conducta típica. Construir un delito de terrorismo sobre estos antecedentes significa apartarse de todo fundamento penal ya que se estaría considerando que la probabilidad de peligro a la salud pública determina a su vez una probabilidad de lesión al ordenamiento constitucional democrático, lo que resulta ilógico y a todas luces tautológico.

D.- El descarrilamiento.- (art. 2º nº 1)

Art. 2º nº1: "Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el art. anterior... el de descarrilamiento contemplado en los arts. 323, 324, 325 y 326 del Código Penal".

Ubicado en el Código Penal, Libro II, Título VI (De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares) en el párrafo 16º relativo a los ferrocarriles, telégrafos y conductores, el descarrilamiento se presenta como una figura polivalente puesto que protege tanto la vida e integridad corporal de las personas (art. 325) como la propiedad (arts. 323 y 324).

¹⁰² Informe de la Secretaría de legislación de la Junta de Gobierno, p. 57. Cfr. PICKERING, 1988, p.134.

¹⁰³ Cfr. PICKERING, G. 1988, pp135-136.

¹⁰⁴ Véase *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p. 56.

El art. 323 sanciona la destrucción o descomposición de una vía férrea o colocación en ella obstáculos, capaces de producir el descarrilamiento, o tratar de producirlo de cualquier otra manera. La pena es de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Si se produjere el descarrilamiento, el art. 324 se encarga de elevar la sanción a presidio menor en sus grados medio a máximo. El art. 325 dispone que si a consecuencia del accidente se causaren lesiones u otros daños a las personas, se aplicará al culpable la pena correspondiente al daño causado, siempre que fuere mayor que la señalada en virtud de lo dispuesto por el artículo anterior. Si el accidente ocasionare la muerte de alguna persona, el culpable sufrirá la pena señalada al homicidio voluntario ejecutado con alevosía, en su grado máximo (art.326).

La doctrina ha señalado que estos artículos de la ley penal común, Código Penal, deben entenderse derogados por los artículos 105 y siguientes de la Ley General sobre Ferrocarriles (Decreto N°1.157 de 13 de Julio de 1931) que reglamenta las mismas conductas en diversa forma y con distintas penas, y que es posterior al Código Penal¹⁰⁵.

Cabe destacar que esta Ley fue reformada en 1981, por la ley 18.021 de 28 de agosto que introdujo un nuevo artículo (117 bis) con el objeto de sancionar a todo aquel que atentare contra material rodante ferroviario, apedreándole o arrojándole objetos inflamables, o por cualquier otro medio semejante no previsto en otras disposiciones de la ley. Mirado con el prisma político criminal cabe destacar que la introducción de esta figura a la ley penal coincide con el inicio de las manifestaciones populares en contra del régimen militar y de actividades por parte de grupos armados.

D.1. Tipo Objetivo.

La realización de estas conductas puede ser llevada a cabo por cualquier persona, el sujeto activo es indeterminado. El titular del bien jurídico protegido es la sociedad, puesto que se trata de un delito de terrorismo de descarrilamiento. La conducta típica se determina por los verbos rectores: destruir, descomponer, colocar obstáculos, que a su vez determinan una acción de compleja estructura. Técnicamente se trata de una sola acción (descarrilar) que puede ser realizada de distintas formas, ya sea destruyendo la vía férrea, descomponiéndola u obstaculizándola. El objeto material es la vía férrea, elemento descriptivo del tipo.

El art. 2 n°1 de la ley 18.314 se refiere “al delito de descarrilamiento”, en circunstancias que los arts. 323,324,325 y 326 tipifican distintas figuras del mismo, la básica en el art. 323 y calificadas por el resultado en los arts. siguientes. La cualificación de las figuras exige, en un caso que efectivamente se verifique el descarrilamiento (daños a la propiedad, art. 324), en otro caso, la posibilidad de que a consecuencia de dichos actos se causaren lesiones u otros daños a las personas (ataque a la integridad física, art. 325), y en otro, el resultado de muerte de alguna persona (ataque a la vida, art. 326).

Si partimos del bien jurídico tendríamos que interpretar que las hipótesis que pueden ser calificadas como delitos de terrorismo son aquellas en las que exista un peligro para las personas o un resultado de lesiones para ellas. Sin embargo, no es lo que *lege data* establece el legislador, puesto que también cabe la posibilidad de cualificar como tal, aquellas hipótesis en las que se causa un mero daño a la propiedad. A este respecto nos remitimos a lo señalado en el examen de los delitos anteriores.

D.2. Tipo Subjetivo.

Las conductas son necesariamente dolosas, exigiendo el tipo penal un dolo directo relativo al conocimiento y voluntad de realización de la acción típica, y en algunos casos, el dolo eventual respecto del resultado de muerte o lesiones. En todos los casos el dolo debe ir

¹⁰⁵DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.219.

matizado por la presencia de los elementos subjetivos finalísticos característicos de los delitos de terrorismo, que conducen la acción hacia la lesión del bien jurídico colectivo. Estas finalidades alternativas son las que señala el art. 1º de la LCT.

D.3. Naturaleza y Clasificación del delito.

- a) *Por las modalidades de la Parte Objetiva y según la relación con el bien jurídico:* En todos los casos nos encontramos con delitos de lesión en relación con la propiedad. En algunos casos existirá además un delito de peligro concreto en relación a la integridad corporal o vida de las personas (art. 325), y en otro un delito cualificado por el resultado (art. 326).

La probabilidad de lesión al bien jurídico colectivo se hace más remota en aquellos casos en que lo que se afecta es tan solo la propiedad. Razón por la cual estimamos que es improcedente su cualificación como delitos de terrorismo. En nuestra opinión, la cualificación terrorista solo procederá en la medida que exista al menos un peligro de afección para la vida e integridad corporal, sin que proceda hacer extensiva esta cualificación cuando se trata de daños de carácter puramente material, es decir, los atentados en contra de los bienes físicos o propiedades¹⁰⁶. En los casos en que la conducta exige un peligro para bienes personalísimos, la probabilidad de lesión al bien macrosocial se acerca más aún, hasta llegar a concretarse en aquellos casos en los que a consecuencia de la conducta se produce muerte o lesiones de una o más personas, caso en el cual nos encontraríamos ante un delito de resultado de peligro.

En todos los casos se trata de delitos de acción. Hace falta destruir, descomponer, obstaculizar, una vía férrea. Son delitos instantáneos porque basta para la consumación con la realización de cualesquiera de las conductas descritas, sin exigirse que efectivamente se produzca un resultado de lesión o daño para las personas, sino que éste sirve para cualificar las figuras y asignarles una mayor penalidad.

- b) *Según la relación de la Parte objetiva con la subjetiva.* Al igual que en los casos anteriores se trata de delitos de tendencia interna intensificada.

2.B. DELITOS AUTÓNOMOS.

A. Apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte público (Art. 2 N° 2)

Art.2º N°2: “Constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

2.- *Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”*

Esta disposición tiene su origen en el antiguo art. 1º n°4 de la ley 18.314 que castigaba a los que atentaren en contra de una aeronave en vuelo o en servicio o realizaren actos que pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o de su tripulación, tales como...” y realizaba una enumeración ejemplificativa de diversos actos¹⁰⁷, que

¹⁰⁶ En opinión similar GUTIÉRREZ señala que, de acuerdo con el espíritu que impregnó la modificación efectuada por la ley 19.027, para que puedan considerarse conductas terroristas dichos atentados contra bienes físicos o propiedades, deben llevar implícito un riesgo a la seguridad personal o a la vida e integridad corporal de las personas, o utilizarse para su comisión medios especialmente dañinos como explosivos o bombas. GUTIÉRREZ, L. *La Política del Estado frente al terrorismo: La ley antiterrorista y sus modificaciones*, Cuadernos del CED, N° 14, Santiago, Chile, Octubre de 1991, p.12.

¹⁰⁷ La enumeración que realizaba el art. 1 n°4 era: a) Ejecutar cualquier acto de violencia contra personas a bordo que por su naturaleza constituya un peligro para la seguridad de la aeronave, b) Desviar indebidamente una aeronave en vuelo de su ruta, alterar su itinerario, apoderarse de ella o ejercer su control, c) Destruir una aeronave en servicio o causarle daño que la incapacite para el vuelo o constituya un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo, d) Destruir o dañar las instalaciones o servicios de la navegación aérea, o perturbar su funcionamiento, si tales actos por

en caso alguno constituía un *numerus clausus*, pero que en virtud del *principio de legalidad* debía ser interpretada como taxativa¹⁰⁸. La mayoría de estas hipótesis constituían delito de peligro, o bien concreto, o bien abstracto pues la consumación se producía por el sólo hecho de concurrir en la especie las condiciones objetivas descritas en el tipo¹⁰⁹. Por otra parte, esta disposición describía conductas que ya estaban sancionadas por otras normas positivas, en consecuencia, sus efectos no eran otros que las de agravar la penalidad y hacer aplicables las disposiciones preventivas y procesales de esta ley¹¹⁰.

El fundamento político criminal de la inclusión de esta figura como conducta terrorista atendía al hecho de ser el atentado contra aeronaves una de las formas de terrorismo de más ordinaria ocurrencia y de mayor impacto en la opinión pública. Era necesario además, armonizar con la normativa internacional, coincidente en la represión de estas conductas. Sin embargo, al no existir referencia alguna respecto de elementos subjetivos en el tipo relativos a la finalidad perseguida por los autores, o al menos un dolo terrorista específico, se extendía la órbita de la legislación antiterrorista hasta extremos impredecibles, invadiendo incluso la esfera propia de otros delitos comunes que nada tenían que ver con las acciones terroristas¹¹¹.

La redacción del tipo legal in comento, introducida por la ley 19.027, pareciera haber ganado en precisión, pues estructura un tipo penal más acorde con el *principio de legalidad* y sus derivados. En primer lugar, destaca la exigencia expresa un peligro efectivo de lesionar la vida, integridad corporal o salud de las personas, cuestión que no existía en la antigua ley, y permitía extender la aplicación de la legislación antiterrorista hacia conductas constitutivas de otros delitos comunes o especiales. La exigencia de al menos un peligro para bienes jurídicos personalísimos, acerca al cumplimiento del principio de lesividad, aunque, según veremos, subsisten algunas falencias al contemplarse algunas hipótesis de peligro abstracto.

En segundo lugar, se amplió la cobertura de la ley al extenderse su campo de aplicación a otros objetos materiales, incluyéndose a las naves, ferrocarriles, buses u otros medios de transporte público, todo ello como producto de la fusión de las conductas descritas en los numerales 4 y 9 del art. 1º de la ley antigua. Por último, con el actual art. 1º queda superada la crítica en orden a la carencia de elementos subjetivos idóneos para la cualificación terrorista, puesto que ellos son exigidos de manera expresa para la configuración típica.

A.1. Tipo Objetivo

El *sujeto activo* carece de determinación especial pudiendo realizar la conducta típica, *cualquier persona*. El *Sujeto Pasivo*, en cuanto delito de terrorismo, es la sociedad. La acción típica puede revestir tres modalidades: realizar un “atentado” a un medio de transporte público, realizar un “apoderamiento” del mismo, u “otros actos”. En todos los casos, debe ponerse en riesgo la vida, la integridad corporal, o la salud de los pasajeros o tripulantes, o

su naturaleza constituyen un peligro para la seguridad de la aeronave, e) Comunicar a sabiendas informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave, f) Portar indebidamente armas o sustancias explosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas o corrosivas, sean sólidas, líquidas o gaseosas, que sirvan para matar, herir o golpear, disuadir o vencer una resistencia, aún cuando no se haga uso de ellas, a menos que por su escasa potencia o cantidad, por los antecedentes personales del inculpado, y por las circunstancias del hecho, resulte manifiesto que ni siquiera eventualmente se quiso crear el peligro a que se refiere el inciso primero de este número.

¹⁰⁸ En esta opinión MERA, para quien “pese a la generalidad de los términos de este encabezamiento (el del nº4) y a que se recurría a la fórmula “tales como”, los únicos tipos legales serían - conforme con el *principio de legalidad* - los que específicamente se describían en las letras a) a f)”. MERA, J. 1984, p. 15. En sentido similar PICKERING: “no obstante la amplitud de los casos enumerados, sólo podría considerarse el carácter ejemplar de la lista que incluía el nº 4, si uno de ellos hubiera dejado una puerta abierta prescribiendo que cometerían delito terrorista contra la aeronave todos aquellos que ejecutaran acciones dirigidas a alcanzar alguno de los propósitos criminales señalados por el encabezamiento de dicha figura”. PICKERING, 1988, p.107.

¹⁰⁹ Tal era la situación de las letras b) y f). Cfr. PICKERING, G. 1988, p. 105.

¹¹⁰ DEL BARRIO – LEÓN REYES. 1990, p. 247.

¹¹¹ PICKERING, G. 1988, pp. 107-108.

simultáneamente entre sí. Por ello, estas tres modalidades de acción constituyen una sola figura punible, que no necesariamente son excluyentes entre sí. Los *verbos rectores* en la figura son: apoderarse, atentar, realizar actos.

Apoderarse, según su sentido natural y obvio, significa “hacerse dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder”. La determinación de la acción de apoderamiento de aeronaves, exige remitirnos normativamente al art. 58 de la Ley de Navegación Aérea (DFL 221 de 30 de mayo de 1931), tipifica el apoderamiento ilícito de aeronaves. Se castiga en virtud de este precepto, a todo aquel que “empleando la fuerza o la intimidación, y con el objeto de destruir una aeronave en vuelo, dañarla, desviarla de su ruta, apoderarse de ella o ejercer su control, ejecutar cualquier acto que pusiere en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de los pasajeros o de la tripulación, o las privare de su libertad por más de veinticuatro horas”. De manera similar, el art. 11 del Convenio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (DS N° 711 de 17-12-1974), establece que, cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia, o ejercicio del control de una aeronave en vuelo o sea inminente la realización de tales actos, los estados contratantes deberán tomar todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave la recobre o mantenga su control.

Según lo expuesto, puede señalarse que el apoderamiento de una aeronave en vuelo, consiste en adueñarse de ella, con violencia e intimidación¹¹², haciéndola de cambiar de ruta poniendo en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes. La amplitud de este concepto permite englobar asimismo el apoderamiento de ferrocarriles, buses y otros medios de transporte público.

Atentar, en su sentido natural y obvio, significa “cometer atentado”, lo que a efectos de la descripción típica se traduce en un ataque violento dirigido contra una o más personas, sus derechos o sus bienes, ejecutado contra lo dispuesto en las leyes¹¹³. Siguiendo con el criterio sistemático de interpretación de la ley, y fijando la atención en el art. 58 de la ley de Navegación Aérea, se deduce que el atentar se refiere a las conductas de destruir, dañar o dejar sin seguridad, allí descritas, empleando para ello violencia e intimidación.

En cuanto al atentado a las naves, buses, ferrocarriles u otros medios de transporte, éste se traduce en la ejecución de cualquier acto de destrucción o daño a dichos elementos poniendo en peligro la vida e integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes. Algunos autores amplían este concepto al empleo de cualquier medio para detener o entorpecer la salida y marcha de un buque o tren o para hacerlos naufragar o descarrilar, así como también el arrojar cuerpos contundentes o proyectiles en contra de un bus en marcha, el entorpecer, estorbar o impedir el normal funcionamiento de los transportes¹¹⁴.

Si hemos logrado precisar qué es lo que se entiende por apoderar y atentar, no ocurre lo mismo con la conducta de “realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de los pasajeros o tripulantes”. Es posible que el legislador, en el ánimo de enmarcar todas las conductas que antes estaban enumeradas en la ley, no hubiese encontrado una mejor manera que recurrir a la apertura del tipo penal. Se establece así una cláusula genérica abarcadora de diversas conductas. Una interpretación lógica conduce a sostener que esa realización de actos debe circunscribirse a acciones no constitutivas de las conductas de apoderamiento y atentado, esto es, a los actos de destrucción o daño no comprendidos en los conceptos de apoderamiento o atentado. Es posible que, dada la amplitud, se comprendan también los casos de violencia en contra de una aeronave o su tripulación, no solo cuando se

¹¹² En este sentido, GOLDSTEIN, R. 1978, p. 223 - 224.

¹¹³ GOLDSTEIN, R. 1978, p.72.

¹¹⁴ GOLDSTEIN, 1978, p.236.

encuentre en vuelo, sino también durante las operaciones inmediatamente anteriores, como sostiene algún autor¹¹⁵.

Si bien es cierto el legislador emplea un verbo de acción: realizar, su propia naturaleza de tipo de recogida, impide circunscribir la conducta tan solo a los delitos de acción. Es posible la forma omisiva a través de la comisión por omisión. Así por ejemplo, el sujeto que es mecánico en un aeródromo y deja de revisar un avión antes de que emprenda el vuelo, a sabiendas de que sufre un desperfecto.

El *Objeto material* está constituido por las naves, aeronaves, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público. Los conceptos de *nave* y *aeronave* son elementos normativos en el tipo, para cuya determinación deberemos acudir a la legislación mercantil. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 826 del Código de Comercio, se entiende por nave "toda construcción principal destinada a navegar cualquiera sea su clase y dimensión". El art. 27 del Código Aeronáutico define la *aeronave* como "todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo". Los conceptos de *ferrocarril*, *bus* y *otro medio de transporte público*, son elementos descriptivos en el tipo carentes de referencias normativas. Por ferrocarril debe entenderse "tren", esto es, una "serie de carros enlazados unos a otros que a impulso de electricidad o petróleo u otra fuerza, conducen pasajeros o mercancías por una vía férrea"¹¹⁶. Por bus y otros medios de transporte público, deberán entenderse todos aquellos artefactos o máquinas destinados a llevar personas de un lugar a otro, que poseen un carácter colectivo o público, p.ej.: microbuses, taxis colectivos, etc.

La configuración típica exige que los medios de transporte señalados se *encuentren "en servicio"*. Se trata de un requisito de carácter adjetivo y que técnicamente se corresponde con un elemento descriptivo jurídico.

Recurriendo a los criterios histórico y sistemático de interpretación, a efectos del art. 1 n°4 de la ley 18.314 anterior se entendía que una aeronave se encuentra en vuelo o servicio "desde el momento en que en la base, aeródromo, aeropuerto, helipuerto es colocada para recibir su tripulación hasta que aterrice en la última base, aeródromo, aeropuerto o helipuerto de destino, y queda desocupada". En términos similares el art. 58 inciso 8° de la ley de Navegación Aérea (DFL 221) señala que lo está "desde el momento en que en el aeropuerto es colocada para recibir el zarpe, hasta que aterriza en el último aeropuerto de destino, y queda absolutamente desocupada por los pasajeros y su tripulación".

Más precisa, a efectos de la descripción típica, es la definición contenida en el Proyecto de ley que precedió a la ley 19.027, que al tipificar esta conducta distingue entre encontrarse en vuelo, y encontrarse en servicio: "Se considerará que una aeronave se encuentra *en vuelo* desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualesquiera de ellas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.... Se considerará que una aeronave se encuentra en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje. El período en servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo"¹¹⁷.

De acuerdo a una interpretación restrictiva, y a falta de fuente normativa a la que recurrir, deberá entenderse que tratándose de ferrocarriles, buses u otros medios de transporte

¹¹⁵ GOLDSTEIN, p.236.

¹¹⁶ R.A.E., *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Madrid, 1984, p. 637.

¹¹⁷ Proyecto de ley, Boletín N°3-07(90)-1, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, pp.38 y ss.

públicos, éstos e encuentran “en servicio” desde el momento en que en la estación o parada es colocado para recibir a los pasajeros, hasta que llega a la última estación o parada, y queda desocupado. Así por ejemplo, el atentado en contra de un tren del Metro realizado a tempranas horas de la madrugada, y cuando éste se encuentra fuera de recorrido, no podría ser sancionado en virtud del n°2 del art. 2, sino probablemente por el n° 4. En cambio., sí constituiría un delito subsumible en el art. 2 n°2, el atentado en contra del tren metropolitano realizado cuando éste se apresta en la estación terminal a recibir pasajeros.

Los conceptos de *pasajero* y *tripulante* se corresponden técnicamente con elementos descriptivo jurídicos, debiendo hacerse la remisión normativa correspondiente a la legislación comercial, aeronáutica y de Navegación. Por *pasajero* habrá de entenderse toda persona que en virtud de un contrato de transporte es trasladada por vía terrestre, aire o mar, en ciertos medios, buques o aeronaves¹¹⁸. Por *tripulante* deberemos entender, toda aquella persona que forma parte de una tripulación, entendiéndose que la tripulación está constituida por el personal aeronáutico, entendiéndose por tal a aquel que se desempeña a bordo de las aeronaves o en tierra, tales como la conducción, dirección, operación y cuidado de las aeronaves, su despacho, estiba, inspección y reparación, el control del tránsito aéreo y la operación de las estaciones aeronáuticas (art. 58 del Código Aeronáutico). En Derecho Marítimo, está constituida por el conjunto de individuos de la dotación que sin pertenecer a la oficialidad cumplen servicios náuticos en el buque¹¹⁹.

A.2. Tipo Subjetivo.

La conducta requiere el dolo de atentar o apoderarse de un medio de transporte público, esto es, el conocimiento de que se trata de un medio da tales características y la voluntad de perpetrar el ataque. El conocimiento debe alcanzar también al peligro para las personas esto es, el sujeto debe estar consciente de que con su acto ponen en riesgo de lesión a bienes jurídicos individuales. La descripción típica del delito de terrorismo exige que esta conducta de atentar, o de apoderarse, o de realizar cualquier otro acto... se encuentre impregnada de un especial sentido subjetivo relativo a la finalidad perseguida. El autor debe realizar la conducta, o bien con la finalidad de producir temor a la población o una parte de ella, o bien para arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad. Son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada.

A.3. Naturaleza y Clasificación del delito.

a) *Según la relación con el bien jurídico*: Enfocado desde el bien jurídico colectivo que protegen los delitos de terrorismo, cabe señalar que en las tres posibilidades de conducta delictiva nos encontramos con delitos de peligro para una colectividad, puesto que el legislador emplea la forma plural de "sus pasajeros o tripulantes", lo que denota que el peligro no debe centrarse en un pasajero, en un ataque a su integridad corporal, sino que el riesgo debe adquirir un carácter generalizado.

La conducta que mayor cercanía tiene en relación a la lesión del bien jurídico es la de “atentar”. El indudable componente destructivo o dañino que tiene el atentado, lo determina como una figura de lesión para bienes jurídicos individuales, y en este entendido, de “resultado de peligro” en relación con el bien jurídico colectivo. El “atentado” constituiría un delito de peligro concreto. En cambio, la conducta de apoderamiento no parece tener la misma cercanía con la lesión a los bienes personalísimos, salvo en cuanto se considere que lleva implícita, como se ha interpretado, la violencia o la intimidación. En tal caso puede considerarse un “resultado de peligro” para los bienes vida, integridad corporal o salud de las personas, y una presunción de la existencia del peligro en relación con el bien jurídico colectivo. Se trata de un

¹¹⁸ Similar definición, ARGERI, Saúl. *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 314.

¹¹⁹ ARGERI, S. 1978, p.38.

delito de peligro abstracto. Algo similar sucede tratándose de la “realización de actos”, en que la situación de peligro no se configura en torno al bien jurídico colectivo porque ni siquiera se observa en su sustrato empírico constituido por los bienes jurídicos individuales. La existencia del peligro siempre deberá presumirse, y eso lo determina como un delito de peligro abstracto.

En general se trata de un delito de acción, puesto que los verbos rectores atentar, apoderarse, realizar actos así parecen exigirlos. Sin embargo es admisible asimismo la comisión por omisión tanto en el caso del atentado como en la cláusula genérica que contiene el tipo (“realizar actos”). El “atentar” designa una figura de naturaleza instantánea. El “apoderamiento” designa un delito de estado, puesto que la situación antijurídica se prolonga durante todo el tiempo que dura el dominio ilícito del medio de transporte público. La realización de actos, al comprender también la forma omisiva, podrá configurarse o bien como delito instantáneo o bien permanente o de estado.

b) *Por la relación de la Parte subjetiva con la objetiva:* Son delitos de tendencia interna intensificada.

A.4. Consumación.

El delito se consuma cuando se pone en peligro el bien jurídico colectivo o dicho peligro se presume. Esto ocurre en el momento en que se realizan los respectivos actos ejecutivos del delito cuyo destino inmediato es la lesión o puesta en peligro de bienes individuales.

A.5. Problemas Concursales.

La realización de atentados, apoderamientos u otros actos de dañosidad en relación con medios de transporte público, encuentran a lo menos tres fuentes de incriminación: la Ley de navegación Aérea, la Ley de Seguridad del Estado y la Ley sobre conductas terroristas. Nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales cuya solución se encuentra ante todo en el *principio de especialidad*.

a) *Ley 18.314 y Ley de Navegación Aérea.*

El art. 58 de la ley de Navegación Aérea sanciona como delito - tratándose de una aeronave - entre otras, las mismas conductas de apoderamiento y atentado u otros actos, en los siguientes términos: “*El que con el objeto de destruir una aeronave en vuelo, dañarla o dejarla sin seguridad, desviarla de su ruta, alterar su itinerario, apoderarse de ella, ejercer su control, o con otros propósitos semejantes, ejecutare cualquier acto que pusiere en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de los pasajeros o de la tripulación, o las privare de su libertad por más de veinticuatro horas, empleando para ello la violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, será sancionado con...*”

Se presumirá que concurre el peligro contra la vida, integridad corporal o la salud de los pasajeros o de la tripulación por el solo hecho de realizarse cualquiera acción tendiente a la obtención de las finalidades a que se refiere el inciso primero. Se presume asimismo, que concurre el peligro a que se refiere el inciso anterior, por el hecho de portarse indebidamente armas, entendiéndose por tales toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente o sustancias explosivas, inflamables, tóxicas o corrosivas, sean sólidas, líquidas o gaseosas que sirvan para matar, herir o golpear, disuadir o vencer una resistencia, aún cuando no se haga uso de ellas”.

En virtud del *principio de especialidad*, la subsunción del caso concreto en el art. 2º de la ley 18.314 procederá sí y solo sí al realizar la conducta el agente persigue cualquiera de las finalidades descritas en el art. 1º de dicha ley. Es el elemento subjetivo el que determina la cualificación terrorista de la conducta. Así, la aplicación de la Ley de navegación aérea procede

solo ante la ausencia de estos elementos subjetivos. Cuando se trata de la realización de estas mismas conductas, pero respecto de otro medio de transporte público distinto de una aeronave, la cualificación de la conducta, ante la ausencia de cualesquiera de las dos finalidades exigidas por el art. 1º de la ley 18.314, debería hacerse de acuerdo a la legislación común o especial según sea el caso (Código Penal, Ley de Ferrocarriles).

b) *Ley 18.314 y Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado.*

El art. 6 c) de la ley de seguridad del Estado establece: “cometen delito contra el orden público los que... de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos destinados para el funcionamiento de... actividades... de transporte o de distribución”. El concurso aparente surge a raíz de la expresión “de hecho y por cualquier medio”, cuya amplitud tiene la capacidad como para abarcar las conductas de atentado y apoderamiento. Recurriendo nuevamente al *principio de especialidad*, habremos de fijar la atención por una parte, en los elementos subjetivos finalísticos especiales que requieren los delitos de terrorismo, y por otra parte en la exigencia del peligro para las personas que requiere la conducta para ser cualificada como delito de terrorismo. Cuando estas circunstancias se cumplen, procede aplicar la ley de conductas terroristas. Si no existe peligro para bienes jurídicos personalísimos, pero sí las finalidades del art. 1º la conducta puede ser cualificada como delito de terrorismo pero por otras vías: ya sea el art. 2 nº4, colocación o disparo de artefactos explosivos, ya sea los delitos de incendio en las modalidades que se incriminan que no requieren peligro para las personas, o estragos cuando se cumplieren los requisitos de los respectivos tipos penales. La ley de Seguridad del Estado sólo tiene aplicación en ausencia de cualesquiera de las finalidades exigidas por el art. 1º de la ley 18.314.

B. Colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos (Art. 2 nº 4).

Art. 2º: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

4. Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño”.

Este precepto estaba contenido, en términos similares en el antiguo art. 1º nº6 de la ley 18.314, el que, a diferencia del precepto actual, realizaba una enumeración de los lugares en los cuales (propiedad pública y/o privada) había de realizarse el hecho punible, criterio que mantenía el proyecto que precedió a la ley 19.027 y que fue dejado sin efecto tras el debate parlamentario.

B.1. Tipo Objetivo.

El *Sujeto Activo* es indeterminado, pudiendo ser cualquier persona. El *sujeto pasivo*, como en todos los delitos examinados, es la sociedad. Los verbos rectores que determinan la *acción* típica son colocar, lanzar o disparar. Según el sentido natural y obvio, se entiende por *colocar* el “poner a una persona o cosa en su debido lugar”. Por *lanzar* habrá de entenderse “arrojar”, es decir, impeler con violencia una cosa de modo que recorra una distancia, movida del impulso que ha recibido. Por *disparar* se entiende “arrojar o despedir con violencia una cosa”, “hacer funcionar un disparador”¹²⁰.

De acuerdo a lo anterior, podría pensarse que nos encontramos ante una multiplicidad de delitos, especialmente si consideramos que al momento de señalar la pena aplicable el legislador señala en el art. 3º inciso tercero “los delitos señalados en el número 4.- del artículo

¹²⁰ R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I y II, Espasa Calpe, Madrid, 1984, pp. 338, 815 y 507, respectivamente.

2º...”. No obstante, son unívocos el resto de los elementos del tipo penal, sea que se trate de colocar, de lanzar o de disparar: mismos sujetos del delito, mismo objeto material, mismos elementos subjetivos. Entendemos que nos encontramos con una sola *conducta típica*, constituida por tres modalidades de acción que constituyen una sola figura punible.

El *objeto material*, aquello sobre lo cual recae la acción típica está constituido por las “bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo”. Técnicamente se corresponden con elementos descriptivos, en su mayoría de carácter extrajurídico, carentes de remisión normativa expresa.

La legislación vigente sobre armas y explosivos no define lo que debe entenderse por cada uno de estos objetos materiales designados en la descripción típica. La única referencia normativa que podemos encontrar es el art. 68 del Reglamento de la ley de Control de Armas (DS 77 de 29-4-1982) que define lo que ha de entenderse por *explosivo*, en general: “Se considera explosivo toda sustancia o mezcla de sustancias químicas que por la liberación rápida de su energía, en general, produce o puede producir, dentro de un cierto radio, un aumento de presión y generación por el calor, llamo y ruido... Del mismo modo, se consideran explosivos los objetos cargados con productos explosivos”.

De acuerdo a lo anterior puede definirse *Artefacto explosivo* como “objeto cargado con explosivo”, lo que constituiría una tautología de no acudir al sentido natural y obvio de las palabras. Artefacto explosivo es todo artificio o instrumento capaz de realizar una explosión, por la cual debe entenderse una “liberación brusca de una gran cantidad de energía encerrada en un volumen relativamente pequeño, que produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases. Generalmente la explosión se acompaña del estruendo y rotura violenta del artefacto capaz de producirla”¹²¹.

El concepto de bomba no aparece mencionado en la legislación sobre control de armas, por lo cual habrá de recurrirse a los distintos sentidos en los que naturalmente puede entenderse a efectos de la descripción típica. El diccionario de la lengua Española proporciona a lo menos dos conceptos que interesan: “ proyectil esférico, ordinariamente de hierro, hueco y lleno de pólvora, de máximo calibre, que se disparaba con mortero y precisamente por elevación”, teniendo el agujero por donde se carga una espoleta llena de un mixto con el cual se inflama la pólvora en ella contenida; y “cualquier pieza hueca llena de materia explosiva y provista del artificio necesario para que estalle en el momento conveniente”¹²².

De acuerdo a lo anterior podría definirse bomba como todo “artificio mecánico, cargado de material explosivo, empleado para producir daños o atentados”¹²³, lo que no parece distinguirse del concepto de artefacto explosivo que hemos proporcionado. Lo correcto es considerar que el concepto de bomba queda comprendido por el de artefacto explosivo, siendo éste último más amplio.

Quizá la razón de la distinción entre ambos en el tipo penal haya sido la de diferenciar los artefactos según la potencia destructiva y los daños causados. Es probable que con bomba, por el hecho de aparecer como la primera mencionada, el legislador haya querido referirse específicamente a artefactos cargados con explosivos de mayor peligrosidad tales como dinamita, iremita, TNT, etc. o incluso aquellos cargados meramente con pólvora. La alocución “artefactos explosivos” parece referirse más a instrumentos de peligrosidad menor que los anteriores, como podría ser un objeto explosivo de fabricación casera.

¹²¹ R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, 1984, p.621.

¹²² R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, 1984, p.204.

¹²³ GOLDSTEIN, R. 1978, p.88.

El legislador se refiere también expresamente a “artefacto incendiario”, por el cual debe entenderse todo artificio capaz de producir un incendio, esto es, una gran cantidad de fuego que abraza lo que no esté destinado a arder. El ejemplo clásico de artefacto incendiario es el cóctel molotov, que también puede ser considerado un artefacto explosivo. En nuestra opinión, la enumeración del objeto material que realiza el legislador abunda en conceptos que podrían conducir a confusión. Bastaría con señalar artefactos explosivos.

Por otra parte, cabe considerar que las bombas, artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, constituyen a efectos de la descripción típica, *los medios de comisión del delito*. La ilicitud del medio utilizado deriva de la infracción a la normativa reguladora de la tenencia y posesión de tales objetos. Conforme lo señala la Ley 17.798 sobre control de armas y explosivos, están sujetos al Control de la Dirección General de Movilización Nacional: “los explosivos, bombas y artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas ” (art. 2° letra d). Su tenencia es prohibida por el art. 3° inciso 2: “ninguna persona podrá poseer o tener artefactos fabricados sobre la base de... metales que por la expansión de los gases producen esquivirlas”.

Esta remisión normativa permite a su vez excluir del ámbito de punibilidad que designa el art. 2 n°4, a las sustancias químicas que esencialmente son susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos, o que sirven de base para la elaboración de explosivos, municiones, explosivos y bombas (art. 2 letra e) de la ley de control de armas) porque el legislador realiza una designación expresa refiriéndose a instrumentos ya listos para su utilización. Además, las partes, piezas y elementos de los artefactos explosivos o incendiarios resultan, la mayoría de las veces, inofensivos mientras no se mezclen con otras sustancias. Así por ejemplo, la gasolina y el keroseno (parafina) necesarios para hacer un cóctel molotov, resultan inofensivos (como artefacto incendiario) mientras no se mezclen en una botella a la que se ha adosado una sustancia detonante (p. ej. clorato de potasio). La pólvora u otra sustancia explosiva, mientras no cuenten con un dispositivo detonador, con o sin temporizador, no constituye propiamente una bomba.

Sí se comprenderían, a nuestro entender, los artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas, así como también los disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, sobre los cuales también existe prohibición de tenencia (art. 3 inc.2 de la ley 17.798 sobre control de armas y explosivos). Entendemos que cuando el legislador se refiere a “disparar” bombas, o artefactos explosivos o incendiarios, comprende aquellos artefactos que son lanzados al exterior como producto de la expansión de los gases provocados por la aguja percutora de un disparador. Por ejemplo, un fusil que lanza bombas lacrimógenas o paralizantes.

La conducta típica exige también un **resultado** alternativo de daño o de peligro (peligro concreto) a la integridad física de las personas o a la propiedad. El legislador tras describir la acción que recae sobre determinado objeto material señala “que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño”. Cabe advertir que nos encontramos ante una figura polivalente, en la que los bienes jurídicos individuales cautelados son, por una parte la integridad física de las personas, y por la otra la propiedad pública o privada (bienes de carácter material). Sin perjuicio de lo señalado en otra parte, debe advertirse la inclusión de la propiedad como objeto digno de protección penal a través de los delitos de terrorismo, sin exigirse un riesgo de lesión para bienes personalísimos.

El fundamento político criminal que esgrimió el legislador para dicha inclusión fue la consideración del medio empleado como factor indispensable para la cualificación terrorista de la conducta: “La colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo involucra por el poder letal, vulnerante o destructivo de estos medios, un grave riesgo para un alto número de personas o para bienes públicos o instalaciones de importancia... El perfeccionamiento cada vez mayor en el empleo de estos artefactos, señala

otra característica del terrorismo actual, el aprovechamiento de los adelantos científicos y técnicos para ponerlos al servicio del terror”¹²⁴.

Un sector de la doctrina ha aumentado esta fundamentación acudiendo al elemento subjetivo: "no es el resultado sino el propósito perseguido por sus autores, el principal elemento que sirve para determinar el carácter terrorista de esta figura. La consecuencia, es decir, la afectación o posibilidad de afectación de la integridad física de las personas o de los bienes de todas formas importa la comisión de actos delictuales. Así se conjugan dolo terrorista o ejecución de acciones que sin esa finalidad serían considerados delitos comunes”¹²⁵. Para otro sector doctrinal, la propiedad no es digna de ser incluida como bien jurídico merecedor de protección penal a través de los delitos de terrorismo. Jorge MERA comentaba en relación al antiguo art. 1 n° 6 de la ley 18.314: "Llama la atención que se parangone la integridad física de las personas con los bienes, puesto que los atentados en contra de estos últimos, por definición, no constituyen terrorismo, sino que daños a la propiedad pública o privada, o eventualmente sabotaje”¹²⁶. Para el autor, a quien suscribimos, el único resultado que puede considerarse como de carácter terrorista es el primero: el hecho de afectar o la posibilidad de afectar la integridad física de las personas.

En primer lugar, no parece adecuarse al principio de lesividad la protección autónoma y cualificada de la propiedad cuando ésta no va acompañada de un riesgo para bienes personalísimos. El carácter colectivo del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo exige, para cumplir con el principio de lesividad, que los bienes jurídicos individuales, que son los que resultan inmediatamente afectados, se circunscriban a la vida, la integridad corporal y la salud. Dicho de otra manera, es prácticamente imposible estimar que pueda resultar lesionado o puesto en peligro el ordenamiento constitucional democrático, o la seguridad pública (de *lege data*) con un atentado a la mera propiedad sin que traiga aparejado un riesgo para las personas.

En segundo lugar, si acudimos al criterio sistemático de interpretación, cabe destacar que tanto la enumeración de las conductas establecidas en el art. 2° de la ley 18.314, como el sentido que el legislador de la ley 19.027 (que modificó la citada ley) quiso darle al atentado en contra de la propiedad pública o privada (bienes físicos), observaremos que se excluye del concepto de delito de terrorismo a los atentados en contra de dichos bienes si en tales actos no hay implícito, además, un riesgo a bienes jurídicos de la mayor importancia, vida, integridad corporal o salud de las personas.

Sin embargo, y tal como deja entrever Luis GUTIÉRREZ¹²⁷, si bien es cierto se excluyen del concepto de delito de terrorismo los ataques en contra de los bienes físicos o propiedades si en tales actos no hay implícito además riesgo a la seguridad personal, también es cierto que estos mismos ataques a la propiedad pueden ser cualificados como delitos de terrorismo cuando en ellos se utilizan medios especialmente dañosos, situación en la cual debemos entender presumido el peligro para la seguridad personal. Es probable que, como ya antes afirmaba Jorge MERA, en esta parte la ley siga siendo inconstitucional desde que para nada se adecua al concepto constitucional de terrorismo del art. 9 de la Carta Fundamental. No se entiende en qué medida puede afirmarse que un atentado contra la propiedad es “por esencia, contrario a los derechos humanos”, que es la definición de terrorismo que proporciona la Constitución.

B.2. Tipo Subjetivo.

¹²⁴ Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, p. 56. Cfr. PICKERING, 1988, pp.125-126, y DEL BARRIO-LEÓN REYES, 1990, p.253.

¹²⁵ PICKERING, 1988, p. 127.

¹²⁶ MERA, J. 1984, p.18. Le siguen DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.253.

¹²⁷ GUTIÉRREZ, L. 1991, p. 12.

La conducta exige un dolo genérico cuyo elemento intelectual se integra por el conocimiento por parte del sujeto activo acerca de la peligrosidad que reviste el medio o artefacto explosivo para las personas o la propiedad. El elemento volitivo se integra por el deseo del sujeto de ejecutar la conducta ilícita. Como en los anteriores delitos de terrorismo, la acción debe estar orientada hacia la lesión del bien jurídico por la concurrencia de cualquiera de los elementos subjetivos específicos enumerados en el art. 1º de la ley 18.314: atemorizar a la población o imponer una determinada voluntad a la autoridad. Ellos constituyen elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, y que plantean algunos problemas de doble incriminación que examinaremos mas adelante.

B.3. Naturaleza y clasificación del delito.

- a) *Según las modalidades de la parte objetiva y la relación con el bien jurídico:* El tipo penal se estructura como un delito de lesión y un delito de peligro, en función de la hipótesis delictual de que se trate.

En la hipótesis de “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten...la integridad física de las personas”, nos encontramos ante un delito de lesión, pues se exige un resultado de daño en relación al bien jurídico integridad corporal. Esto significa que el tipo penal exige un resultado materialmente separable y que consiste en la causación de lesiones, produciéndose el concurso de delitos correspondientes. Es un delito de lesión en relación al bien jurídico individual y un delito de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo. Opera igual que el resto de los tipos de lesión ya examinados.

En la hipótesis de “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que puedan afectar ...la integridad física de las personas, o causar daño”, nos encontramos ante un delito de peligro en relación a los bienes jurídicos individuales puesto que no requiere que efectivamente se haya producido una lesión ya sea a la integridad física de las personas o a la propiedad pública o privada. El legislador emplea la forma verbal condicional: “puedan afectar...”, “puedan...causar daño”.

El peligro se presume por el hecho de utilizar en la ejecución del delito, determinados medios de comisión: bombas, artefactos explosivos o incendiarios. No se está exigiendo, en esta hipótesis un “resultado” destructivo que pudiera estimarse causa del riesgo para las personas o la propiedad, como podría ocurrir en el delito de incendio, en el que es la propagación del fuego y la consiguiente destrucción, lo que permite concretar el peligro. Por ende, cabe concluir que tanto en el caso de peligro para la integridad corporal, como peligro de daño a la propiedad, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, puesto que el legislador castiga la peligrosidad de la conducta en sí misma.

A objeto de evitar esta generalización del riesgo, quizá lo adecuado habría sido mencionar como eventuales objetivos de los artefactos explosivos lugares tales como la vía pública, edificios públicos o privados, medios de locomoción colectiva e instalaciones industriales. En general lugares en los que el riesgo para la integridad corporal de las personas pueda tener un elemento a través del cual concretarse, porque de lo contrario, y de *lege data*, nos encontramos ante un tipo penal abierto, contrario al *principio de tipicidad*.

Imaginemos por ejemplo, el sujeto que con el fin de atemorizar a un poblado lanza un artefacto incendiario en un sitio eriazo cercano, pero sin que exista posibilidad de lesionar a nadie. O el sujeto que con el fin de obtener una declaración de edificio ruinoso por parte de la Administración del Estado, coloca un artefacto explosivo en ese recinto privado que sabe abandonado por sus moradores por largo tiempo. En ambos casos la conducta encuadra dentro de la descripción típica. En el primer caso habría que relacionar el art. 2 n°4 con el art. 1 n°1 y

en el segundo caso, jugarían los arts. 2 n°4 y 2 n°2. Esto extiende el ámbito de la punibilidad hacia conductas que no tienen el carácter terrorista propiamente tal.

La necesidad de “cerrar” el tipo penal exigiendo que el peligro para las personas tenga como parámetro de concreción la naturaleza pública de lugares, ha sido también advertida en cierto sentido por la jurisprudencia. Los tribunales han debido recurrir a la naturaleza del lugar en que se coloca el artefacto explosivo: “*el sentenciador estima que existió el peligro que se incluye en la figura penal, porque el hecho demostrado de haber hecho estallar dos artefactos explosivos en una parte de la ciudad de Santiago densamente poblada y en un carro del tren metropolitano puso en situación de riesgo a las personas que normalmente se trasladan en ese medios de transporte, unido a la habitualidad de los mismos*”. De esta forma los hechos “*son constitutivos de los delitos que contempla el artículo 1° en relación con el art. 2 n°4 de la ley 19.027, que determina conductas terrorista y fija su penalidad, por cuanto se dan los elementos que la configuran*”¹²⁸.

Cabe destacar a este respecto que en el proyecto de ley que precedió a la ley 19.027 el tipo penal in comento sí incluía una larga lista de lugares, similar a lo que ocurría en la anterior legislación, cuestión que había suscitado la crítica doctrinal en torno a la excesiva extensión de los mismos¹²⁹.

De acuerdo a los verbos rectores utilizados para describir la acción, nos encontramos ante un delito de acción: colocar, lanzar o disparar. No admite la forma omisiva. Se trata de un delito instantáneo y de medios determinados ya que el legislador acota expresamente las modalidades comisivas.

b) *Por la relación de la parte subjetiva con la objetiva:* La exigencia de determinados elementos subjetivos relativos ala finalidad perseguida por el autor nos lleva a deducir que nos encontramos con un tipo incongruente por exceso subjetivo: la misma conducta descrita sin las finalidades descritas o bien es atípica o subsumible en alguna hipótesis de delito común, como por ejemplo, estragos o incendio. Siendo estos elementos los que dotan a la acción de un especial sentido subjetivo, cabe concluir que en la especie nos encontramos ante un delito de tendencia interna intensificada.

B.4. Consumación.

El delito se consuma con la colocación, lanzamiento o disparo de las bombas o artefactos explosivos o incendiarios, ejecutado con alguna de las finalidades exigidas por el art. 1° de la ley 18.314.

Es indiferente que nos encontremos ante la hipótesis de efectiva lesión o ante las hipótesis de peligro para la integridad corporal o la propiedad. El delito no se cualifica por el resultado de lesión o la presunción del peligro respecto de estos bienes jurídicos, sino en virtud de los elementos subjetivos contenidos en el art. 1°. Es decir, basta que en el agente concurra la finalidad de producir temor a los habitantes de una población, o de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad, sin que sea preciso que tales finalidades se concreten. Es un resultado que queda fuera del tipo penal. De esta forma, el delito se perfeccionará exista o no un resultado de lesión para bienes jurídicos individuales, considerándose que el peligro para el bien jurídico colectivo concurre con la sola realización de la conducta típica. De concretarse el resultado lesivo nos encontraremos ante el correspondiente concurso de delitos entre el tipificado en el 2 n°4 de la ley 18.314 y los delitos de lesión personal a que se refiere el art. 2 n°1.

¹²⁸ S. de 1ª instancia de 31-5- 1993, 15° Juzg.del Crimen de Stgo, Rol núm. 89.049, contra A. Hidalgo. Considerando 8°.

¹²⁹ En relación a la anterior legislación, véase PICKERING, 1988, p.129., DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.254. En relación al proyecto de ley que precedió a la ley 19.027, véase Boletín N°3-07(90)-1, y 1° 2° informe de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027*, 1997, pp. 33, 34, 39 y 65.

B.5. Penalidad.

De acuerdo a lo señalado por el art. 3 inciso 3º, “los delitos señalados en el número 4. - del artículo 2º serán penados con presidio mayor en cualquiera de sus grados”, esto es, de diez años y un día de prisión a veinte años. Llama la atención que el legislador se refiera a “delitos”, en circunstancias que se trata de una sola conducta típica con distintas modalidades de acción. A este respecto nos remitimos a lo señalado en su oportunidad. Es digno de destacar, además, que el legislador establezca una valoración idéntica en términos de pena aplicable, para las distintas hipótesis delictivas. Así, la sanción es la misma sea que se afecte la integridad corporal, que solo exista el riesgo de afección para la misma, o que se pueda afectar la propiedad. La omisión en la valoración de estas distintas hipótesis acarrea una infracción al principio de igualdad que tiene consecuencias en el principio de proporcionalidad.

B.6. La doble incriminación.

El tipo penal descrito en el art. 2 nº4, presenta el mismo problema que el delito de envío de efectos explosivos (art. 2 nº1 en relación con art. 5403 bis CP), esto es, una doble fuente de ilicitud respecto del artefacto explosivo o incendiario.

De un lado, encontramos que el artefacto explosivo o incendiario es utilizado en el art. 11º de la ley 18.314 como eventual medio de comisión, para acreditar la finalidad terrorista. Señala el inciso 2º de esta disposición: “se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población, salvo que conste lo contrario, por el hecho de haberse cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios...”. Esto significa, como ha interpretado la jurisprudencia, que no basta con “portar” dichos elementos, se requiere cometer el delito mediante la manipulación del artefacto”¹³⁰. Por otra parte, encontramos que el artefacto explosivo o incendiario se encuentra incorporado en la conducta típica del delito tipificado en el art. 2 nº4.

Intentar encontrar solución a esta doble incriminación exige deslindar qué tipo de artificios son los que se consideran en cada cual. En el art. 1º la presunción parece estar señalando que los medios utilizados en la comisión del delito deben ser idóneos para causar grandes estragos”, como literalmente establece a título ejemplificativo “...u otros que pudieren ocasionar grandes estragos”. Así lo ha interpretado la jurisprudencia señalando no cabe dar por acreditada la presunción cuando no se hubieren utilizado en la comisión del delito armas de gran poder destructivo, “sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres o pistolas u otras armas cortas” en pésimo estado de conservación”¹³¹.

Sin embargo, no cabe excluir estos mismos medios en la figura del art. 2 nº4, porque ella se refiere a artefactos explosivos o incendiarios “de cualquier tipo”, esto es, incluye tanto una bomba que ocasiona cuantiosos daños, como un simple artefacto casero incapaz de extender la consecuencia dañosa. Nos encontramos ante una doble incriminación, contraria al principio de *non bis in ídem*. Imaginemos el caso concreto y que tantas veces hemos visto en Chile: un grupo de jóvenes que, durante la manifestación en recordatorio de los muertos el 11 de septiembre, lanzan cócteles molotov cortando las calles mediante una barricada.

De acuerdo a una interpretación literal estricta, se encontrarían cubiertos los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito descrito en el art. 2 nº 4. De un lado, la conducta se corresponde con la descrita en el art., 2 nº4. Se satisface el tipo objetivo. De otro lado, la finalidad de atemorizar a los habitantes de la población se encontraría acreditada por el hecho de

¹³⁰ SCA de Santiago de 15-10- 1992, (1ª instancia, Min. en Visita, Sra. G. Olivares G.), proceso Rol 49.595-91. Confirmada por SCA de 27-10- 1992, Nº 40.561-92.

¹³¹ SCA de Santiago de 15-10- 1992, Rol 49.595-91. Confirmada por SCA de 27-10- 1992, Nº 40.561-92.

emplear los artificios incendiarios señalados en el art. 1 n°1 inciso 2°. Se cumplen los requisitos del tipo subjetivo.

Cuesta creer que lanzar cócteles molotov en esas circunstancias, sea una conducta terrorista. Ella constituye, a lo más, un delito de desórdenes públicos del art. 6 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado. Por esto puede afirmarse, con seguridad, que la presunción del art. 1 n°1 no es sino una forma de soslayar el problema de prueba en torno a la finalidad terrorista. Esto constituye una infracción al principio de la responsabilidad penal por el hecho cometido, consagrado en el art. 19 n°3 de la CPRCH que establece claramente que “la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal”.

El *principio de legalidad*, contenido en la Constitución, reclama una interpretación en el sentido de considerar inaplicable la presunción contenida en el art. 1° n°1 cuando la conducta típica se corresponde con el delito contenido en el art. 2 n°4. Primero, porque en el art. 2 n°4 el artefacto explosivo no es una eventual medio de comisión, sino que se encuentra incorporado en la conducta típica como parte del tipo objetivo, esto es, como objeto material sobre el cual debe recaer la acción típica. Segundo, porque considerados como eventuales medios de comisión del delito, habría que concluir que se trata de los “instrumentos del delito” a que se refieren los arts. 31 del CP y 110 del CPP, que sirven, en todo caso, para comprobar la existencia del delito cometido, pero no para verificar la concurrencia de los elementos del tipo penal, como es el caso del objeto material.

Y tercero, porque de considerar el artefacto explosivo o incendiario como eventual medio de comisión del delito, significaría extraerles de la descripción típica del art. 2 n°4 y abrir la posibilidad de que la conducta pudiere verificarse por otros medios, con lo que dicho delito de terrorismo carecería de sentido e ilicitud.

3.- ASOCIACIÓN ILÍCITA TERRORISTA.-

Art. 2°: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el art. anterior:

5. La asociación ilícita, cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al art. 1°.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y sustracción de menores, establecidos en los arts. 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas.”

El precepto es heredero del art. 1° n° 11 de la ley 18.314 antigua, que además de sancionar a los que “se asociaren u organizaren... con el objeto de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley”, castigaba a “los que recibieren o impartieren instrucción o enseñanza” con el mismo objeto. Actualmente se ha eliminado esta segunda hipótesis delictiva y exigido al menos tangencialmente, la presencia de los elementos subjetivos finalísticos descritos en el art. 1° de la ley 18.314.

El derecho de asociación se encuentra consagrado en el art. 19 n° 15 de la CPRCH estableciéndose como garantía para todos los ciudadanos “el derecho de asociarse sin permiso previo”. Los límites a esta garantía constitucional se encuentran establecidos asimismo por la Carta Fundamental, prohibiéndose “las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado” (inciso 4°). Se indica además que “los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que le son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana...”(inciso 5°)¹³². Se garantiza asimismo “el pluralismo político” declarándose “inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización

¹³² El inciso 5° del art. 19 n°15, fue modificado, tal como aparece en el texto actual de la Constitución, por el art. único N°7 de la ley de Reforma Constitucional N°18.825 de 17 de Agosto de 1989. Véase también LOC de Partidos Políticos N° 18.403 de 23 de marzo de 1987.

cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad” (inciso 6°).

El fundamento de la punición de las organizaciones terroristas se encuentra, por tanto, en la propia Constitución, a la que debe ceñirse la LO 18.314 reguladora de las conductas de terrorismo.

La asociación ilícita, como se ha mencionado en otro lugar está constituida por una unión de personas organizadas jerárquica y disciplinadamente, con carácter mas o menos estable en el tiempo y cuyo objeto es cometer delitos. El art. 292 del CP las tipifica en los siguientes términos: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o propiedades, importa un delito que existe por el sólo hecho de organizarse”¹³³.

Cuando esta asociación ilícita tiene por objeto la comisión de delitos de terrorismo, se convierte en asociación ilícita terrorista. A diferencia de lo que ocurre en la legislación española, aquí se advierte claramente que son los delitos de terrorismo - la finalidad de la asociación- los que extienden hacia ella la cualificación de terrorista. En el CP español, es la organización la que cualifica la violencia. Esto entronca directamente con los criterios político criminales que orientaron la reforma de las *Leyes Cumplido* en los que se pretendió evitar la discriminación arbitraria de las organizaciones políticas que fueron incriminadas como organizaciones terroristas bajo la anterior ley 18.314. Lo que se sanciona no es la organización sino “el método” que utilicen dado que “es muy difícil que se constituyan...para realizar actos terroristas”. Para que una organización sea catalogada como terrorista “debería haber una voluntad institucionalizada al interior del grupo para realizar este tipo de acciones, no conductas aisladas de individuos pertenecientes a ella”¹³⁴.

Según se desprende de su ubicación geográfica en el CP, el *bien jurídico protegido* en las asociaciones ilícitas comunes es el orden y seguridad públicos. En las asociaciones ilícitas terroristas, el bien jurídico protegido de *lege data*, es el orden y seguridad públicos. Adviértase que la circunstancia de ser la asociación ilícita un delito “por el solo hecho de organizarse”, según la propia definición proporcionada por el Código Penal corrobora lo expuesto en el sentido de que el ataque a estos dos elementos -orden y seguridad públicos- es el que afecta primordialmente la coexistencia y desenvolvimiento normal de la comunidad o la sociedad toda¹³⁵. Los elementos que conforman el concepto legal de asociación ilícita terrorista contenidos en el art. 2 n°5 de la ley 18.314 son: a) Una asociación ilícita concebida en los términos del art. 292 del CP, b) que tenga por objeto la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en los números 1 a 4 del art. 2° de la ley 18.314, de donde se desprende, a su vez que debe compartir alguna de las finalidades expresadas en el art. 1°. En palabras de la jurisprudencia se requiere una “*voluntad asociativa*” y una “*pluralidad de objetivos dolosos*”, elementos ambos que se condicionan recíprocamente¹³⁶.

3.a. Tipo Objetivo.

¹³³ La ley 19.047 de 14 de Febrero de 1991 suprimió el inciso segundo de este artículo, en el que se contemplaba una presunción en torno a la circunstancia de que la asociación hubiese tenido alguno de los objetos indicados, cuando uno o más de sus miembros hubiere ejecutado algún acto que constituyere un atentado en contra de los referidos bienes jurídicos protegidos (orden social, buenas costumbres, personas o propiedades). Ver además, supra Cap. V. *I. Legislación chilena... I.a. La criminalización...; 4.1. Código Penal.*

¹³⁴ Primer Informe de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p.18

¹³⁵ Ampliamente, supra Cap. VI, Apdo 2°, IV. *El bien jurídico protegido a la luz del concepto...*

¹³⁶ SCM de 31-7- 1991, núm. 1742-87 (*Caso Carreño*), prevención del Ministro Sr. C. Cerda; SCA de San Miguel, de 4-6-1993, núm. 1622-92, causa Rol 151-91, contra Enrique Quintanilla y otros, que confirma Sentencia de Primera Instancia de 26-6-1992.

La *conducta típica* queda determinada por el concepto de asociación ilícita que proporciona el CP en el art. 292, unido a la cualificación “terrorista” que le proporciona la finalidad perseguida. El verbo rector que determina la conducta típica es “asociarse”, cuyo sentido natural y obvio es el de juntarse para algún fin, en el caso, cometer delitos de terrorismo.

Sujeto activo puede serlo cualquier persona, puesto que se habla de una “asociación”, de la reunión de voluntades de un mínimo de dos o más personas cualesquiera con la finalidad de cometer los delitos señalados. La voluntad de asociarse exige, por su propia naturaleza, “signos o evidencias organizativas que demuestren aquella intención”, requiriéndose además “una cierta permanencia mínima en el tiempo que permita a la agrupación la posibilidad real de lograr sus objetivos”¹³⁷.

La asociación como entidad distinta de sus miembros, enfatizando en lo ya estudiado, está constituida por una pluralidad de personas o sujetos activos con una vinculación mas o menos estable entre sí, dotada de jerarquía y disciplina propias, y que tenga como finalidad u objetivo común la perpetración de una pluralidad indeterminada de delitos¹³⁸, que en la especie, deben ser delitos de terrorismo. Son estas características las que “le dan peligrosidad a la organización y justifican las elevadas sanciones que se prevén por la ley”¹³⁹. Luego, para la configuración del ilícito in comento se requiere, como resume la jurisprudencia¹⁴⁰, la existencia de la organización o asociación como un todo y la pertenencia de una persona o personas determinadas a tal organización, esto es un elemento colectivo y un elemento individual. Tales elementos deben concurrir de modo copulativo. El *sujeto pasivo* es, atendido el bien jurídico protegido, la comunidad toda o la sociedad en su conjunto. En cuanto al *objeto material*, esto es, aquello sobre lo cual debe recaer la acción típica, en este caso se identifica con los objetivos perseguidos por la asociación en cuanto entidad distinta de sus miembros: la comisión de delitos de terrorismo. El objeto de la acción coincide con el substrato empírico del bien jurídico puesto que éste es un bien jurídico colectivo.

3.b. Tipo Subjetivo.

La conducta ha de ser necesariamente dolosa, exigiendo el elemento intelectual del dolo, la conciencia por parte del sujeto de que se integra - sea en calidad de partícipe o director- de una asociación que el ordenamiento penal prohíbe. El elemento volitivo se refiere al deseo de afiliarse u organizarse ilícitamente. La expresión utilizada por el legislador para cualificar la asociación ilícita “cuando ella tuviere por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al art. 1º”, denota la exigencia de un elemento subjetivo relativo, en este caso, a la finalidad perseguida por el agente, cometer delitos de terrorismo, y por otra parte, un elemento jurídico normativo, pues la calificación de los delitos a cometerse debe realizarse conforme a lo que la ley señala en sus arts. 2º n°1 al 4 en relación con el art. 1º.

Esto significa que no basta con la conjunción de voluntades de dos personas para que exista una asociación; debe existir, como ha enfatizado la jurisprudencia¹⁴¹, una “pluralidad de objetivos dolosos”, a diferencia de lo que existía en la original ley 18.314, en que la asociación

¹³⁷ SCA de San Miguel de 4-6-1993, núm. 1622-92, contra Enrique Quintanilla y otros, que confirma Sentencia de Primera Instancia de 26-6-1992.

¹³⁸ En esta opinión la jurisprudencia mayoritaria: SCA de San Miguel de 24-7-1992, núm. 920-92, contra Juan Órdenes y otros (*Caso Atentado y Los Queñes*), SCA de Santiago de 13-11- 1992, Rol N°14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), considerando 4º, en GJ N° 149, 1992; SCA de San Miguel de 4-6-1993, núm. 1622-92, contra Enrique Quintanilla y otros, que confirma Sentencia de primera Instancia de 26-6-1992.

¹³⁹ MERA, J. 1984, p. 23

¹⁴⁰ SCM de 31-8-1993, núm. 808-86 (*Caso Panadería Lautaro*)

¹⁴¹ SCA de San Miguel de 4-6-1993, núm. 1622-92, contra Enrique Quintanilla y otros, que confirma la sentencia de primera instancia de 26-2-1992.

ilícita terrorista existía por la sola circunstancia de haberse asociado algunos sujetos con el fin de cometer “algún” delito de terrorismo. La configuración típica exige actualmente “el propósito de llevar a cabo dos o más conductas de carácter terrorista”¹⁴², pues si la conjunción de voluntades se realiza con la finalidad de cometer “un delito de terrorismo”, la calificación jurídica que en estricto rigor corresponde es la de conspiración o proposición para cometer un delito.

Si nos atenemos al tenor literal del art. 2° debe precisarse que constituye delito de terrorismo la asociación ilícita cuando “reuniere alguna de las características enumeradas en el art. 1°”, expresión utilizada por el legislador en el enunciado del art. 2°. Pero el numeral cinco del art. 2° refuerza el carácter terrorista de la asociación cuando ella tuviere por objeto la comisión de delitos de terrorismo. Corresponde pues delimitar la calificación jurídica que en este caso representan, de un lado, las circunstancias del art. 1° y de otro lado, el propósito de la asociación.

Por una parte, el legislador señala que la asociación, para ser calificada como terrorista, debe formarse ya sea con el propósito de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie (art. 1, n°1); o para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (art. 1, n° 2). En la configuración típica estas circunstancias se corresponden con *elementos subjetivos de tendencia interna intensificada*, ya que una correcta interpretación jurídica conduce a pensar, como se sostiene en esta investigación, que la acción de asociarse se encuentra impregnada de un elemento subjetivo específico que la orienta hacia la lesión del bien jurídico colectivo. Por otra parte, el carácter terrorista se ve reforzado por la exigencia en el tipo penal de que la conducta de asociarse debe realizarse con el objeto preciso de cometer alguno de los delitos contemplados en la ley 18.314, lo que nos obliga a interpretar dicha finalidad como la exigencia de un *dolo específico* en la conducta descrita¹⁴³. El dolo genérico se corresponde con el propio de toda asociación ilícita: el conocimiento de la ilicitud de la conducta y la voluntad de ejecutarla.

La interrogante que surge es cuál es el sentido que cumplen los elementos subjetivos específicos que nos hemos visto obligados a calificar como de tendencia interna intensificada. En nuestra opinión dichos requisitos más que referirse a la asociación ilícita terrorista propiamente tal, deben entenderse como las finalidades (alternativas) que se persiguen con la comisión del resto de los delitos terroristas enumerados en el art. 2°. Es poco probable que una asociación terrorista, que constituye delito por el solo hecho de existir, se forme para “producir en la población el temor justificado de ser víctima de un delito de asociación ilícita”, más bien dicho temor dice relación con el delito terrorista específico (art. 2° n°1 a 4) que pudiere cometer la asociación ilícita. Nadie está obligado a pertenecer a una asociación de esta naturaleza.

Lo mismo puede decirse de la circunstancia de “arrancar resoluciones” (art. 1° n°2) pues la asociación ilícita con el solo hecho de formarse - pese a ser un delito por su sola existencia - no persigue “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” sino que dicho propósito lo perseguirá normalmente a través de la comisión de cualquiera de resto de los delitos terroristas enumerados por el art. 2°.

Por ello, desde el punto de vista de la técnica jurídica, no parece existir coherencia entre la configuración típica y lo que se advirtió en la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027. En ella se señalaba claramente que *el gobierno no participaba de la idea de la existencia de organizaciones terroristas*. Lo que puede haber son organizaciones destinadas a

¹⁴² SCA de San Miguel de 4-6-1993, núm. 1622-92, contra Enrique Quintanilla y otros. Similar, SCA de San Miguel de 24-7-1992, Rol 920-92, contra Juan Órdenes y otros (*caso Atentado a Pinochet y Toma del Poblado Los Queñes*)

¹⁴³ En esta interpretación SCA de Santiago de 13-11- 1992, Rol N° 14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), considerando tercero, en GJ N° 149, 1992.

atentar contra la seguridad del Estado, “porque no aceptan las reglas del juego democrático y optan por caminos no institucionales...toda organización puede utilizar el método terrorista”¹⁴⁴.

Aún cuando no compartimos esta posición, creemos que si lo que el legislador quería era incriminar como terrorista la asociación ilícita, lo correcto habría sido excluirla de la enumeración de los delitos de terrorismo que realiza el art. 2 y tipificarla como un delito autónomo, exigiendo únicamente el dolo específico relativo a la finalidad de cometer delitos de terrorismo. No hay necesidad de contemplar dentro del tipo penal los elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, ya que ellos, además de contribuir a una confusión, representan una *doble fuente de ilicitud*. Se nos dice por una parte, que la asociación es terrorista cuando reúne cualquiera de las características del art. 1º y por otra parte, que para ser terrorista debe perseguir la comisión de delitos de terrorismo, esto es, delitos cuya configuración típica ya lleva insertos estos elementos subjetivos específicos.

El problema es aún mayor si consideramos que en el art. 1º nº1, la finalidad terrorista puede acreditarse sobre la base de una presunción. No resulta compatible la consideración aceptada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia acerca de que la asociación ilícita constituye un delito por el solo hecho de existir, y por la otra que este delito pueda ser cualificado como delito de terrorismo sobre la base de una presunción de la finalidad “terrorista” que persigue.

En todo caso, y coherentes con los lineamientos que nos orientan, estimamos que la asociación ilícita debe desaparecer como delito autónomo puesto que, al ser la organización la que cualifica la violencia, ella debe aparecer como elemento de lo injusto en todos los tipos penales de terrorismo, ya que de esta forma se evitaría la infracción al *non bis in idem*: los delitos de terrorismo que en concreto se cometen se enmarcan dentro de una estrategia diseñada por una organización, esto es, la organización ilícita aparece indisolublemente unida a la comisión de delitos de terrorismo. A ello nos referiremos con mayor detención tras el examen del delito de asociación ilícita en el CP español, lo que nos proporcionará los elementos jurídicos adecuados para reflexionar político criminalmente acerca de la conveniencia o inconveniencia acerca de la tipificación de la asociación ilícita como tipo penal autónomo¹⁴⁵.

3.c. Naturaleza y clasificación del delito. Referencias a la consumación.

a) Según las modalidades de acción:

a.1.- Según las modalidades de la parte objetiva: La asociación ilícita, de acuerdo a lo que expresamente señala el legislador en el art. 292 del CP, importa un delito por el solo hecho de organizarse. Siendo así, nos encontramos ante un *delito de mera actividad*, pues para que la consumación se produzca, no hace falta que efectivamente lleguen a cometerse los delitos de terrorismo que constituyen el propósito de la asociación, técnicamente el dolo específico. No es necesario siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva de tales delitos, y si ésta se presenta o los delitos de terrorismo llegan a consumarse, de *lege data* y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3º de la LCT los hechos deberán sancionarse separadamente, posición de la que discrepamos, como veremos al analizar la penalidad.

Continuando con la clasificación del delito, la asociación ilícita es un *delito permanente* porque supone el mantenimiento de una situación antijurídica (asociarse ilícitamente) durante un tiempo indeterminado durante el cual el delito se sigue consumando. Es un *delito de acción* y un *delito de medios determinados* porque la acción solo puede ejecutarse mediante la integración o pertenencia a una asociación ilícita, o ejercer en ella cargos directivos se

¹⁴⁴ Primer informe de la CCLJ, en *Historia de la Ley 19.027...*, 1997, p. 18

¹⁴⁵ Infra en este mismo capítulo, III. Legislación española, *I.g. Reflexión jurídica y político criminal acerca de la incriminación penal autónoma de la asociación ilícita terrorista.*

encuentran limitadas a la pertenencia, integración, promoción o dirección de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Es además un *delito de un acto*, porque el tipo describe una sola acción.

a.2. *Según la relación de la parte subjetiva con la objetiva*: Se trata de un tipo penal incongruente por exceso subjetivo en el tipo, dada la presencia de elementos subjetivos específicos. Es un delito de tendencia interna intensificada.

b.- *Según los sujetos*: Es un *delito común* ya que cualquiera puede realizar la conducta típica de asociarse ilícitamente. Es asimismo un *delito plurisubjetivo*, puesto que se requiere la intervención de más de un autor, correspondiéndose con *los delitos de conducta unilateral o de convergencia*, en que las conductas de los sujetos se dirigen al mismo objetivo típico¹⁴⁶.

c.- *Según la relación con el bien jurídico*: Hemos señalado que la asociación ilícita terrorista es un delito que se consuma con la mera conducta de afiliarse a una organización, independientemente de la efectiva comisión de delitos de terrorismo. Aquí nace el problema acerca de su calificación en cuanto delito de peligro o de resultado. La doctrina comparada ha polemizado a este respecto existiendo dos grandes vertientes:

Para unos se trata de un delito de peligro y para otros de un delito de lesión o resultado. A su vez, dentro de los primeros, para algunos se trata de un delito de peligro concreto en relación a los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados por los delitos concretos que cometen los sujetos integrados en la asociación¹⁴⁷. Para otros se trata de un delito de peligro concreto en relación con el bien jurídico colectivo¹⁴⁸, y finalmente quienes consideran que se trata de un delito de peligro para un complejo heterogéneo de bienes jurídicos, que será peligro “actual” para el bien jurídico colectivo, y peligro “potencial” para el resto de los bienes jurídicos singulares¹⁴⁹. Por último otros consideran que se trata de un delito mixto, de “lesión” efectiva al orden público, y de “peligro respecto a los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados”¹⁵⁰.

La posición de la jurisprudencia chilena se inclina por estimar que se trata de un delito de peligro¹⁵¹, pues se trata de sancionar a quienes se proponen delinquir previniendo con ello los efectos perjudiciales del delito.

Nuestra posición es la siguiente: Partimos de la base que el peligro es un concepto que se encuentra indisolublemente unido a la descripción típica, de manera tal que si el tipo penal no prevé concretamente este riesgo, resulta difícil sostener que la asociación ilícita reviste un peligro respecto de los bienes jurídicos individuales que resultarán inmediatamente afectados por la comisión de delitos de terrorismo que constituyen el propósito de la organización. Especialmente si consideramos que el delito de asociación ilícita terrorista *se consuma* con la mera actividad de afiliarse a una organización, con independencia de la efectiva comisión de los delitos concretos programados por la estructura¹⁵².

¹⁴⁶ En este sentido la doctrina española, LUZÓN PEÑA. 1996, p. 304.

¹⁴⁷ FRANCHINA, *Associazioni per delinquere e reato continuato*, *Giurisprudenzia siciliana*, 1964, p. 492, cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

¹⁴⁸ Así la doctrina mayoritaria en Italia, NAPODANO, *Il diritto penale romano nelle sue attinenze col diritto penale moderno*, Napoli, 1878, p. 106. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.176.

¹⁴⁹ MONTELEONE, *Natura e limiti dell' associazione a delinquere*, en *GP*, 1955, II, p. 433-434. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

¹⁵⁰ COSTA, *Associazione per delinquere*, *Nuovo Digesto*, I, 1937, p. 1033. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

¹⁵¹ Sentencia de 1ª instancia de 10-1-1991, Segundo Juzgado Militar, Causa Rol 1742-87, contra Max Díaz y otros (*Caso Carreño*), considerando 7º. SCA de San Miguel de 24-7-1992, N° 920-92, contra Juan Órdenes y otros (*Caso atentado a Pinochet y Toma del poblado Los Queñes*).

¹⁵² En este sentido, la doctrina española, GARCÍA PABLOS, 1977, p. 177.

Siguiendo estos razonamientos, no puede sostenerse que la asociación ilícita constituya un delito de peligro concreto contra los bienes jurídicos individuales protegidos por los tipos penales de terrorismo y que constituyen el objetivo de la organización. No puede sostenerse tampoco que la solución radique en distinguir entre un peligro actual para el bien jurídico colectivo y potencial para los bienes jurídicos individuales, porque, si en ambos casos estamos hablando de “peligro” la distinción no tiene sentido, nivelándose los delitos de peligro concreto y abstracto. Además, si de acuerdo a los criterios garantistas, el peligro debe ser siempre un peligro “concreto” no puede admitirse una graduación en el mismo.

Tampoco cabe sostener que se trata de un delito mixto, puesto que la “lesión” al bien jurídico colectivo es una abstracción ya que, es utilizada como instrumento para presuponer el peligro para los concretos bienes jurídicos individuales¹⁵³. La asociación ilícita no puede ser un delito de lesión porque no se produce un menoscabo o daño al bien jurídico colectivo que los tipos penales de terrorismo protegen. El orden constitucional democrático (*lege ferenda*), el orden y seguridad públicas (*lege data*). No resultan efectivamente destruidos o dañados por el mero hecho de asociarse para delinquir.

En nuestra opinión, y tomando como base el bien jurídico colectivo, nos encontramos ante un *delito de peligro abstracto*¹⁵⁴, ya que la descripción típica prescinde de la exigencia de un “resultado estructural”¹⁵⁵, y asimismo de un “resultado de peligro” (concreto), pues ello atentaría contra el *principio de legalidad* haciendo sinónimos los delitos de peligro concreto y abstracto¹⁵⁶.

3.d. Penalidad.

De acuerdo a lo preceptuado en el art. 3º de la ley 18.314, el delito de asociación ilícita para la comisión de actos terroristas, será penado conforme a los artículos 293 y 294 del CP, debiendo aumentarse las penas allí previstas, en dos grados, en los casos del art. 293 y en un grado en los del art. 294. Es aplicable asimismo lo dispuesto en el art. 294 bis del CP. En general, no existe infracción al principio de proporcionalidad ya que el criterio utilizado por el legislador opta por la correcta fórmula de aumentar la pena en función de la participación de los sujetos al interior de la asociación ilícita, criterio que ha sido seguido también en la legislación comparada. La pena es mayor tratándose de los jefes o directores de la organización. El art. 293 del CP en relación con el art. 2 n°5 de la LCT señala que cuando la asociación hubiese tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando y los provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, debiendo aumentarse dicha pena en dos grados cuando la asociación ilícita fuere terrorista. El art. 294 señala que la sanción para los meros integrantes es la de presidio menor en su grado medio, la que aumentada en un grado puede alcanzar un mínimo de presidio menor en su grado máximo.

La mayor sanción para quienes ejecutan funciones de dirección al interior de la asociación ilícita encuentra su razón de ser en el carácter ejemplificador y retributivo de los lineamientos político criminales en materia de terrorismo. Sin embargo cabe precisar que, al aplicarse lo dispuesto en el art. 294 del CP la sanción para los “integrantes” de la asociación ilícita no precisa la calidad de miembro activo. La sanción es aplicable también a “los que a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios en instrumentos para cometer los

¹⁵³ Mas ampliamente GARCÍA PABLOS, 1977, p. 179.

¹⁵⁴ En esta opinión, SCA de San Miguel de 24-7-1992, N° 920-92, contra Juan Órdenes y otros (Caso atentado a Pinochet). En la jurisprudencia española STS 29-1-1976 (delito de “tendencia o mero riesgo), STS 14-6-1974 (delito de “peligro” y no de “resultado”),

¹⁵⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp.180-181.

¹⁵⁶ CEREZO MIR, *Curso de DP español. PG.*, 5ª ed. Tecnos, 1997, p. 109.

crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión”. Aunque en estos últimos casos la sanción es menor (presidio menor en su grado mínimo, aumentada en un grado), no por ello dejarían de alterarse las reglas generales sobre participación criminal ya que dichas conductas técnicamente se corresponden o con la complicidad en el delito o con el encubrimiento en el mismo.

En todo caso, y ateniéndonos al espíritu del legislador, estimamos que deben excluirse de la aplicación del art. 3 de la LCT a los que ejecutan conductas propias de complicidad o encubrimiento, las que deberán sancionarse conforme a las reglas generales de la participación criminal, tomando en todo caso, como base la pena (ya agravada) del delito de terrorismo cometido. Según los informes de la Comisión de Constitución, legislación y Justicia, para la fijación de la pena en el delito de asociación ilícita habrá de considerarse la finalidad perseguida (perpetración de delitos), y “la calidad de participación de sus componentes, distinguiendo entre jefes, cabecillas o personas que hubieren ejercido mando en ellas, y los simples afiliados”¹⁵⁷.

Por disposición expresa del art. 3° de la LCT es aplicable lo dispuesto por el art. 294 bis del CP en cuya virtud las penas que correspondan por el delito de asociación ilícita se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los delitos de terrorismo cometidos con motivo u ocasión de la asociación ilícita. Siguiendo este imperativo la jurisprudencia sanciona separadamente las conductas de quien perteneciendo a una asociación ilícita comete cualquiera de los delitos descritos en los numerales 1 a 4 del art. 2. La solución que aplica es la de condenar tanto por el delito de asociación ilícita como por el delito de terrorismo concreto cometido¹⁵⁸, o en su defecto, condenar por el delito de asociación ilícita terrorista y cualificar los hechos delictivos cometidos en el marco de la estrategia de la asociación ilegal, como delitos comunes, instruyendo procesos separados¹⁵⁹.

A su vez, el legislador para solucionar un problema concursal que se produce entre el delito de secuestro del art. 5 b) de la LSE y el delito de secuestro terrorista, incorporó un inciso 2° al numeral 5 del art. 2 de la LCT. En virtud de este inciso “Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los arts. 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán siempre considerados como delitos terroristas”.

Es decir, aquí ya no es el delito de terrorismo cometido o que se pretende cometer el que extiende la cualificación de terrorismo a la asociación ilícita, sino que se invierte la relación y ahora es la asociación ilícita “terrorista” la que extiende este carácter al delito concreto cometido. Con ello se contradice el propio texto legal del inciso primero de este numeral cinco, que exige, para la cualificación terrorista de la asociación ilegal, que ella tenga por objeto la comisión de “delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al art. 1°” (art. 2° n°5). En lo demás nos remitimos al examen realizado del delito de secuestro terrorista.

En nuestra opinión, y como *lege ferenda*, los hechos deberán sancionarse conforme al art. 75 del CP. Ello porque, como se ha puesto de manifiesto en el examen del delito de secuestro, en la mayor parte de los casos puede darse por acreditado que, en los hechos, la asociación ilícita constituye un *medio* para perpetrar los delitos de terrorismo que efectivamente

¹⁵⁷ Segundo Informe de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p.58. Lo destacado es nuestro.

¹⁵⁸ Así SCA de Santiago de 13-11- 1992, Rol N° 14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), en GJ N° 149, 1992.

¹⁵⁹ Tal es el caso de la Sentencia de 1ª instancia de 28-1-1993, núm. 3.557-92, dictada por el Min. Sumariante Sr. J. Araya, contra Pablo Muñoz Hoffman, y que fuera confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. En ella se condenó al encausado por el delito de asociación ilícita terrorista, en circunstancias que estaba siendo procesado por otro Tribunal por robo con violencia perpetrado a un vehículo perteneciente a la empresa *Prosegur*, dedicada al transporte de valores, que tenía por objeto efectuar una entrega de dinero en una entidad bancaria, hechos cometidos en el marco de la estrategia de financiamiento estructural de la asociación ilegal a la que pertenecía.

se cometen. Esta afirmación encuentra su base en la necesidad del respeto al principio del *non bis in ídem*. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 del CP frente a dos delitos no puede haber doble sanción si uno de éstos es el medio necesario para cometer el otro. Si la asociación ilícita es el medio indispensable para cometer un delito de secuestro, de homicidio, o cualesquiera de los otros enumerados, deberá resolverse la situación conforme a las normas del concurso ideal (art. 75 del CP) pues la comisión del delito de terrorismo concreto es imposible si con anterioridad no hay concierto entre sus eventuales ejecutores.

Además, condenar a un sujeto por el delito de asociación ilícita, sobre la base de la perpetración de otro delito de terrorismo implica desvirtuar el carácter de delito de peligro de la asociación ilícita, en contra de lo dispuesto por el art. 8° del CP que establece como norma general la no punición de actos preparatorios (preparación y conspiración para delinquir). Lo correcto es estimar que la asociación ilícita es un medio para la comisión de verdaderos delitos de terrorismo, y en ese sentido, se hace necesario contemplarla como elemento de lo injusto penal.

3.e. Problemas de concurso con otros delitos.

El tipo penal de asociación ilícita en el ordenamiento jurídico chileno se refiere a una pluralidad de figuras delictivas, tanto de la legislación común (Código Penal), como de otras leyes especiales (Ley de Seguridad del Estado y ley de Control de Armas). Por ello es que ante una pluralidad de personas que con voluntad asociativa y pluralidad de propósitos delictivos, podemos encontrarnos ante un concurso aparente de leyes penales, que debe resolverse en virtud del *principio de especialidad*. Lo primero que cabe destacar es que cuando hablamos de asociación ilícita terrorista, no se trata, de la asociación ilícita a que genéricamente se refiere el art. 292 del Código Penal, por cuanto, por la generalidad de los fines perseguidos por quienes de acuerdo al tipo la constituyen, la referida figura delictual ha de desplazarse y ser preferida por aquella que sí reúna los elementos del tipo de asociación formado¹⁶⁰.

No obstante, si bien es cierto, la solución parece fácil cuando se trata de la distinción entre asociación ilícita común y asociación ilícita terrorista, se requieren ciertas precisiones cuando el concurso se produce con los tipos penales descritos en otras leyes especiales, a saber, la Ley de Seguridad del Estado y la Ley de Control de Armas.

a) Ley de conductas terroristas (18.314) y Ley sobre Seguridad del Estado (12.927).

El art. 4 d) de la ley de seguridad del Estado sanciona como delito contra la seguridad interior del Estado a “los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes, y a los que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla, o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los poderes del Estado, o atentar en contra de las autoridades a que se refiere la letra b) del art. 6°” (esto es, el Presidente de la República, ministros de Estado, senadores o diputados, miembros de los tribunales superiores de justicia, contralor general de la república, comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas o Director General de Carabineros).

Se trata también de una asociación ilícita, que en virtud de su ataque al bien jurídico protegido seguridad interior del Estado, se encuentra tipificada en una ley especial. La solución al concurso se encuentra en el *principio de especialidad*, debiendo estimarse que el art. 4 d) de la LSE deberá prevalecer por sobre el art. 2 n5 de la LCT cuando los propósitos perseguidos por la asociación u organización fueren sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, alzarse contra los poderes del Estado o atentar en contra de ciertas autoridades especificadas en el art. 6° letra b). En suma, un objetivo político claramente reconocido. En cambio, prevalecerá la LCT cuando se satisfagan los requisitos exigidos para la configuración

¹⁶⁰ SCM de 31-8-1993, Causa Rol 782 – 86, contra: Hugo Gómez Peña y otros (caso Panadería Lautaro).

de la asociación ilícita terrorista, los que deben encuadrarse dentro del art. 1º de la ley 18.314 y tener por objeto la comisión de delitos terroristas. En suma, un propósito que el legislador cualifica como terrorista, carente de toda connotación política.

No obstante, cabe hacer una precisión en relación en relación al atentado en contra del Jefe de Estado y otras autoridades. Existiría un concurso aparente de leyes penales pues, el art. 2º nº5 de la ley 18.314 exige para la cualificación terrorista, de un lado, reunir alguna de las circunstancias señaladas en el art. 1º; y de otro lado, tener por objeto la comisión de delitos que deban ser calificados como terroristas conforme a dicha ley. Entre estos delitos tenemos "el atentar contra el Jefe de Estado u otras autoridades políticas, militares, judiciales, y religiosas, etc. en razón de sus cargos" (art. 2º nº3). Por su parte, el art. 4 d) de la ley 12.927 señala dentro de uno de los objetivos que deba perseguir la asociación ilícita que ella sanciona, el atentar contra el Presidente de la República y otras autoridades (que también son políticas, judiciales, militares, etc.).

El concurso tiene una naturaleza aparente ya que el atentado al jefe de Estado tiene connotación distinta en cada una de las leyes mencionadas. En la ley 18.314 se trata de un atentado de carácter terrorista por reunir cualquiera de los requisitos del art. 1º del mismo cuerpo legal; y en la ley de seguridad del Estado se trata de un verdadero delito político. De esta forma, no procede aplicar la normativa del art. 2º nº5 de la ley 18.314 a una asociación ilícita que perpetrare dichos atentados con un propósito distinto de los señalados por el art. 1º, pues ellos tienen una connotación política y no terrorista. Debe entonces sancionarse dicha entidad delictual conforme a la ley 12.927.

b) *Ley de conductas terroristas y Ley de control de armas y explosivos (Nº 17.798).*

b.1) El art. 8º de la Ley de Control de Armas y Explosivos señala en su inciso primero: "Los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitaren o indujeren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate, o partidas militarmente organizadas, armadas con alguno de los elementos indicados en el art. 3º, serán sancionados con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados"¹⁶¹.

El tipo penal descrito por el art. 8 de la LCA no exige la presencia de la "finalidad terrorista", de donde resulta que la solución al concurso aparente de normas que pudiere presentarse, al igual que en el caso anterior, se encuentra en el *principio de especialidad*, es decir, cuando se reunieren los requisitos exigidos por el tipo subjetivo del art. 2 nº5 de la LCT, esto es, la finalidad terrorista, corresponde aplicar la LCT. Pero si bien esto resulta válido cuando la asociación ilícita se hubiere constituido para arrancar decisiones a la autoridad o imponerle exigencias, caso del art. 2 nº5 en relación con el art. 1º nº2 de la LCT, no parece servir como elemento de distinción cuando la finalidad perseguida por la asociación ilícita fuere la de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la *evidencia* de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Cabe destacar que de acuerdo al inciso 2º del mismo numeral 1 del art. 1º, se *presume* la finalidad de producir dicho temor, en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos, u otros que pudieren ocasionar

¹⁶¹ Los elementos a que se refiere el art. 3º son, en general, armas de gran poder destructivo, p.ej.: armas largas, armas cortas automáticas, ametralladoras, subametralladoras, metralletas o cualquiera otra arma de mayor poder destructivo o efectividad. Asimismo, se consideran armas de este tipo, a los artefactos fabricados sobre la base de elementos o medios capaces de causar grandes estragos, tales como gases asfixiantes, venenosos y otros.

grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.

Ha sido una práctica mas o menos generalizada en los tribunales procesar y condenar a los integrantes de asociaciones ilícitas, de un lado, en virtud del art. 2 n°5 de la LCT (asociación ilícita terrorista), y de otro lado, en virtud del art. 8° de la LCA (formación de grupos de combate, milicias privadas o partidas militarmente organizadas). Tal fue el caso de una gran cantidad de procesados ligados al grupo Mapu Lautaro, quienes fueron condenados ante la justicia Civil por infracción a la ley 18.314, y por la Justicia Militar por infracción a la Ley de Control de Armas¹⁶². Estos dobles procesamientos en el caso de quienes estaban ligados al grupo FPMR se produjeron en algunos casos aplicando, por un lado la normativa de la Ley de Seguridad del Estado y por otro la de la Ley de Control de Armas¹⁶³.

Remitiéndonos a lo que es objeto de esta investigación, cabe señalar que esta situación se ha producido toda vez que las asociaciones ilícitas que jurídicamente encuadran dentro del tipo penal del art. 8° de la LCA, pueden asimismo ser encuadradas dentro del tipo penal del art. 2 n°5 de la LCT ya que la finalidad terrorista puede quedar evidenciada o presumirse en virtud del empleo de “armas de gran poder destructivo, medios explosivos, inflamables” y en general, medios dañosos. Este doble procesamiento, que en muchos casos se ha transformado en una doble condena lleva implícita una infracción evidente al principio del non bis non ídem ya que se sanciona doblemente por el hecho de la pertenencia a la organización. En nuestra opinión, el *principio de especialidad* exigirá la aplicación de la ley 18.314 cuando la acción de asociarse ilícitamente estuviere orientada hacia la lesión del bien jurídico, por la presencia de cualesquiera de las finalidades señaladas en el art. 1° de la ley 18.314 (elementos subjetivos específicos), elementos subjetivos del tipo que no exige la ley de Control de Armas.

La jurisprudencia, conociendo de los hechos constitutivos del Atentado al General Pinochet (1986) y el Asalto al Poblado Los Queñes (1988), ha señalado a este respecto que no procede aplicar dos penas separadas por la responsabilidad de delitos tipificados en el art. 8° de la ley 17.798 ya que la asociación ilícita que describe dicho precepto se corresponde con un delito de peligro abstracto, “sin perjuicio de que el daño efectivamente causado, influya en la penalidad o determine su calificación como una figura delictiva distinta, sin consideración a los hechos que resulten cometidos como consecuencia de dicha asociación”¹⁶⁴. Lo que el legislador castiga son “grupos que constituyen un cuerpo organizado, con sus jefes y reglas propias, formadas para propender a un fin ilícito de un modo más o menos estable”, siendo su característica principal “la continuidad relativa”, que a su vez la diferencia del simple concierto para la comisión de uno o varios delitos específicos¹⁶⁵.

¹⁶² Sentencia de 1ª instancia de 28-1-1994, causa Rol 53.809-94, 17 Juzgado del Crimen de Santiago, dictada por el Ministro en visita Sr. A. Dreyse, Tomo 21, fjs. 8.411 y ss. Dicha causa fue traspasada mas tarde a la Justicia Militar, bajo el Rol 94-97 (IV FM. de Stgo.). Véase por todos el caso de L. Reyes Reyes quien fuera condenado en dicho proceso, a la pena de tres años y un día de presidio, en calidad de cómplice del delito de asociación ilícita terrorista, en virtud de su relación con el MJL. Asimismo, en el proceso Rol 43-91 de la Fiscalía Militar de Osorno, fue condenado, en razón de los mismos hechos, por el delito del art. 8° de la Ley de Control de Armas, a la pena de cinco años. Otro caso lo constituyó el de Pablo Muñoz Hoffman quien fuera procesado y condenado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en calidad de autor del delito de asociación ilícita terrorista, en razón de su pertenencia al FPMR, causa Rol 3357-93, Min. en Visita, J. Araya. Fue también procesado, en razón de la pertenencia a dicha organización, en causa Rol 276-96 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por el art. 8° de la Ley de Control de Armas, aunque posteriormente absuelto de dicho delito.

¹⁶³ Así, el caso de P. Ortíz Montenegro quien fuera procesado por la Justicia Civil (Corte de Apelaciones de Stgo.), en virtud de requerimiento del Ministerio del Interior en contra del FPMR, por el delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado, causa Rol 12-91. Y fue asimismo procesado por la Justicia Militar (causa Rol 345-94, II F.M. de Stgo.), como autor del delito contemplado en el art. 8° de la LCA. La Justicia Civil le absolvió del delito de asociación ilícita atentatoria contra la Seguridad del Estado, mientras que la Justicia Militar le condenó por el delito contemplado en el art. 8° de la LCA, a la pena de cinco años y un día.

¹⁶⁴ SCA. de San Miguel de 24-7-1992, causa Rol : 1 – 91, contra Juan Ordenes Narváez y otros (*caso Atentado al general Pinochet y Toma del poblado Los Queñes*), considerandos 15° y 21°.

¹⁶⁵ SCA. de San Miguel de 24-7-1992, causa Rol : 1 – 91, (*caso Atentado...*), considerando 22°.

Por esta razón, el ingreso de un sujeto a una asociación ilícita como las descritas “en manera alguna puede dar motivo a una doble sanción, ya que ello, aparte de constituir una infracción al principio del ‘*non bis in ídem*’, implicaría, asimismo, el desconocimiento de una de las principales características del tipo delictivo, cual es, la de cierta permanencia como integrante de dicha asociación ilícita...”. Esta permanencia se encontraría reflejada en la comisión de variados delitos a través del tiempo, por lo que no procedería estimar la existencia de dos delitos del art. 8° de la LCA pues “no parece razonable suponer que para cumplir cada una de las acciones..., haya de estimarse que el procesado ingresó nuevamente a dicha organización”. Se trataría, por tanto, de una sola infracción al art. 8° de la LCA que, en los hechos de que trata la sentencia “se consumó con ocasión del atentado presidencial...”¹⁶⁶.

A pesar de la exigencia específica de una “finalidad terrorista”, tal como hemos dejado entrever, el problema surge cuando el elemento subjetivo que se presenta es el señalado en el numeral 1 del art. 1°, ya que en él puede presumirse la finalidad terrorista por el hecho de utilizar una estrategia y métodos propios de una estructura militar, que en teoría encuadran dentro del art. 8° de la LCA.

Desde el punto de vista sustantivo, la situación ante la cual nos encontramos es la de un concurso aparente de leyes penales puesto que, tanto el delito contemplado en la ley 18.314 como el de la ley 17.798 presentan características comunes: un grupo de personas organizadas, estructurado jerárquicamente, que cuenta con medios e infraestructura logística y financiera, con redes de colaboradores y ayudistas, armamentos, en suma, *una asociación ilícita que requiere del elemento militar o armado para cumplir con sus objetivos*. Por esto es que, entendemos que la pertenencia a un grupo de combate armado, una estructura militarmente organizada, conducta descrita en el art. 8° de la ley de Control de Armas, no es sino el *medio* para mantener a la asociación ilícita.

Gráficamente puede decirse que milicias como las Fuerzas Rebeldes y Populares Lautaro, no son sino la forma de llevar a cabo la estrategia político militar de la organización Mapu Lautaro. De allí que procesar y condenar a sus integrantes, ayudistas y colaboradores de un lado, por pertenecer a la estructura militar (art. 8° de la LCA), y de otro lado, por pertenecer a la organización ilícita misma (art. 2 n°5 LCT), implique una infracción al principio del *non bis in ídem*. Tal infracción se daría toda vez que, no se puede juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho: no se puede pertenecer a la estructura militar de la asociación ilícita sin pertenecer al mismo tiempo a la organización que la contiene. Así lo ha manifestado la jurisprudencia: “...que el procesamiento que se ha hecho en la Justicia Militar se refiere a la misma conducta penal que se persigue por el Ministro en Visita... ya que si se le procesa por pertenecer a un grupo de combate armado como miembro de una organización terrorista, eso queda comprendido por la conducta que se le imputa de pertenecer a una asociación ilícita terrorista y sabido es que no pueden existir dos pronunciamientos y dos condenas por un mismo hecho punible: *non bis in ídem*”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ SCA. de San Miguel de 24-7-1992, causa Rol : 1 – 91, (*caso Atentado...*), considerando 24°.

¹⁶⁷ SCM de 31-8-1993, que acoge *recurso de amparo* n° 654-93 en favor de R. Retamales Leiva, de acuerdo con el art. 308 del CPP, y deja sin efecto el auto de procesamiento dictado por la Segunda Fiscalía Militar en causa 406 - 93, dictado en contra del procesado, como autor de pertenecer a un grupo de combate armado (considerando 2°). Califica la conducta como constitutiva del delito de asociación ilícita terrorista del art. 2 n° 5 y art. 1° de la ley 18.314, ordenando la acumulación a la causa por infracción a la ley 18.314. En el mismo sentido *SCM de 31-12-1996*, causa Rol 270-96 que acoge el *sobreseimiento definitivo* del delito del art. 8° de la ley 17.798 a favor de P. Muñoz Hoffman: “...ya se definió tal conducta por sentencia ejecutoriada con fuerza de cosa juzgada, cual fue la recaída en la causa Rol 3557-93 en que se concluyó que la conducta de P. Muñoz Hoffman, como integrante de una asociación ilícita se encuadra con el artículo 2° de la ley 18.314, por lo que no cabe que dicha conducta sea que se diga que es asociación, u organización como se precisa en el artículo 8° de la Ley sobre Control de Armas, deba ser nuevamente castigada, esta vez como grupo de combate armado, por cuanto al obrar de este modo se transgrede el *principio de “non bis in ídem”* universalmente reconocido e inspirador de todo nuestro derecho punitivo” (considerando 3°).

Algo similar había ya señalado con anterioridad cuando, conociendo de hechos perpetrados bajo la vigencia de la antigua ley 18.314, exigió para la configuración del tipo penal de asociación ilícita terrorista la presencia de dos elementos copulativos: “ *la existencia de una organización o asociación como un todo... y la pertenencia de una persona o personas determinadas a tal organización o asociación* ”¹⁶⁸.

Desde el punto de vista del Tipo Objetivo, nos encontramos con una sola conducta, la realización de un solo hecho: la participación en una organización estructurada de manera jerárquica, dotada de una infraestructura económica y logística, que cuenta con armamento prohibido y cuyos objetivos son el sustituir el régimen de gobierno imperante mediante la realización de acciones- generalmente constitutivas de delitos- que persiguen fortalecer el Movimiento para llegar a las masas y tomar el Poder. Existiendo una sola acción, y de acuerdo a las reglas del concurso ideal de delitos, no puede haber más que una sola pena, aún cuando ella recaiga bajo más de una sanción penal, de donde resulta que sólo podrá estimarse que existen dos delitos autónomos, el uno terrorista, el otro de la ley de Control de Armas, cuando a cada una de dichas calificaciones le correspondiera una sola acción. Las reglas del concurso ideal tratan “por esa vía de corregir ciertas maneras abusivas de represión, consistentes en la multiplicación inconsiderada de los delitos en el supuesto que a cada calificación deba corresponder una pena. Por esa vía un solo grito a agentes de la policía en la vía pública se puede transformar en atentado, desacato, instigación pública, calumnia, injuria, desorden, etc..., todo ello sumado”¹⁶⁹.

Mirado desde el punto de vista del Tipo Subjetivo, la aplicación de dos o más tipos penales requerirá la existencia de dos tipos subjetivos distintos, esto es, una diversidad de objetivos o propósitos que persiga el agente y que otorguen un sentido subjetivo especial a la acción orientándola hacia la lesión de bienes jurídicos distintos. El sujeto que pertenece a una asociación ilícita terrorista manifiesta una sola motivación subjetiva: formar parte de un grupo de combate armado, que procura dar continuidad y permanencia a una asociación ilícita cuyo fin último es atentar contra el orden político establecido. Al existir una sola motivación o finalidad, debe existir una sola calificación jurídica.

A este respecto cabe destacar que nos referimos al fin de atentar contra el orden político como constitutivo de un delito de terrorismo, en carácter de *lege ferenda*, ya que en el ordenamiento jurídico vigente, las asociaciones que persiguen una finalidad política se califican jurídicamente conforme a la Ley de Seguridad del Estado. La jurisprudencia, conociendo del atentado perpetrado contra funcionarios policiales, realizado bajo la vigencia de la anterior ley, se ha encargado de enfatizar que “en el delito que contempla el art. 4º letra d) de la ley de seguridad del Estado, como quiera que al describir las diversas conductas a que él se extiende, el precepto vincula esas conductas a grupos de combate u otras organizaciones semejantes, pero señalando sus fines, cuales son, entre otros, el de atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del art. 6º... el art. 4º letra d) de la LSE prevé igualmente como objeto de los grupos a que se refiere, el de ‘sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño’ pero “no señala o incluye de modo explícito el uso de determinados elementos o armas, como sí lo hace de modo expreso la ley 17.798, en este caso, en su art. 8º”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SCM de 31-8-1993, Causa Rol 782 – 86, contra: Hugo Gómez Peña y otros (*caso Panadería Lautaro*). Los requisitos mencionados no se encontraban, a juicio de la Corte, acreditados en los autos, de manera tal que no procedía aplicar el tipo penal contemplado en el art. 1º n°11 de la ley 18.314 que sancionaba a “los que se asociaren u organizaren y los que recibieren o impartieren instrucción o enseñanza con el objeto de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley”. No se encontraba comprobada plenamente “la conexidad o unidad de dichos elementos - el colectivo y el individual “ y por tanto, no se está cabalmente frente a la descripción legal de que se trata (Considerando 7º).

¹⁶⁹ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tipografía Editora argentina, 1963, p. 348.

¹⁷⁰ SCM de 31-8-1993, Causa Rol 782 – 86, contra: Hugo Gómez Peña y otros (*caso Panadería Lautaro*). Considerando 7º.

Si bien en la sentencia recién citada se consideró, además del elemento subjetivo relativo a la finalidad, un elemento perteneciente al tipo objetivo relativo a la utilización de determinados medios dañosos, y así calificó los hechos conforme al art. 8° de la Ley de Control de Armas, debe insistirse en que frente a la presencia de una sola finalidad que guía la acción o la conducta, la pena aplicable debe ser única. El problema se produce en el caso en que el delito que está en consideración no ostenta un resultado materialmente separable de la conducta, resultando entonces dudoso que se produzca una unidad real del hecho, requisito para la aplicación de las reglas del concurso ideal.

Nos encontramos ante figuras fundamentadas en la lesión de bienes jurídicos abstractos, que no se traducen en el mundo exterior en un resultado de lesión a dichos bienes, que sean materialmente separables de la conducta. A estos efectos habrá que considerar que la separabilidad de las lesiones jurídicas en los delitos de mera actividad o formales desempeña la misma función que en otros casos cumple la pluralidad de determinaciones, relacionada con la pluralidad de causalidades. Dos lesiones jurídicas “constituyen un solo delito, cuando la protección que el derecho acuerda a un bien jurídico se encuentra en determinada relación con otro bien jurídico, según la cual cuando ocurra que los dos sean simultáneamente violados, el uno asuma una función tan preponderante que haga desaparecer prácticamente la consideración del otro bien jurídico, porque éste no guarde, con respecto a aquel, una perfecta autonomía”¹⁷¹.

De allí que, ante una pluralidad de resultados de lesión o peligro para los bienes jurídicos colectivos, deberá estimarse que existen tantos hechos como lesiones jurídicas, “salvo que el examen de los bienes jurídicos respectivamente lesionados muestre que en esa particular relación no subsisten las razones para mantener la protección autónoma de los dos”¹⁷².

Luego, la relación existente entre la formación de un grupo de combate armado y una asociación ilícita terrorista es la de “medio a fin” ya que no podría existir una asociación ilícita terrorista si en su interior no alberga una partida militarmente organizada o un grupo de combate armado. Dicho de otra manera, para que pueda existir una asociación ilícita terrorista del art. 2 n°5 y art. 1° de la ley 18.314, necesariamente dicha conducta debe infringir, a la vez, el art. 8° de la Ley de Control de Armas.

Reafirma la absorción del art. 8 de la LCA por el delito de asociación ilícita terrorista, la entidad del bien jurídico protegido en la ley 18.4314, cuya protección a través de los delitos de terrorismo alcanza también la protección del bien jurídico protegido en la ley de Control de Armas. De *lege data* hemos indicado que los delitos de terrorismo pretenden proteger el orden y seguridad públicos, mientras que los delitos de la LCA parecen proteger un objeto de tutela penal más restringido: la seguridad pública, de donde resulta que la protección al bien jurídico en la ley 18.314 comprende o alcanza a salvaguardar el bien jurídico que se pretende proteger con el art. 8° de la LCA.

Finalmente, la aplicación del art. 8° como delito autónomo, *en el caso de sujetos relacionados con una asociación ilícita tipificada en otras leyes especiales (Ley de Seguridad del Estado y Ley sobre conductas terroristas)*, quedaría reservada a dos tipos de situaciones:

Primero, la conducta de quienes forman un grupo de combate sin que su acción se encuentre orientada por las finalidades o propósitos exigidos en el art. 4 d) de la LSE (finalidad política). Cabe citar a este respecto la jurisprudencia de la Corte Marcial que conociendo de hechos perpetrados por personas ligadas al FPMR bajo la vigencia de la anterior ley, señaló que: “... en conformidad al texto del inciso 1 del art. 8° de la ley 17.798 vigente al tiempo de los sucesos, serán sancionados con la indicada pena ‘los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, ayudaren, instruyeren, incitaran o indujeran a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos

¹⁷¹ SOLER, S. 1963, p. 348.

¹⁷² SOLER, S. 1963, p.348.

de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el art.3º. No cabe duda que éste es el tipo penal concurrente en la especie, en lo que se refiere al 'grupo' que planeó y ejecutó el robo a la Panadería Lautaro, que no exige, como se aprecia de la descripción legal, la vinculación del órgano - persona, que sí se advierte en el modelo penal del art. 1º n°11 de la ley 18.314. Para el texto del art. 8º de la ley 17.798, en concreto, fue suficiente la organización que se dieron de hecho los reos antes referidos con el objeto de cometer los robos también mencionados, para lo cual se proveyeron de las armas a que alude el art. 3º de la ley 17.798, lo que importa una especificación que se acomoda perfectamente, y en plenitud a la descripción ilícita que contempla el referido texto, habiéndose probado en exceso la existencia y funcionamiento de ese grupo armado de combate...la existencia del cual es independiente de los otros llevados a cabo por dicho grupo o por alguno o algunos de sus miembros, por los que también independiente y separadamente ha de sancionarse en su caso a los responsables”¹⁷³.

Segundo, la conducta de quienes forman un grupo de combate armado sin que dicha acción de asociarse se encuentre guiada por las finalidades que describe el art. 1º de la ley 18.314 (finalidad terrorista), esto es, cuando en el Tipo Subjetivo no se presenten los elementos de tendencia interna intensificada a que se refiere la ley 18.314. Este caso puede darse cuando al conformar un grupo de combate armado se estuviere actuando “al servicio” de la organización terrorista. Precizando un poco más: si el grupo de combate armado se integra por personas pertenecientes a la asociación ilícita y por personas que actúan al servicio, la conducta debe ser calificada conforme a la LCT. Pero si el grupo se integra solo por quienes actúan al servicio de la organización, sin compartir sus postulados o propósitos, entendemos que debe aplicarse el art. 8º de la LCA¹⁷⁴.

b.2) El establecimiento de una presunción en el numeral 1º del art. 1º de la ley 18.314, en virtud de la cual se da por acreditada la finalidad terrorista, por el hecho de emplear en la comisión del delito determinados medios dañosos, puede conducir también a un concurso de delitos con el art. 13 de la Ley de Control de Armas que sanciona la posesión o tenencia ilegal de armas de mayor peligrosidad.

La Corte de Apelaciones ha resuelto el concurso de delitos estimando que no basta con la tenencia ilegal de armas de fuego para dar por acreditada la existencia de una asociación ilícita terrorista. Para que la asociación ilícita pueda ser calificada como terrorista, en virtud de las modificaciones introducidas a la ley 18.314, “se hace necesario que ella tenga por finalidad la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas, esto es, debe perseguir la pluralidad de objetivos dolosos de esa entidad...”. Es indispensable además “la voluntad o intención de asociarse...” y “una permanencia mínima en el tiempo que permita a la agrupación la posibilidad real de lograr sus objetivos”. De allí que, no existiendo estos requisitos no puede la conducta calificarse conforme al numeral 5 del art. 2º de la ley 18.314, resultando la infracción al art. 13 de la Ley de Control de Armas “un comportamiento singular sobre el cual recaerá la sanción correspondiente, pero que resulta insuficiente por sí sola...para comprobar la existencia de una asociación delictiva”¹⁷⁵.

Por tanto, la tenencia ilegal de armas de mayor peligrosidad, no es suficiente por sí sola para acreditar la "evidencia" o la "presunción" de la finalidad terrorista de intimidar a la

¹⁷³ SCM de 31-8-1993, Causa Rol 782 – 86, (caso Panadería Lautaro). Considerando 8º.

¹⁷⁴ Esta situación, conocida en el lenguaje ordinario como la conducta de “mercenarios”, en Chile es infrecuente tratándose de organizaciones pertenecientes al ámbito del terrorismo insurgente, pero ha sido frecuente en el caso del terrorismo proveniente del aparato estatal. Baste recordar las violaciones a los derechos humanos que se produjeron bajo la dictadura militar del General Pinochet, que contaba con toda una infraestructura destinada a reprimir a la disidencia política, infraestructura en la que muchos personajes se transformaron en mercenarios al servicio del Poder. Así por ejemplo, médicos que ejercían su labor en los campos de concentración (Pisagua, Tejas Verdes, Chacabuco, Ritoque, etc.) y ex miembros de organizaciones políticas de izquierda que se transformaron en informantes de la DINA y la CNI (el caso de Luz Arce, “la flaca”, Miguel Estay R. “El Fanta”, etc.).

¹⁷⁵ SCA. de San Miguel de 26-6-1992, Ministro en visita Sr. Aquiles Rojas Q., causa Rol: 151 – 91, contra Enrique Quintanilla L. (Considerando 28º).

población a que se refiere el art. 1 n°1 de la ley 18.314, debiendo prevalecer el delito autónomo tipificado en el art. 13 de la Ley de Control de Armas cuando no se cumplieren los requisitos del tipo penal de asociación ilícita terrorista.

3.f. Digresión: la inexactitud en la cualificación como terrorista de ciertas organizaciones políticas armadas que existen en Chile.

Retomando las ideas vertidas en el examen del tipo objetivo y subjetivo del delito de asociación ilícita terrorista es preciso hacer referencia a un tema en el que la dogmática jurídica y los errores en la técnica legislativa, entroncan directamente con la política criminal. Ya desde los inicios de esta investigación hemos intentado demostrar el porqué no puede sostenerse que en Chile existan organizaciones terroristas. Ya en el capítulo Primero planteábamos nuestros reparos en orden a afirmar la existencia de verdaderas bases de legitimidad del sistema democrático, producto de esa “transición pactada” entre civiles y militares que ha llevado a innumerables problemas en torno al esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos. Luego, en el capítulo Segundo deslindamos la violencia política de la violencia política terrorista y analizamos el por qué de la permanencia de ciertas organizaciones políticas que continuaron con la idea de una revolución violenta para impulsar los cambios políticos y sociales. Corresponde ahora argumentar desde el punto de vista dogmático, el por qué no puede sostenerse que organizaciones tales como el FPMR y MJL entre otras, sean asociaciones ilícitas terroristas.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en S. de 13 de noviembre de 1992, resume uno de los criterios jurisprudenciales que se han vertido a este respecto. Los hechos se referían al secuestro del Sr. C. Edwards, hijo del Director del diario El Mercurio, realizado por integrantes del FPMR, con la finalidad de obtener un rescate. En la sentencia se condenó a los autores tanto por el delito de secuestro terrorista, a cuyo examen ya nos abocamos¹⁷⁶, como por el delito de asociación ilícita terrorista. Nos referiremos a este último.

De acuerdo a los antecedentes proporcionados en los autos, y según consta en la sentencia de primera instancia¹⁷⁷ “*puede darse por establecido que a partir del año 1983 se organizó en Chile una asociación de ideología marxista leninista, que persigue llegar al poder por medio de la fuerza y la lucha armada, la que, en definitiva para alcanzar sus fines perpetra todo tipo de delitos contra la propiedad pública y privada, así como en contra de las personas, tales como los delitos de secuestro, atentados explosivos, asaltos, asesinatos, etc., todos ejecutados conforme a planes previamente estudiados, utilizando para ello artificios explosivos e incendiarios, así como armas de gran poder destructivo*”. Es decir, por la “evidencia de que obedece a un plan premeditado...” y por el hecho de cometer los delitos utilizando medios especialmente dañosos, elemento que es la base de la presunción del inciso 2° del art. 1° n°1. De acuerdo a estos antecedentes la sentencia calificó la conducta descrita como constitutiva del delito de asociación ilícita terrorista, previsto en el art. 2° n°5 en relación con el art. 1° n°1 de la ley 18.314, y sancionado en el art. 3° inciso final de ese cuerpo legal, en relación a los arts. 293 y 294 del Código Penal.

La sentencia de segunda instancia de 13-11-1992, confirmó el fallo reseñado pero aplicando la normativa prevista en la anterior legislación, es decir, el antiguo art. 1° n°11 de la ley 18.314, ya que a su juicio los hechos determinaban la existencia de una asociación ilícita dada la presencia de una “*estructura orgánica, jerarquía, reglas propias y disciplina ulterior que produzcan el efecto de generar entre sus miembros vínculos de alguna manera estables o permanentes, con propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos - armamento y explosivos - y cuya estructura se proyecta más allá de la realización de algunos actos*”.

¹⁷⁶ Supra en este mismo capítulo y punto II, I. *Delitos de lesión personal, I.b. Delitos contra la libertad.*

¹⁷⁷ Sentencia de 1ª instancia de 20-8-1992, Rol 14.711-92, Min. En Visita, Sr. Pfeiffer (*caso Edwards*)

*delictivos concretos y que sobrevive a la consumación de éstos y que supone, por ende, duración, permanencia y una o varias finalidades*¹⁷⁸.

El mismo criterio fue adoptado en otra sentencia que, a raíz de la investigación de un robo con intimidación perpetrado a una entidad bancaria, llegó a establecer que con anterioridad a dicho delito, se había formado una escuela de guerrillas al interior del FPMR, razón por la cual calificó la conducta de su autor como constitutiva del delito de asociación ilícita terrorista del art. 2 n°5 en relación con el art. 1 n°1 de la ley 18.314:

*“...Los elementos de convicción señalados precedentemente... apreciados en conjunto y en conciencia, permiten tener por establecido en este proceso la existencia de una asociación ilícita denominada Frente Manuel Rodríguez, de inspiración marxista leninista destinada a alcanzar el poder por medio de la fuerza y la lucha armada, la que para lograr sus objetivos mediatos e inmediatos comete delitos de diversa gravedad y naturaleza, empleando para ello armas de gran poder de destrucción, como ametralladoras y explosivos, efectuando acciones de propaganda de sus actividades en las que hacen alarde de su arrojo y grado de organización y de su desprecio por el sistema político imperante, al que intentan sustituir por esos medios. Esta asociación ilícita, de acuerdo con la descripción de sus fines y actividades, resulta comprendida en los arts. 1° y 2° n°5 de la ley 18.314, modificada por la ley 19.027, toda vez que se ha constituido para la comisión de actos terroristas, siendo una de sus manifestaciones los hechos que culminaron con el asalto al Banco...”*¹⁷⁹.

Una opinión similar sostuvo en una oportunidad la Justicia Militar cuando con motivo del secuestro al Coronel de ejército C. Carreño, señaló que:

*“...Para incurrir en el delito in comento (secuestro) no se requiere probar que el FPMR tenga dicho carácter (terrorista) sino que lo que interesa determinar es si sus miembros tienen o no móviles contrarios al ordenamiento jurídico establecido en la Ley Antiterrorista... el FMR en su quehacer ha incurrido en violaciones sistemáticas a la ley 18.3134, por lo que no cabe menos que presumir que quien se asocie o ingresa a esta organización, comparte tal método violentista”*¹⁸⁰. Esta opinión fue más tarde revisada por la Corte Marcial en la sentencia de Segunda instancia dictada con posterioridad a la ley 19.027, y que absolvió a los procesados del delito de asociación ilícita terrorista¹⁸¹.

En relación al MJL la jurisprudencia ha calificado a esta organización como terrorista ya que se trataría de una unión entre “*sujetos de idéntica afiliación pseudo política*” que conforman “*una organización cuyo método de acción criminal se caracteriza por utilizar procedimientos inhumanos, socialmente peligrosos, ruines y egoístas*” pudiendo entonces calificársele como “*un grupo terrorista ilícito en sí que a través de sus instancias operativas estructuradas en rigor como milicias disciplinadas: Fuerzas rebeldes y Populares Lautaro, Movimiento Juvenil Lautaro, etc. se autodenomina “Mapu Lautaro”, y se ha alzado, a mano armada, contra la población del país, contra el Supremo Gobierno y contra la institucionalidad vigente- a los cuales públicamente desprecian- y en este contexto, sus miembros tiene responsabilidad directa o como inductores y cooperadores*”, que “*atacan según planes premeditados, usando contundencia, fuerza, sorpresa y terror, a todo lo legalmente establecido para el normal desarrollo de la vida ciudadana, con el objeto manifestado y terminal de substituir al régimen democrático imperante por otro cimentado en obsoletos principios anarco mapucistas y, a fin de alcanzar sus propósitos, realizan intensas y perturbadoras campañas a través de temibles acciones armadas, griteríos, panfletos, pancartas e incluso, desvergonzadas entrevistas o declaraciones de prensa...perpetrando- para financiarse (lucro), darse publicidad y satisfacer su ego- numerosos delitos comunes contra la vida o integridad de las personas y, también contra la propiedad, como robos con intimidación o violencia, incendios, daños y otros estragos... Poseen armas de gran poder destructivo que activan alevosamente ante quien se oponga a sus designios o resuelva caprichosa*

¹⁷⁸ SCA de Santiago de 13-11- 1992, 2ª instancia, Rol N° 14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), considerando 4°.

¹⁷⁹ Sentencia de 1ª instancia de 28-1-1993, núm. 3.557-92, Min. Sumariante Sr. J. Araya, contra Pablo Muñoz Hoffman, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 2°.

¹⁸⁰ Sentencia de 1ª instancia de 10-1-1991, Segundo Juzgado Militar, Causa Rol 1742-87, contra Max Díaz y otros (*Caso Carreño*), considerandos 18 y 20.

¹⁸¹ SCM de 31-7-1991, núm. 1742-87 (*Caso Carreño*)

ilegal y arbitrariamente, privar de la vida sin el menor respeto por los derechos humanos ajenos. Obran las más de las veces, en cumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas desde estamentos superiores previo acabado y prolijo estudio, de sus indefensas víctimas; las más, civiles inermes”.

“...Existe una voluntad al interior del Grupo Lautaro para realizar una pluralidad de actos que atemorizan a la población. Hay voluntad asociativa y múltiples manifestaciones de fuerza que causan terror...existe un nexo colectivo de grupo entre todos los procesados que se observa, claramente, en sus variadas acciones”. Dicha conducta, a juicio del sentenciador debe calificarse entonces, como “constitutiva del delito de asociación ilícita, prevista en los arts. 292, 293, 294 y 295 bis del Código Penal y artículos 1° y 2° de la Ley 18.314”¹⁸².

Sin embargo, al menos respecto del FPMR la opinión sostenida en estos fallos, no es unánime. En otra sentencia, la misma Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido un criterio que nos parece más adecuado a derecho y coherente con los lineamientos político criminales que deben inspirar a un Estado democrático:

“... Los encausados, todos ellos pertenecían al Frente Manuel Rodríguez, el cual, indudablemente, al tenor de las actuaciones de sus integrantes, resulta una asociación ilícita...Sin embargo, no toda asociación de esa naturaleza constituye delito terrorista, pues para que reúna estas características, la ley exige que se organice con el objeto de cometer delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números 1 a 4 del art. 2° y al art. 1° de la ley 18.314, modificada por la ley 19.027. Tal como se desprende de las consideraciones precedentes, la asociación constituida por los encausados y otros partícipes que huyeron del lugar de los hechos y que se conoce como Frente Manuel Rodríguez, tenía como finalidad provocar desórdenes públicos -para resaltar la celebración del aniversario de dicha organización. No existe en autos antecedente alguno que permita sostener que se unieron con la finalidad de cometer delitos de naturaleza terrorista, como los descritos en las definiciones legales del caso, ni de su actuación aparece que hubieren tenido intención de causar alarma, ya sea a toda la población o a un sector específico correspondiente a Carabineros de Chile, tampoco que hubieren cometido alguno de los delitos señalados en el art. 2° de la ley mencionada en sus numerales 1 al 4, por lo cual sin perjuicio de dar por establecida la existencia de la asociación ilícita ya mencionada, no cabe calificar a ésta como terrorista, por lo cual no se configura el delito señalado en el requerimiento con el cual se inician estos antecedentes”¹⁸³.

Llama la atención que en las dos primeras sentencias citadas se establezca claramente que la ilicitud de la asociación ilícita proviene de la adopción de la ideología marxista leninista, ideología que hace a los sentenciadores inferir el propósito de cometer delitos de terrorismo. Tal argumento, además de constituir un error ideológico conceptual, primero, porque el FPMR a pesar de haberse declarado en sus inicios como marxista leninista, tras haberse fraccionado y continuado con la vía armada a través del grupo FPMR- autónomo, desvirtuó, en los hechos, el carácter marxista leninista. Segundo, porque el marxismo leninismo no es una ideología terrorista, y cualquier organización que se dice marxista leninista, no puede, si quiere respetar estos principios, tener como propósito la comisión de delitos de terrorismo. Puede postular la vía armada como método de lucha, pero no prohiar el terrorismo como método de acción.

En cuanto a la sentencia que declara al Mapu Lautaro una organización terrorista, también existe en ella un claro fundamento político: el elemento que el sentenciador coge para la cualificación terrorista es la discrepancia de esta organización con la institucionalidad

¹⁸² Sentencia de 1ª instancia de 28-1-1994, causa Rol 53.809-94, 17 Juzgado del Crimen de Santiago, dictada por el Ministro en visita Sr. A. Dreyse, Tomo 21, fjs. 8.411 y ss., considerandos 1° y 2°. Cabe destacar que dicho proceso se inició por requerimiento del Ministerio del Interior en contra del grupo Mapu Lautaro. Tras el fallo de primera instancia dictado por los tribunales ordinarios, se trabó una contienda de competencia ante la Excma. Corte Suprema, entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el 17 Juzgado del Crimen, contienda que llevó el Rol 30.745-94. El máximo tribunal resolvió esta instancia el 27.-1-1997 a favor del 2° Juzgado Militar de Santiago, haciéndose cargo del proceso la IV Fiscalía Militar de Santiago, asignándole el Rol 94.-97. Se concentraron así en una sola instancia jurisdiccional una gran cantidad de procesos que se fundaron en idénticos hechos.

¹⁸³ SCA de Santiago de 15-9-1993, n°49.595-91, contra Paula Carrasco y otros, dictada por la Ministro Sra. Gloria Olivares Godoy, considerando 14°. Confirmada por SCA de 27-10-1992.

vigente, discrepancia que han manifestado a través de una estrategia política que ni siquiera en sus mejores tiempos pudo calificarse como un “alzamiento a mano armada”. No puede, si quiere respetarse el principio democrático, señalar que es un “grupo terrorista ilícito en sí”. Ninguna organización es terrorista en sí. El elemento base para la cualificación como terrorismo no es tanto la declaración de oposición al orden establecido, sino la estrategia criminal, atentatoria contra los derechos humanos, que en sí misma subvierte el ordenamiento constitucional democrático. De lo contrario, no podríamos considerar terroristas a los grupos que amparados por la impunidad estatal, realizan violaciones a los derechos humanos pretendiendo mantener una determinada situación del Poder político.

El criterio de cualificar como terrorista la asociación por mantener una ideología contraria a la del orden establecido es contrario al espíritu del legislador claramente manifestado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en el que se considera que la asociación ilícita para ser cualificada como delito de terrorismo, es necesario que persiga la comisión de delitos de terrorismo. Este criterio que inspiró al legislador de la ley 19.027 fue confirmado posteriormente por el Sr. Francisco Cumplido, ex ministro de Justicia del primer gobierno de la concertación (P. Aylwin), en un informe entregado al gobierno de turno (E. Frei) en 1998, en donde precisaba el sentido y alcance de algunas de las disposiciones de las leyes 19.047 y 19.027:

“ ... Si como se tuvo presente al aprobar estas normas el por el poder legislativo, el terrorismo es un medio de un instrumento, la mera ideología política contraria a la institucionalidad establecida no es suficiente para calificar una asociación de terrorista...la existencia de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3° de la ley 17.798 sobre control de armas, sólo son asociaciones terroristas si su objeto es la comisión de delitos que deban calificarse como terroristas, es decir, reunirse alguna de las características descritas en el artículo 2° de la ley de conductas terroristas. Así, la asociación debe tener por fin la ejecución de conductas terroristas, situación difícil de producirse. Por constituir una de las características posibles de la conducta terrorista “intimidar a la población”, la ley 19.947 eliminó esta parte del tipo de los delitos contra la Seguridad del Estado ... ”.

Por tanto, si las organizaciones armadas que operan en Chile, tienen una ideología contraria al orden establecido, ello no permite cualificar a priori dichas organizaciones como asociaciones ilícitas terroristas. Es cierto que ellas constituyen asociaciones ilícitas, porque conjugan los elementos de ser una reunión de voluntades de dos o más personas, en una organización que reúne las características de jerarquía, disciplina, compartimentación y clandestinidad, y que persigue cometer delitos, entre los cuales se encuentran, por regla general, desórdenes en la vía pública, tales como actos de proselitismo político (acciones de propaganda armada), ajenos a la reglamentación que rige toda actividad que se ejecuten dichos lugares, actos que al menos deben ser autorizados por las autoridades competentes. Los delitos contra las personas cometidos por estas organizaciones han sido aislados y escasos en relación a la mayoría de los cometidos. No por el hecho de cometer el asesinato a un Senador de la República, como lo fue el caso del Sr. Jaime Guzmán, puede sostenerse que el FPMP sea una asociación ilícita terrorista.

Esto implicaría extender la punición a título de terrorismo hacia quienes perteneciendo a este tipo de organizaciones se dedican meramente a realizar actos de sabotaje a la propiedad, robos con intimidación a objeto de financiar la estructura, e incluso actos de celebración de sus aniversarios en los que se producen desórdenes públicos. Y por último, la cualificación terrorista sobre la base de la mera ideología contraria a la institucionalidad, es imposible de sostener en un estado democrático. El establecimiento de los tipos penales de terrorismo no puede servir de fundamento para la represión ideológica, porque ello conduce al desarrollo de un proceso de fascistización del Estado a través de la aplicación de políticas penales de orden público.

4. DISPOSICIONES COMUNES.

4.1. PENALIDAD.

Una de las cuestiones más debatidas en las sesiones parlamentarias que precedieron a la ley 19.027 de enero de 1991, fue si el establecimiento de esta regla significaba un aumento o una disminución de penas en relación a la anterior ley. Esta discusión exigía un razonamiento previo a cual era la técnica que el legislador empleaba en la original ley 18.314: señalar la misma pena a conductas diversas, aumentadas, por regla general, a su grado máximo¹⁸⁴. De esta forma, se daba el absurdo de llegar a sancionar con la misma pena un homicidio calificado y un homicidio terrorista, lo que constituía una inconsecuencia en relación al bien jurídico protegido.

En un principio se pretendió sancionar los delitos de terrorismo con las penas previstas para ellos en la ley respectiva, aumentadas en uno, dos o tres grados debiéndose aplicar la de presidio perpetuo si no fuere posible elevar la pena por falta de grados superiores en las respectivas escalas¹⁸⁵. Para los efectos del aumento de la penalidad, el tribunal debía determinar la pena correspondiente al delito común cometido, con las circunstancias agravantes y atenuantes del caso, y luego elevarla en el número de grados que correspondiere, tomando en consideración la extensión del mal, la forma innecesariamente cruel o inhumana de su ejecución, y la mayor o menor probabilidad de la comisión de nuevos delitos.

Posteriormente, y por indicación del Poder Ejecutivo, se realizó una distinción en función de la gravedad del delito cometido: los delitos comunes (CP) y los delitos contra la Ley de Seguridad del Estado (Nº12.927) aplicó la pena prevista para cada uno aumentada en uno dos o tres grados¹⁸⁶. En cambio, disponía una sanción especial para el caso del apoderamiento o atentado en contra de naves y aeronaves, vinculándolo a la figura de los estragos cuando resultare muerte o lesiones. Esta distinción es la que llega hasta la actual redacción del **art. 3º** cuyo contenido hemos apreciado en el examen de cada tipo penal:

“Los delitos señalados en los números 1 y 3 del artículo 2º serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, o en la Ley 12.927, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados.

Los delitos contemplados en el número 2 del artículo 2º serán sancionados con presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si a consecuencia de tales delitos resultare la muerte o lesiones graves de alguno de los tripulantes o pasajeros de cualquiera de los medios de transporte mencionados en dicho número, el delito será considerado como de estragos y se penará conforme a los artículos 4674 y 475 del Código penal, en sus respectivos casos, y al inciso primero de este artículo.

Los delitos señalados en el número 4 del artículo 2º serán penados con presidio mayor en cualquiera de sus grados.

El delito de asociación ilícita para la comisión de actos terroristas será penado conforme a los artículos 293 y 294 del Código penal, y las penas allí previstas se aumentarán en dos grados, en los casos del artículo 293 y en un grado en los del artículo 294. Será también aplicable lo dispuesto en el artículo 294 bis del mismo Código”.

La vía empleada por el legislador ha sido la de determinar en primer lugar la pena correspondiente al tipo penal básico (homicidio, secuestro, etc.), y sobre ella aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, debiendo precisarse que, por disposición expresa del art. 66 del CP, en el caso de que concurren atenuantes, se produce inmediatamente la aplicación del grado mínimo del delito. Una vez así determinada la pena, el juez deberá aumentar uno dos o tres grados.

¹⁸⁴ Decía el art. 2º de la anterior ley 18.314 (modificado por la ley 18.937): “Los autores de los delitos contemplados en el artículo 1º serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo. Si a consecuencia de dichos delitos se causaren lesiones de aquellas a que se refiere el número 1 del artículo 397 del Código Penal, la pena será presidio mayor en su grado máximo. Si se causare la muerte de alguna persona, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a muerte...”.

¹⁸⁵ Véase Primer Informe de la CCLG, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, pp.6, 26.

¹⁸⁶ Segundo Informe de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, pp.51, 58y ss.

Desde el prisma político criminal y como puede observarse, el art. 3° otorga un margen más amplio al juez para la determinación de la pena, cuestión que no agradó durante el debate parlamentario, a ciertos sectores, porque “ya no es la ley la que se encarga de ello (de establecer la penalidad) sino que lo es el juez”¹⁸⁷, crítica que efectuaban en alabanza a la antigua ley, la que cargada de objetivismo, tendía al principio de la aplicación de penas únicas. La utilización del criterio de la elasticidad, a juicio de estos sectores, exponía al juez a una situación en que se pueda ver presionado para establecer la pena más baja de esa escala, con lo que la penalidad de los delitos de terrorismo pasaría a ser mínima, favoreciendo injustificadamente al reo¹⁸⁸.

Respondiendo a estas argumentaciones, ante todo, cabe tener presente que cuando la ley fija un marco restringido en la determinación de la pena para los delitos de terrorismo, generalmente una pena alta, se impide al juez desempeñar su labor sancionadora, obligándole muchas veces a prescindir de la cualificación terrorista y buscar figuras similares, a objeto de evitar penas excesivas¹⁸⁹. La aplicación de penas únicas es contraria a toda técnica jurídica, e imposibilita la labor del juez en orden a determinar una pena justa. Por otra parte, que el juez pueda sentirse “presionado” a aplicar la menor pena posible (la de figura base aumentada en un grado), no parece un razonamiento sólido ya que se basa en la presunción de que el juez por una u otra razón, se inclinará, en delitos merecedores del mayor reproche social, a favorecer a los autores y partícipes, cuestión que carece de evidencias tanto lógicas como prácticas¹⁹⁰.

En nuestra opinión, al otorgarse un marco amplio al juez en la escala de penas se evita la infracción al principio de legalidad. En una opinión similar se manifestó ya GUTIERREZ SAHAMOD¹⁹¹, para quien la ley racionaliza un poco mejor la aplicación de la pena al reconocer que la pena aplicable es la de los delitos comunes respectivamente agravada.

Desde el punto de vista dogmático, y ya directamente en la aplicación y determinación de la pena, contrario a lo que opinaron algunos sectores¹⁹², el art. 3° de la ley 18.314 no ha significado una rebaja de penas, en relación con su antecesora. Es probable que si se aplica la graduación de 1,2, o 3 grados, partiendo del Código penal, puede llegarse a penas quizás más bajas que en relación a la antigua ley. Por ejemplo, la pena básica del delito de homicidio oscila entre cinco años y un día de prisión y quince años. De concurrir una atenuante y ninguna agravante la pena debe partirse del grado mínimo: cinco años y un día. Pero hay que recordar que el juez tiene la elasticidad suficiente como para aumentarla hasta en tres grados.

Además hay que considerar que la ley 18.314 es una globalidad, y en ese sentido, habrá que considerar no solo las hipótesis en las que la pena a aplicar deba deducirse de las figuras contenidas en el CP. Debe tomarse en cuenta que el art. 3° también establece la posibilidad de aplicar la pena establecida en la ley de Seguridad del Estado, caso en el cual el aumento de 1,2 o 3° grados puede llegar hasta la pena de presidio perpetuo, como ocurre en los atentados contra las personas y el secuestro. Incluso a la misma podría llegarse en el caso de la asociación ilícita terrorista, delito de mera actividad. Recuérdese que las penas previstas para el mismo son las que indica el CP, aumentadas en dos grados, y como son de presidio mayor, también puede llegarse a presidio perpetuo.

¹⁸⁷ Opinión del diputado Sr. Chadwick (RN), en *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p.80.

¹⁸⁸ Opinión del Senador J. Guzmán (UDI), en *Historia de la Ley 19.027...*, 1997, p.115.

¹⁸⁹ En este sentido, la intervención del diputado Sr. Rojo, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p. 48.

¹⁹⁰ Opinión similar a la manifestada por el diputado Sr. Vodanovic, en *Historia de la ley 19.027...*, 1997, p. 115.

¹⁹¹ GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.12.

¹⁹² Véase la opinión del diputado Sr. A. Espina (UDI), *Historia de la ley 19.027...*, 1997, pp. 81-82.

El punto desde el cual siempre habrá de partirse en la determinación de la pena es “la magnitud del injusto respectivo”¹⁹³, magnitud que deriva de una evaluación previa entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Esta valoración del hecho constituye, tan solo un marco elástico y flexible dentro del cual el juez puede moverse y ponderar correctamente las circunstancias del caso, escogiendo de entre todas las posibles aquella sanción que más se adecue a la reprochabilidad (culpabilidad) personal del autor. Solo así podrá darse curso al principio de proporcionalidad.

A fin de limitar, de alguna manera, ese “amplio margen” que se da al juez, el art. 3° bis establece una serie de reglas que habrá de respetar al momento de determinar la pena:

“Para efectuar el aumento de penas contemplado en el artículo precedente, el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no se hubiere tratado de delitos terroristas, y luego la elevará en el número de grados que corresponda.

Dentro de los límites imponibles, además de las reglas generales del Código penal, el tribunal tomará especialmente en consideración, para la determinación final de la pena, la forma innecesariamente cruel de su ejecución y la mayor o menor probabilidad de la comisión de nuevos delitos semejantes por parte del reo, atendidos los antecedentes y la personalidad de éste y los datos que arroje el proceso sobre las circunstancias y móviles del delito”.

Hemos dicho antes que quizás, en lo sustantivo penal, el tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo inevitablemente conduce a la agravación de penas en relación a los tipos contenidos en la ley penal común. Pareciera ser que es la única respuesta en este plano a un fenómeno que va más allá de una mera descripción típica. Esto es precisamente lo que advirtió el Mensaje Presidencial que precedió a la ley 19.027: “el uso del método terrorista en la comisión del delito debe castigarse con una agravación de la pena correspondiente al delito”, aumentada en “uno a tres grados...” atendiendo a “las características del acto terrorista”, pero también, agregó, “a la peligrosidad del delincuente”¹⁹⁴, criterio que finalmente se recogió en el inciso segundo del art. 3° bis.

Es cierto que como advierte la doctrina, en general, no hay distorsión seria en el sistema de penalidad general en nuestro derecho, salvo en cuanto se establecen sanciones más severas para este tipo de conductas. Y es cierto que con este aumento de pena *atendiendo a la gravedad del delito* cometido no se está violentando ningún principio fundamental del derecho penal garantístico. Pero la referencia a *criterios de peligrosidad social*, circunscritos a “la probabilidad de que se cometan nuevos delitos”, y sobre todo “a la personalidad del delincuente” nos parece un grave retroceso en esta materia. En tal caso estamos hablando de un derecho penal de autor, y no del derecho penal del hecho que es el que se pretende plasmar en la ley penal y que resulta ser el pilar fundamental de un derecho penal de garantías¹⁹⁵.

Por último, enlazando con la agravación de las penas que los delitos de terrorismo suponen recordemos que además la propia Constitución Política, en su art. 9° establece como pena accesoria de la inhabilitación para ejercer cargos públicos y otros similares por el plazo de quince años¹⁹⁶, sanción que también se encuentra contemplada en la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en cuyo artículo 5° señala expresamente que dichas penas accesorias se impondrán “sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan de acuerdo con las normas generales”. Recordemos también las limitaciones que establecen los arts. 16 y 17 de la CPRCH relativos a la pérdida de la ciudadanía para los condenados y la

¹⁹³ CURY URZÚA, E. *DP.PG.*, T. II, Edit. Jurídica, Santiago, Chile, 1985, p. 323.

¹⁹⁴ Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990, cit. Los subrayados son nuestros.

¹⁹⁵ Supra Cap.III, I.- *Preliminares*, y III.2.c.- *Tratamiento penitenciario especial*. 2.c.2, caso chileno.

¹⁹⁶ El inciso segundo del art. 9 de la CPRCH fue modificado, quedando como aparece en el texto ya transcrito, por el artículo único N° 3 de la ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 Agosto de 1989.

suspensión del derecho a sufragio para el procesado por delitos de terrorismo (art. 16 n°2 y 17 n°3 de la CPRCH).

4.2. TENTATIVA, AMENAZA Y PUNICIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS.

Art. 7: “ *La tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado. Si esta última constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal y se impondrá a la tentativa el mínimo de ella.*

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos, será castigada como tentativa del mismo.

La conspiración respecto de estos mismos delitos será castigada con la pena correspondiente al delito consumado, rebajada en uno o dos grados”.

Siguiendo los criterios de agravación propios del tratamiento jurídico que se asigna al terrorismo, el precepto establece una excepción a las reglas ordinarias sobre la penalidad puesto que eleva la sanción asignada a la tentativa de delito, a los actos preparatorios del mismo, y un delito específico cual es la amenaza. El art. 7 de la ley 18.314 en su actual redacción recoge las modificaciones realizadas por la ley 18.937 de 22 de febrero de 1990 y de la ley 19.027 de enero de 1991¹⁹⁷, englobando en una misma disposición la sanción para las fases preliminares del delito (tentativa), los actos preparatorios (conspiración y proposición para delinquir), y un delito específico, amenaza, al que se castiga como tentativa del mismo. Sin embargo, la modificación en esas materias ha sido insuficiente:

Primero, porque la tentativa de delito, contrariamente a lo que pretendió la Ley 18.937 de 22 de febrero de 1990 que derogó el art. 6º, continúa sancionándose con la pena asignada para el delito consumado, aunque esta vez no se habla de la “facultad” del juez de rebajarla en uno o dos grados, sino que se la sanciona con la pena mínima asignada para el delito consumado. En el caso de que la pena constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el art. 67 del CP, que a su vez señala las reglas aplicables a los casos en que la pena señalada al delito es un grado de una divisible, debiendo aplicarse la pena mínima a la tentativa de delito de terrorismo.

La Secretaría de legislación, en su Informe de la primitiva ley 18.314, incurría en una falacia al esgrimir como argumento el desvalor de acción en la tentativa y en el delito frustrado para equiparar la sanción de un hecho a la del delito consumado. Dicha disposición no se justificaba a juicio de la doctrina: “...Resulta aberrante que se transgredan los principios generales del derecho argumentando razones de política criminal...Además, si agregamos la posibilidad que se apliquen estas normas de parificación de las penas del delito frustrado y de la tentativa al delito consumado, junto con el sistema de calificación de delitos por el resultado, caeremos en un espiral de extrema injusticia”¹⁹⁸.

Esta crítica sigue siendo válida, ya que de un lado, y tal como ha expuesto la doctrina, no puede justificarse esgrimiendo razones de política criminal el establecimiento de dicha excepción a la regla general establecida en el art. 52 del CP, que sanciona a los autores de tentativa de crimen o simple delito con la pena inferior en dos grados a la que la ley señala para el crimen o simple delito. De otro lado, se produce un indudable efecto criminógeno al sancionar la tentativa como delito consumado, aunque la pena asignada sea la mínima. El efecto criminógeno se produce toda vez que, del texto legal se desprende que el desvalor de acción que se asigna a la tentativa y al delito consumado es el mismo, de donde resulta que a los sujetos les será indiferente realizar un delito tentado o consumado.

¹⁹⁷ Supra Cap. V, II.1, 3. *Los delitos de terrorismo en el régimen democrático: las reformas a la ley 18.314.*

¹⁹⁸ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p.279.

Segundo, la conspiración y la proposición, actos preparatorios, son sancionados con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados, lo que también constituye una excepción a las reglas ordinarias sobre penalidad. Esta fue la razón principal por la que durante el debate parlamentario de la ley 19.027, el Ejecutivo propuso su derogación, siendo retirada la moción con posterioridad¹⁹⁹.

En relación a la antigua ley, solo se eliminó la sanción para la simple proposición para delinquir, y como se ha señalado, continúa castigándose como delito autónomo la conspiración y proposición, etapas preliminares del delito que, de acuerdo a las reglas generales, son impunes, salvo expresa disposición en contrario de la ley, caso en el cual generalmente se castiga con la pena asignada a la tentativa rebajada a una pena inferior²⁰⁰.

En estos casos nos encontramos con un adelantamiento de la punibilidad cuyo acierto político criminal resulta discutible. Es verdad, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, que el tratamiento jurídico al terrorismo ha de ser agravatorio, sin embargo esta afirmación no obsta a la contradicción que se produce entre la punición de actos preparatorios y los principios del bien jurídico como el derecho penal del hecho.

La punición de la conspiración y la proposición para delinquir se establece con carácter general para todos los delitos de terrorismo descritos en la ley 18.314, dentro de los cuales se encuentra la asociación ilícita terrorista, un delito de mera actividad y peligro abstracto. Si bien es cierto los actos preparatorios son sancionados con una pena menor a la del delito tentado y consumado, precisamente porque “la exteriorización de los propósitos terroristas aún está distante de la consumación del delito”²⁰¹, ello no salva la infracción que se produce con el derecho penal del hecho al sancionarse a los que “conspiran” o “proponen” asociarse, para luego cometer auténticos delitos de terrorismo.

La punición de los actos preparatorios, especialmente en casos como la asociación ilícita, resulta contraproducente asimismo desde el punto de vista sustantivo procesal ya que inevitablemente se influirá en el plano de las garantías individuales. Cabe recordar a este respecto la suspensión de derechos individuales que consagra la Constitución Política para el caso de delitos de terrorismo. El art. 19 n°7 letra c) establece excepciones al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual autorizando la ampliación del plazo de detención hasta diez días “en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”. Esta suspensión, como se ha señalado en otro lugar es potencialmente aplicable a todos los ciudadanos, lo que se reafirma con la punición de formas previas a la ejecución del ilícito penal.

Tercero, la “amenaza” de comisión de delitos de terrorismo se castiga como tentativa del mismo, esto es, con la pena mínima asignada para el delito consumado, y cuando ésta fuere un solo grado de una divisible, rige la regla señalada por el art. 67 del CP debiendo aplicarse el mínimo de ella.

Llama la atención que un delito que en la legislación común se encuentra tipificado autónomamente como delito contra el Orden y Seguridad públicos (Título VI, Libro II, párrafo 11 del CP), sea en la ley 18.314 equiparado en su tratamiento a una de las fases correspondientes al iter críminis. Lo que se infiere del texto del art. 7 es que el legislador está considerando, erróneamente, que la amenaza de un delito de terrorismo implica dar principio a la ejecución de ese mismo delito por un hecho directo, faltando uno o más para su complemento. Tal aseveración resulta insostenible: no puede considerarse que quien realiza

¹⁹⁹ *Historia de la Ley 19.027 (D.Oficial 24 de Enero de 1991)*, ob. cit. 1997, pp. 2 y 22.

²⁰⁰ Dice el art. 8° del CP en su inciso 1°: “la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.”

²⁰¹ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 280.

una llamada telefónica a otro amenazándole con secuestrarle a él o a un miembro de su familia, está dando principio a la ejecución del delito de secuestro.

El CP en los arts 296 y ss. consagra las diversas formas que puede revestir el delito de amenaza, debiendo remitirnos a estos efectos al art. 296 que castiga a todo aquel que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca como verosímil la consumación del hecho. Distingue el CP para determinar la pena entre amenazas condicionales (art. 296 n° 1 y 2°) y amenazas no condicionales (art. 296 n° 3).

De acuerdo con las normas generales para el delito de amenazas, lo que se castiga es la amenaza “seria y verosímil” de causar a otro un mal que constituya un delito, sin embargo, en la ley 18.314 no se realiza distinción alguna entre el tipo de amenazas de que se tratare aplicando una pena única (la de la tentativa) a hipótesis delictivas diversas (amenazas condicionales y no condicionales). La omisión en la valoración de las diversas hipótesis delictivas para el establecimiento de la sanción aplicable, por un lado implica una infracción a los principios de proporcionalidad e igualdad, y por otro lado, conlleva un efecto criminógeno toda vez que la pena que se establece para la amenaza hecha bajo condición es la misma que para aquella que se hace sin sujeción a condición alguna.

III.- TIPOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

1.- ASOCIACIÓN ILÍCITA TERRORISTA.

La banda armada, la organización o grupo terrorista²⁰², se encuentra tipificada en cuanto forma agravada de delito de asociación ilícita en el **art. 515.2** del CP: “*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*”.

Recordemos que asociación ilícita es una unión de personas caracterizada por las notas de organización y permanencia, aunque no tenga una forma que le confiera una naturaleza jurídica específica²⁰³, y cuyo objeto es cometer delitos²⁰⁴. Constituye, a juicio de la doctrina mayoritaria²⁰⁵, una especie de ejercicio abusivo en el derecho de asociación que la Constitución reconoce (art. 22 CE). Su concepto ha generado abundante polémica doctrinal en torno a las características que permiten diferenciarles de los supuestos de conspiración y la simple asociación para delinquir, las que se encontrarían en las notas de organización y permanencia en el tiempo²⁰⁶, notas a las que nos hemos referido in extenso al tratar el concepto de banda armada. En efecto, si bien es cierto existe un importante grado de coincidencia entre la

²⁰² Recordemos que en la interpretación que aquí se sostiene la banda armada puede ser un tipo de asociación ilícita común o terrorista, a diferencia de las “organizaciones y grupos” que siempre son asociaciones terroristas. Véase Supra Cap. VI, Apartado Tercero, *I.Tipo Objetivo, 1.2, a) La banda armada, organización o grupo terrorista*.

²⁰³ STS 28-10-1997 (RJA 7843/1997, *Caso Filesa*)

²⁰⁴ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1166, VIVES ANTÓN-CARBONELL MATEU, 1996 a) pp.758-759, TAMARIT SUMALLA, J.M. “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1996 a), pp.1431 y ss., esp. pp.1447-1448, 2ª ed. 1999, pp. 1468 y ss., esp. pp.1486 y ss. PORTILLA CONTRERAS, G. 1997, p.713; QUINTERO OLIVARES, G. 1999, p.183. Similar, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 267.

²⁰⁵ Ampliamente, GARCÍA PABLOS. 1977, el mismo, 1983, pp.109 y ss. Le sigue CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1166, pp. 1165-1166. En contra, QUINTERO OLIVARES, para quien “no parece tan evidente...que la tutela del derecho de asociación y el abuso del mismo requieran de este específico tipo penal”, refiriéndose a la asociación ilícita común ya que enfatiza al inicio de su artículo que no está pensando precisamente en el terrorismo ya que no le considera forma de crimen organizado. QUINTERO OLIVARES, G. “*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”, ob.cit. 1999, p.181 y 178).

²⁰⁶ Así, GARCÍA PABLOS, 1977, pp.291 y ss., VIVES ANTÓN/ CARBONELL MATEU. 1996 a), p.759, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1166, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 267.

“conspiración” y la “asociación ilícita”, supuesto que en ambas existirá una unión de voluntades para delinquir, esta unión en la conspiración es “coyuntural”, se dirige a un delito concreto, en cambio, en la asociación ilícita presenta las notas de permanencia y continuidad en el tiempo²⁰⁷.

A juicio de un sector de la doctrina y la jurisprudencia el *bien jurídico protegido* en las asociaciones ilegales es la seguridad interior del Estado²⁰⁸. Para otros se trata del derecho de asociación como garantía constitucional²⁰⁹, opinión que nos parece acertada cuando de *asociaciones ilícitas comunes* se trata, ya que, si el art. 515.2 sanciona un tipo agravado de las mismas y que se califica como terrorista, el objeto de tutela penal *debería* circunscribirse al ordenamiento constitucional democrático, esto es, el orden público en su acepción exclusivamente material. A este pensamiento parecía acercarse en un principio CARBONELL cuando estimaba que el objeto de tutela penal en las asociaciones ilícitas se refería a “la seguridad de la organización democrática del Estado y los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución proclama”²¹⁰. Mas tarde, junto a VIVES ANTÓN entiende que el objeto de tutela penal es “el orden público en sentido amplio...la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella”²¹¹.

Con todo, el objeto de tutela penal no parece quedar claro con la actual tipificación del art. 515.2 que ubica a la asociación ilícita dentro de los delitos contra la Constitución, en un título distinto a aquel en que se ubican los delitos de terrorismo (delitos contra el orden público). De allí que de *lege data*, pareciera ser que tratándose de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, atendida la finalidad política que debe presidir su conformación, el bien jurídico protegido se asemeje más a la seguridad interior del Estado.

1.a. Tipo Objetivo

La *conducta típica* consiste en promover, dirigir o integrar una banda armada, organización o grupo terrorista. Ella queda determinada entonces por los respectivos verbos rectores, cuyos significados, según la Real Academia Española, son: a) *Promover*: “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”, b) *Dirigir*: “enderezar, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, ...guiar...gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión”, c) *Integrar*: formar las partes de un todo²¹².

De acuerdo a estos tres verbos rectores podemos distinguir a lo menos dos formas de participación en las asociaciones ilícitas terroristas: quienes tienen a su cargo funciones directivas en la organización (promotores y directores), y quienes pertenecen a ella como partes integrantes de un todo (pertenecientes o integrantes). Esta distinción resulta de vital importancia a efectos de la penalidad puesto que el legislador estima de mayor gravedad la conducta de los primeros, y por lo mismo merecedora de una mayor sanción. Sobre estos conceptos volveremos

²⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, 1999, p.187. Similar BARÓN QUINTERO, 1999, p.268 refiriéndose a la distinción con la asociación para cometer el delito de robo. En la jurisprudencia STS 30-4-1983, 24-6-1993, sentencia esta última que enfatiza que la asociación para cometer el delito de robo no requiere más que un acuerdo común, sin precisar una estructura orgánica completa como la que poseen ciertas organizaciones criminales.

²⁰⁸ Así CARBONELL y VIVES; *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996, p. 2012, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.762), CUERDA ARNAU, M.L. 1995, p.367, REIG REIG, José Vicente; “*Delitos contra la Constitución*”, en AA.VV. *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, 1999, pp. 1863-1864. En la jurisprudencia S.A. Provincial de Barcelona de 29-06- 1993.

²⁰⁹ Así PORTILLA CONTRERAS, 1997, pp. 713 y ss. GARCÍA PABLOS, 1983, pp. 110-111, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de DP.PE.*, 2ª edición, Edit. Ariel, 1991, p. 328.

²¹⁰ CARBONELL MATEU, “*Observaciones en torno al Proyecto de ley sobre la reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”, en *DJ*, vol. II, 1983. Le sigue, TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p.1448, 2ª ed. 1999, pp. 1486 y ss.

²¹¹ VIVES ANTÓN/CARBONELL; 1996 a), p.759.; los mismos *Comentarios al CP de 1995*, ob. cit. p. 2012.

²¹² R.A.E. *Diccionario de la lengua Española*, 20ª ed., Madrid, 1984, Vols. I y II, pp. 1110, 779 y 504.

al hablar de la penalidad asignada para el delito de asociaciones ilícitas terroristas.

En cuanto a la banda armada, organización o grupo terrorista, recordemos que el legislador no ofrece un concepto de dichas asociaciones, pero que su diferencia con las asociaciones ilícitas comunes reside en la finalidad que deban perseguir: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Siguiendo con los elementos de la configuración típica, el *sujeto activo* es cualquiera que dirija, promueva o integre dichas entidades. El *sujeto pasivo* es la sociedad y el Estado. En cuanto al *objeto material*, parece ser que nos encontramos ante uno de los casos en los que el objeto de la acción coincide con el substrato empírico del bien jurídico puesto que éste es un bien jurídico colectivo. El objeto material es el “objeto social”, esto es, los fines y metas que la asociación persigue, en cuanto entidad distinta de sus miembros: la destrucción de los pilares básicos del sistema democrático²¹³. Nótese que en el delito de asociación ilícita terrorista las finalidades de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública no constituyen, por tanto, elementos subjetivos de lo injusto penal como ocurre en los delitos tipificados en los arts 571 y ss.

1.b. Tipo subjetivo.

La conducta ha de ser necesariamente dolosa, exigiendo el *elemento intelectual* del dolo tres condiciones: a) la conciencia por parte del sujeto de que se “afilia”, “funda”, “promueve” o “dirige” una asociación, b) la conciencia de que la asociación es ilícita por los fines que persigue, c) la conciencia de la ilicitud de su conducta, es decir, saber que el ordenamiento penal prohíbe la misma. En cuanto al elemento volitivo del dolo, éste se limita a “los fines” perseguidos por la asociación, y no a los concretos actos que se ejecutan por sus miembros²¹⁴. Basta, por tanto, que el sujeto se afilie, promueva o dirija una asociación a sabiendas de que su finalidad es subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, pero no es necesario que haga suyos los concretos actos delictivos que se ejecutan en el marco de la misma. A ello nos referiremos al tratar los problemas de concurso que se plantean.

A diferencia de los delitos de terrorismo que tipifican los arts. 571 y ss. del CP, en la asociación ilícita terrorista los elementos subjetivos del tipo relativos a la finalidad (subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública) no pueden considerarse elementos de tendencia intensificada. Ello porque el legislador no exige dicha finalidad para la configuración del tipo, ni siquiera les menciona. Se limita a emplear la expresión “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, debiendo considerarse el vocablo “terroristas” como un elemento descriptivo del tipo cuya referencia normativa se encuentra en el art. 571 CP, y a cuyo examen ya nos abocamos en el capítulo anterior.

1.c. Naturaleza y clasificación del delito.

c) *Según las modalidades de acción:*

a.1.- *Según las modalidades de la parte objetiva:* como todo delito de asociación ilegal tiene una naturaleza eminentemente formal y pasiva, bastando para que exista la mera constitución en alguna de sus diversas manifestaciones de la entidad ilegal, penándose su existencia por este solo hecho. Se trata de un *delito formal o de mera actividad*²¹⁵, es decir, para que se alcance la consumación no es necesario que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Si se ha iniciado la fase ejecutiva de este último, a juicio de la doctrina mayoritaria los hechos se calificarían como concurso ideal de

²¹³ Cfr. GARCÍA PABLOS, 1983, pp.121 y ss., 151 y ss.

²¹⁴ GARCÍA PABLOS, 1977, pp. 307 y ss. Similar PORTILLA CONTRERAS, 1997, p. 720.

²¹⁵ SSTS 15-4-1993, 14-10-1987.

delitos que deberá resolverse según la regla del art. 77 del CP, puesto que entre el delito de asociación ilícita y el concreto delito cometido existe una relación de medio a fin²¹⁶, siendo la asociación el medio necesario para cometer el otro²¹⁷. Opinión similar es la que ha tenido la jurisprudencia mayoritaria estimando que el delito de asociación ilícita no absorbe las actividades delictivas que la asociación realiza²¹⁸. A nuestro entender, no es ésta la solución que procede aplicar, tema que veremos luego de referirnos a la naturaleza y penalidad de estas asociaciones.

Es asimismo un *delito permanente* porque supone el mantenimiento de la situación antijurídica (asociarse ilegalmente) durante un tiempo indeterminado durante el cual el delito se sigue consumando. Es un *delito de acción* porque la ley prohíbe asociarse ilegalmente. Un *delito de medios determinados* porque las modalidades de acción se encuentran limitadas a la pertenencia, integración, promoción o dirección de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Es además un *delito de un acto*, porque el tipo describe una sola acción.

a.2. *Según la relación de la parte subjetiva con la objetiva*: Al tratarse de un delito doloso en el que la parte objetiva se corresponde con la subjetiva por las razones explicadas en orden a que no se exige para la configuración del tipo ninguna intención o “tendencia” en el autor relativa a la finalidad, parece ser que nos encontramos ante un *tipo congruente*, caso normal de los delitos dolosos en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo²¹⁹.

b.- *Según los sujetos*: Mirado desde el punto de vista de la cualificación del sujeto activo, se trata de un *delito común* ya que cualquiera puede realizar la conducta típica de asociarse ilícitamente conformando una banda armada, organización o grupo terrorista. De acuerdo al número de sujetos se trata de un *delito plurisubjetivo*, esto es, de aquellos que conceptualmente exigen la intervención de más de un autor. Y dentro de ellos se corresponde con *los delitos de conducta unilateral o de convergencia*, en que las conductas de los sujetos se dirigen al mismo objetivo típico, tal como ocurre en el delito de rebelión (art. 472 CP)²²⁰.

c.- *Según la relación con el bien jurídico*: La categoría de delito de mera actividad de la asociación ilegal puede conducir a equívocos en cuanto a su interpretación como delito de peligro o de resultado. Indudablemente la consumación se produce con la mera afiliación, independientemente de los concretos delitos a realizar, pero ¿basta esto para considerarle un delito de peligro?. Las opiniones jurisprudenciales y doctrinarias son dispares, pudiendo distinguir dos grandes corrientes: quienes estiman que se trata de un delito de peligro, y quienes estiman que también puede constituir un delito de lesión o resultado.

Los partidarios de considerarle un delito de peligro se dividen a su vez entre a) quienes sostienen que se trata de un delito de peligro concreto, ya para los bienes jurídicos individuales que resultan afectados por los delitos concretos que la asociación comete²²¹, b) quienes estiman

²¹⁶ TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p.1448, 2ª ed. 1999, pp.1486 y ss.

²¹⁷ Para CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO (1999, p.1166), en cambio, estiman que “la asociación ilícita entran en *concurso real o ideal*, según proceda, con los delitos que lleguen a cometerse a través de la misma”.

²¹⁸ En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional (SSAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197), SAN 27-11-1997, núm 73/1997 (ARP 1997/1860). Estima el Tribunal en una de sus sentencias que constando “la integración en ETA –Militar” procede calificar los hechos como “delito de pertenencia a organización terrorista” de los arts. 515.2 y 516.2 CP, además de “un delito de terrorismo comprendido en el art. 572.1 en relación con el art. 139.1 del CP, pues aparece que al servicio de una organización terrorista fue causada intencionadamente la muerte de una persona”. SAN 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095). En la doctrina asumen esta opinión TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p.1448, 2ª ed. 1999, pp.1486 y ss., QUINTERO OLIVARES, 1999, p. 187, BARÓN QUINTERO, 1999, p.269.

²¹⁹ Cfr. MIR PUIG, 1996, p.205.

²²⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA. 1996, p. 304.

²²¹ FRANCHINA, *Associaziones per delinquere e reato continuato*, *Giurisprudenzia siciliana*, 1964, p. 492, cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

que se trata de un delito de peligro para el orden público²²², c) los que consideran que se trata de un delito de peligro con relación a un complejo heterogéneo de bienes jurídicos, peligro “actual” para el orden público, y “potencial” para el resto de los bienes jurídicos singulares²²³. La jurisprudencia en España le ha caracterizado asimismo como un delito de peligro, considerando sinónimos el peligro con el “peligro abstracto”²²⁴. Por último están quienes consideran que se trata de un delito mixto: de “lesión” efectiva al orden público, y de “peligro respecto a los bienes jurídicos singulares”²²⁵.

Parece necesario recordar que el peligro es un concepto jurídico ligado al tipo penal, y que si el tipo penal no prevé concretamente este peligro en la descripción típica, mal puede considerarse a la asociación ilegal como un delito de peligro respecto de los bienes jurídicos singulares. Máxime cuando se trata de un delito que *se consuma* con la mera actividad de asociarse, independientemente de que se hubieren ejecutado o no los delitos concretos programados por la organización²²⁶.

De acuerdo a lo anterior, la asociación ilegal no puede constituir un delito de peligro concreto contra los bienes jurídicos individuales protegidos por las figuras típicas de los actos ilícitos programados por la organización. Tampoco puede considerarse que la solución a la cuestión se encuentre en la distinción entre peligro actual ni potencial, porque, si ambos son peligro, entonces la distinción desaparece, produciéndose una nivelación entre los delitos de peligro concreto y abstracto, y por otra parte, porque el peligro, que ha de ser conforme a los criterios garantistas, siempre un peligro “concreto” no admite una graduación como la descrita. En cuanto a quienes estiman que se trata de un delito mixto, cabe destacar que la “lesión” al bien jurídico orden público es una abstracción desde que se la usa para presuponer el peligro para los concretos bienes jurídicos singulares²²⁷.

¿Puede la asociación ilícita ser un delito de lesión?. Aparentemente podría decirse que así es ya que se consuma con la mera actividad. Sin embargo, los delitos de lesión requieren la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico²²⁸, el “daño” al mismo²²⁹, cuestión que en este delito de mera actividad no ocurre ya que el ordenamiento constitucional democrático no resulta efectivamente destruido o dañado con el mero hecho de asociarse. Se trata por tanto de un *delito de peligro abstracto* en relación a este bien jurídico²³⁰, ya que carece de un resultado estructural²³¹, sin que pueda exigirse un “resultado de peligro” (concreto) pues ello sería contrario a la ley produciéndose una nivelación entre los delitos de peligro concreto y abstracto²³².

1.d. Penalidad: En cuanto a la pena establecida, ella es notoriamente superior a la de la asociación ilegal común²³³, regulando la responsabilidad en función del grado de participación.

²²² Así la doctrina mayoritaria en Italia, NAPODANO, *Il diritto penale romano nelle sue attinenze col diritto penale moderno*, Napoli, 1878, p. 106. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.176.

²²³ MONTELEONE, *Natura e limiti dell' associazione a delinquere*, en *GP*, 1955, II, p. 433-434. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

²²⁴ Cfr. GARCÍA PABLOS, 1977, p. 176.

²²⁵ COSTA, *Associazione per delinquere*, *Nuovo Digesto*, I, 1937, p. 1033. Cit. por GARCÍA PABLOS, 1977, p.177.

²²⁶ Por todos, GARCÍA PABLOS, 1977, p. 177.

²²⁷ Mas ampliamente GARCÍA PABLOS, 1977, p. 179.

²²⁸ LUZÓN PEÑA, 1996, p. 313, MIR PUIG, 1996, p. 208.

²²⁹ ROXIN, 1997, p.335.

²³⁰ Así lo ha venido considerando desde hace tiempo la jurisprudencia: STS 29-1-1976 (delito de “tendencia o mero riesgo”), STS 14-6-1974 (delito de “peligro” y no de “resultado”),

²³¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en DP.*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 180-182.

²³² CEREZO MIR, *Curso de DP español. PG.*, 5ª ed. Tecnos, 1997, p. 109.

²³³ El art. 517 establece “En los casos previstos en los números 1º y 3º al 5º del artículo 515 se impondrán las

Así el art. 516 sanciona: A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años (art. 516 n°1); y a los integrantes de las citadas organizaciones, con las de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años (art. 516 n°2).

La doctrina no ha sido coincidente en cuanto a la interpretación de la expresión dual “promotores y directores”. Para TAMARIT SUMALLA²³⁴ son “directores” los que realizan la conducta de dirigir tanto “la organización” como alguna de sus partes (vr. gr. células o comandos), en tanto que la conducta del promotor no puede considerarse como la de participación en el delito a título de inducción ya que ésta en todo caso quedaría asimilada a la de promoción. El autor parte de la calificación como grupo de las diversas unidades, comandos o células que integren la organización. PORTILLA CONTRERAS²³⁵, más preciso, en nuestra opinión, estima que la disposición distingue entre “directores”, “promotores”, y “dirigentes”. Así los “directores” serán los que realizan la conducta de dirigir la organización; los “dirigentes” los que ejecutan funciones de dirección en parte de la organización (células o comandos); mientras que los promotores serían “inductores”. Gráficamente podríamos señalar que en la estructura piramidal de las organizaciones armadas los miembros del Estado Mayor ejecutarían la función de directores, en tanto que los Jefes de Pelotón, columnas, unidades de combate y células, ejecutarían la conducta de “dirigentes”. En ambos casos es preciso que el sujeto no solo sea responsable de una determinada función sino que además ejerza el mando sobre otras personas con las cuales ha de planificar y ejecutar las acciones terroristas²³⁶. La distinción entre estas conductas es irrelevante a efectos de la pena ya que ella se equipara en todos los casos.

A diferencia de los anteriores el mero “integrante” o “perteneciente” tiene una sanción menor, cuestión que resulta acorde con el carácter ejemplificador y retributivo de los lineamientos político criminales en materia de terrorismo. Como se ha dicho en el capítulo anterior, la conducta de integración en banda armada es la del “miembro” de la organización, pero a diferencia del resto de las asociaciones ilícitas, no se exige la calidad de “miembro activo”, ya que la disposición no hace referencia alguna sobre el carácter de la intervención. A juicio de PORTILLA²³⁷, con esto parece querer ampliar la sanción a los “simpatizantes”, que solo contribuyen de manera testimonial o económica con la organización, pero que no ejercen ninguna actividad concreta en las células de la organización. Hay que recordar, empero, que los actos de colaboración se encuentran tipificados autónomamente en el art. 576 CP, disposición que exige la conducta de un “extraneus” a la organización, es decir, de quien “no es miembro” de la misma, y que la colaboración, tal como la ha entendido la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, excluye los actos de mero respaldo moral²³⁸.

En este sentido TAMARIT²³⁹ expresa que es difícil imaginar que la integración o pertenencia a estas asociaciones no se traduzca en algún tipo de actividad, y que por tanto la punición de los integrantes por el art. 516.2 del CP debe condicionarse a la prestación de cualquier clase de colaboración con la banda armada, debiendo aplicarse la pena menor prevista

siguientes penas: 1° A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. 2° a los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses”.

²³⁴ TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p. 1452, 2ª ed. 1999, pp. 1486 y ss.

²³⁵ PORTILLA CONTRERAS, 1997, p. 721.

²³⁶ En este último sentido TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p. 1452, 2ª ed. 1999, pp. 1486 y ss.

²³⁷ PORTILLA CONTRERAS, 1997, p. 721.

²³⁸ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 783. STS 2-2-1987 (RJ 1987/1181).

²³⁹ TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p. 1452, 2ª ed. 1999, pp. 1486 y ss.

por el art. 576 solo en el caso del “extraneus”. Si bien en nuestra opinión esta interpretación aparece como correcta ya que es al “intraneus” al que corresponde aplicar la pena prevista por el art. 516.2, la cuestión, se traduce en un problema procesal de prueba en torno a la pertenencia, problema que el legislador parece querer soslayar por las siguientes razones: De un lado, el art. 516.2 omite toda referencia al carácter “activo” de la intervención en la organización, y de otro, el art. 576 contiene una cláusula de incriminación genérica, como veremos, en cuya virtud el ámbito de punibilidad de las conductas se amplía notablemente. Siendo así, los simpatizantes podrían ser sancionados, o bien a título de incriminación autónoma de colaboración con banda armada, aplicándose la sanción prevista por el art. 576, o bien como miembro de la organización caso en el cual la pena aplicable será la del art. 516, que es mayor que la primera.

Si a los anteriores razonamientos unimos la equiparación de las penas tratándose de la conducta del integrante, del colaborador y la del que meramente “actúa al servicio” de una banda armada u organización terrorista a efectos de los arts. 571, 572, y 574 del CP veremos que no es difícil llegar a la conclusión de que el legislador parece querer eliminar problemas de tipo procesal. No parece acertado, por tanto, la carencia de una referencia expresa al carácter activo de la conducta del integrante, conducta que, cuando entra en el ámbito de punición de los delitos previstos en los arts. 571, 572 y 574 del CP, constituye un elemento de lo injusto penal.

La notoria elevación de la pena en relación al resto de las asociaciones ilícitas, unido a la inexigencia de la calidad de “miembro activo” para la atribución de responsabilidad y la pena correspondiente, que sí ocurre en el resto de ellas (art. 517 CP), quiebra el *principio de igualdad* por el que todas las asociaciones deberían entrar en el apartado 1º del art. 515²⁴⁰. Si bien es cierto, desde el prisma político criminal el tratamiento sustantivo penal de los delitos de terrorismo necesariamente conduce a la agravación de las penas, como consecuencia de ello, resulta difícil no renunciar a la política de reinserción cuando se establecen penas privativas de libertad de tan larga duración, por un delito como la asociación en banda armada, la organización o grupo terrorista, que se consuma formalmente por el mero hecho de integrar una banda o incluso colaborar con ella (pensando en el caso de los simpatizantes). Pensamos que con ello se retorna en cierta manera a los criterios de peligrosidad social que han sido objeto de reiteradas críticas por la doctrina. Por otra parte, si pensamos que el terrorismo encuentra su criterio de definición en la legitimidad de un Estado que mantiene abiertas las vías de participación democrática, no se entiende de qué manera puede resocializarse a quien se le priva precisamente de la utilización de estas vías a través de una pena accesoria como la de inhabilitación por tantos años.

1.e. Problemas de concurso con otros delitos.

En cuanto a la posible consunción de la asociación ilícita en los delitos de terrorismo efectivamente realizados, discrepando de la opinión mayoritaria hemos señalado, que a nuestro modo de ver no procede aplicar la regla del concurso de delitos ya que tratándose de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, como ha indicado el TS, la asociación ilícita “es algo preparatorio” respecto de las otras infracciones criminales, una “plataforma desde la cual se delinque luego en abanico y hacia muy distintas direcciones”²⁴¹ de tal suerte que cuando se comete alguno de los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571, 572 y 575 del CP “existe una subsidiariedad tácita que hace que la punición quede absorbida por la de los delitos más graves que hayan cometido”²⁴². Pero no se trata, como sugiere la doctrina de una “absorción agravada”²⁴³, de un concurso medial al que procede aplicar el art. 77 del CP, porque en éste se asigna la pena del delito más grave cometido en su mitad superior, lo que supone estar incriminando doblemente la integración en banda armada.

²⁴⁰ En este último sentido, PORTILLA CONTRERAS, 1997, p.721.

²⁴¹ STS de 30-1-1989 (RJ 1989\608).

²⁴² STS 17-03-1992, 17-11- 1994 (2021/1994). Cfr. LUZÓN CUESTA, 1998, p.361.

²⁴³ CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp.167 y ss.

En un ejemplo: La conducta de integrante o perteneciente a banda armada en el delito de estragos del art. 571 tiene asignada la pena de prisión de quince a veinte años. Si aplicáramos la idea del concurso tendríamos que confrontar esta pena con la estipulada para el integrante en el delito de asociación ilícita (art. 516.2 CP): seis a doce años de prisión. Siguiendo el art. 77 deberíamos decir que debe aplicarse la pena del delito de estragos, agravada además en su mitad superior. Esto supone una vulneración al *principio de non bis in ídem*, al existir una doble incriminación, ya que para realizar el procedimiento concursal hay que considerar separadamente las dos infracciones, cuestión que es imposible si no se contempla la conducta de pertenencia en cada uno de ellos. Al ser la integración o pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista un elemento de lo injusto penal en los delitos de terrorismo de los arts. 571, 572 y 574, no puede, sin vulnerarse el principio de *non bis in ídem*, sancionar doblemente dicha conducta. Así lo ha estimado el TS considerando que no procede condenar nuevamente por un delito de terrorismo concreto ejecutado por pertenecientes a bandas armadas, cuando éstos han sido acusados en otro proceso respecto de la misma organización del delito de integración en banda armada²⁴⁴. Aplicar además una pena agravada, en circunstancias que la conducta es una sola, realizar un delito de terrorismo de los arts. 571, 572 ó 574, supone ir en contra de los criterios de un derecho penal mínimo.

Si la pertenencia a la asociación ilícita constituye un elemento de lo injusto penal en los delitos de terrorismo²⁴⁵ lo correcto es aplicar el principio de la consunción, quedando el delito de asociación ilícita absorbido por el “delito de terrorismo” realizado²⁴⁶. Supuesto que la conducta en el concreto delito cometido contiene, de un lado, el elemento estructural de pertenencia unido a la conducta típica del delito común realizado, hay que entender que el desvalor del concreto delito cometido consume ya el desvalor que supone la conducta de asociarse ilegalmente en una banda armada, organización o grupo terrorista, pues de no existir dicho elemento estructural el delito se calificaría como delito común o como delito de terrorismo del art. 577. De ser así no tendría ninguna relevancia la consideración de la organización en la calificación jurídica del terrorismo, cuestión que ya hemos criticado.

Luego, la disposición que procede aplicar es el art. 8.3 CP que, aunque “insatisfactoriamente”²⁴⁷ refleja la consunción declara: “el precepto penal mas amplio o complejo absorberá a los que castiguen infracciones consumidas en aquel”. Por tanto, la sanción por asociación ilícita cabría solo en aquellos casos en los que no pudiera probarse la efectiva realización de delitos de terrorismo. La regla concursal a que alude la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra opinión sólo tendría aplicación tratándose de los “directores” y “promotores” que ejecutan cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 y ss. ya que, si la intención del legislador es agravar la punición de las conductas de aquellos en los cuales recae una responsabilidad mayor en la organización, es lógico que no pueda dársele el mismo tratamiento que a los meros integrantes. En el ejemplo propuesto, si el delito de estragos terroristas es realizado por quien dirige la organización o alguna de sus partes, deberá confrontarse la pena prevista para este delito: quince a veinte años de prisión, con la prevista por el delito de asociación ilícita del art. 516.1: ocho a catorce años de prisión, debiendo aplicar la primera de ellas en su mitad superior, de acuerdo a lo que dispone el art. 577, siempre que la pena a aplicar no sea superior a la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Esto no quita, en todo caso, el efecto retributivo y ejemplarizante de la pena ya que por el solo hecho de asumir el sujeto una responsabilidad mayor en la organización, sufre una pena no solo más alta que la del integrante, sino excesiva y desproporcionadamente severa. Esto nos lleva a otro problema de mayor envergadura que es el relativo a la responsabilidad penal de los directores y miembros de las organizaciones

²⁴⁴ STS 19-5-1993.

²⁴⁵ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.801, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.75.

²⁴⁶ En esta opinión GIMBERNAT. Cfr. MESTRE, E. 1987, p. 194, nota 124.

²⁴⁷ En esta opinión, MIR PUIG, 1996, p. 673.

criminales, tema sobre el que digresionaremos brevemente tras el análisis del resto de los tipos penales.

1.f. Asociación ilícita y actos preparatorios.

Pareciera ser que no existiría distinción entre la asociación ilegal y los actos preparatorios. Desde luego, ambos implican un adelantamiento de la punibilidad²⁴⁸ ya que quien integra una asociación ilícita es sancionado independientemente de la efectiva comisión de otros delitos utilizando la asociación como medio. Empero la norma del art. 515.2 tipifica un tipo penal autónomo²⁴⁹ ya que, de un lado tiene una sustantividad propia desde que protege un bien jurídico especial, y de otro, porque la ley tipifica de manera expresa los actos preparatorios para cometer el delito de asociación ilícita en el art.519 CP. De acuerdo a este precepto la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda.

La fundamentación de la punición de los actos preparatorios descritos reside, según la jurisprudencia, en el hecho de que la asociación ilícita tiene una mayor estabilidad en relación a la conspiración, y ésta a su vez posee un objetivo concreto a diferencia de aquella, en la que el número de infracciones es indeterminado²⁵⁰. Compartiendo la opinión de QUINTERO OLIVARES²⁵¹ estimamos que no deja de ser incomprensible el castigo “de los que se agrupan para decidir agruparse para luego delinquir”, y que en todo caso, de ser necesario el castigo a fases anteriores del delito, existe la fórmula de la tipificación expresa o específica, evitando las descripciones genéricas de los actos preparatorios punibles.

1.g. Reflexión jurídica y político criminal acerca de la incriminación penal autónoma de la asociación ilícita terrorista.

A la luz de las consideraciones realizadas cabe preguntarse si es jurídico y político criminalmente adecuado contemplar la asociación ilícita como tipo penal autónomo. Desde luego, como se ha señalado, la asociación ilícita constituye un adelantamiento de las barreras de protección penal, adelantamiento que por otra parte ha sido utilizado históricamente para reprimir las mas variadas formas de disidencia²⁵².

La configuración típica de este delito parece haber querido salvar un vacío legal que tiene por objeto incriminar penalmente la conducta de quienes sin haber cometido delito alguno, deben, por razones de política criminal, ser castigados en razón de su adhesión a una determinada idea política. Quizás esta afirmación parezca un tanto severa, pero no encontramos otra explicación para su inclusión en el CP como un delito autónomo.

El mero hecho de asociarse, integrar una organización que tiene un programa delictivo, supone un peligro abstracto para la lesión del ordenamiento constitucional democrático. Peligro abstracto cuya diferencia con el “concreto” ha sido enfocado desde la perspectiva “ex ante” de la conducta (peligrosidad de la acción) o “ex post” (resultado de peligro)²⁵³. Concordando con CARO CORIA creemos que la distinción entre peligro abstracto y concreto radica “en si para la tipicidad es suficiente un mero desvalor de acción, o si es necesario además un desvalor de

²⁴⁸ Así BUENO ARÚS, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, RFDUCM, Monográfico N° 11, 1986, pp.135-145, esp. p. 138.

²⁴⁹ Así la doctrina mayoritaria. Por todos, TAMARIT SUMALLA, 1996 a), p.1448, 2ª ed. 1999, pp. 1486 y ss.

²⁵⁰ STS 24-6-1993. PORTILLA CONTRERAS, 1997, p. 722.

²⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G.; “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, ob. cit. 1999, p.186 nota 9.

²⁵² En este último sentido QUINTERO OLIVARES, 1999, p. 179.

²⁵³ CARO CORIA, D. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, pp.468 y ss.

resultado”²⁵⁴, de donde resulta que el peligro abstracto solo exigiría la comprobación de la peligrosidad ex ante de la conducta, cuestión que en el delito de asociación ilícita resulta discutible.

Técnicamente hemos indicado que se corresponde con los delitos de mera actividad, sin embargo debe realizarse una valoración en torno a la *idoneidad* de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico protegido. ¿Puede el mero hecho de afiliarse a una asociación cuyo objeto sea subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública ser idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido?. En nuestra opinión, la conducta de quien meramente se afilia o integra a este tipo de asociaciones no resulta idónea para poner en riesgo el ordenamiento constitucional democrático. Antes, en el análisis del bien jurídico protegido hemos expuesto nuestro parecer en torno a la inidoneidad de las organizaciones terroristas para lesionar y siquiera hacer peligrar el bien jurídico colectivo que se pretende proteger con los delitos de terrorismo: “ordenamiento constitucional democrático”. Bien jurídico colectivo que a su vez es distinto del que se protege en las asociaciones ilícitas descritas en el art. 515 del CP, y que como se sabe, es la seguridad interior del Estado.

El legislador ha considerado la pertenencia o integración a una banda armada como un elemento de lo injusto penal en los delitos de terrorismo que describen los arts. 571 y ss., y que se ubican dentro de los *delitos contra el orden público*. Y a la vez incrimina penalmente la conducta de quienes no han realizado dichos delitos específicos, con un tipo penal autónomo que ubica dentro de los *delitos contra la constitución* (art. 515.2). ¿No resulta esto contradictorio?. Si se quiere tipificar autónomamente la asociación ilícita terrorista, lo lógico sería hacer radicar –desde el punto de vista de la técnica penal- el fundamento de la incriminación en la posibilidad de riesgo al ordenamiento constitucional democrático, riesgo que aparentemente se produciría por el hecho de poseer la organización un programa político destinado a atentar contra este bien jurídico, cumpliendo por otra parte las características de ser una organización armada. Por otra parte, el art. 515.2 ni siquiera describe lo que ha de entenderse por “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, debiendo realizarse una labor interpretativa que inexorablemente conduce a una remisión normativa tácita hacia los arts. 571 y ss. del CP, en los que únicamente se les señala como aquellas entidades que tienen por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

No obstante, de reubicar el tipo penal de la asociación ilícita dentro de los delitos de terrorismo (o “contra el orden público) no solucionaría los problemas de doble incriminación que hasta ahora han debido resolverse mediante la vía del concurso, y no siempre de manera adecuada a los principios garantistas. Baste recordar las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha negado la posible consunción de la asociación en los específicos actos delictivos respecto a los integrantes²⁵⁵. Y aún más, se corre el riesgo de llegar a *interpretar el art. 515.2 como un delito relacionable con cualquier tipo de delitos*. Ello sucede si relacionamos el art. 515.2 con el art. 574 del CP que contiene, como se verá, una cláusula genérica de incriminación terrorista para “cualquier otra infracción con las finalidades expresadas en el art. 571”. ¿No supone ello conducir inevitablemente a una *hipertrofia penal*, contraria a los criterios que apuntan hacia la reducción del derecho penal?.

De allí que resulte dudosa la idea de la punición autónoma de la asociación ilícita del art. 515.2, porque supone una incriminación adicional para todos los delitos que se cometan desde la actividad de una banda armada, organización o grupo terrorista²⁵⁶. Si lo que político

²⁵⁴ CARO CORIA, 1999, p. 469.

²⁵⁵ STS 30-1-1989.

²⁵⁶ En este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES: “Fuera del ámbito del art. 515, la comisión del delito en el marco de una organización criminal es una posibilidad ya contemplada en diferentes materias, como son el terrorismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, o la tenencia y depósito de armas...”. QUINTERO OLIVARES, 1999, p. 190.

criminallymente se persigue es la sanción agravada a conductas de terrorismo, y en ellas el elemento estructural u organizativo se encuentra inserto como parte del tipo objetivo de los delitos (arts. 571, 572, 574 CP) no parece adecuado incriminar autónomamente la conducta de quienes aún no han cometido este tipo de delitos, y cuya sanción es además desproporcionadamente más grave que la del resto de las asociaciones ilícitas (art. 516 CP). Si de agravar las penas se trata, parece ya suficientemente grave el tratamiento punitivo de los tipos penales que contemplan los arts. 571 y ss. del CP.

Si de lo que se trata de es incriminar penalmente a las asociaciones ilegales que operan al amparo del aparato estatal, siempre sería preferible reconstruir los criterios de imputación para su sanción, que deberían ir paralelos a los de la persona individual²⁵⁷.

En todo caso, no debe olvidarse la importancia que tiene la penalización de las asociaciones ilícitas como instrumento político en manos del Estado.

2.- DELITOS COMUNES COMETIDOS POR INDIVIDUOS RELACIONADOS CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS.

Los arts. 571,572,573 y 574 del CP remiten para la determinación del núcleo de la acción a otras disposiciones del CP relativas a ciertos delitos comunes. La estructura de todos estos tipos penales coincide en ciertos requisitos comunes: la exigencia de la presencia del elemento estructural en los elementos objetivos de la tipicidad, y la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, como elemento subjetivo del tipo.

Para la incriminación bajo la rúbrica de terrorismo el legislador pondera ciertas dimensiones de pluriofensividad típica, construyendo figuras cualificadas de los delitos comunes. Sin embargo la descripción positiva se limita a enumerar una serie de figuras delictivas cuya clasificación no obedece ni al criterio de los bienes jurídicos afectados, ni tan solo siquiera el de la gravedad de las conductas incriminadas. Falta sistematización y un criterio unitario de unificación de las figuras delictivas²⁵⁸.

2.1. TIPOS DE RIESGO CATASTRÓFICO: DELITOS DE DAÑO MATERIAL Y DE PELIGRO PARA LAS PERSONAS

Las primeras modalidades de comportamientos terroristas que recoge el CP se vinculan a lo que tradicional e históricamente se ha entendido por terrorismo, en cuanto a la utilización de medios especialmente dañinos para la comisión del delito. Es así como por el art. 571 se incriminan los tipos de estragos e incendio.

Art. 571: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos e incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”.

A.- ESTRAGOS.

El art. 571 contiene una figura cualificada del delito de estragos del art. 346 del CP tipificado en el mismo como delito de riesgo catastrófico. Se trata de un delito pluriofensivo que se compone de daños materiales de valor patrimonial de una gran importancia cometidos a

²⁵⁷ En este sentido, ZÚÑIGA, L. “*Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva*” en AA.VV. *Las consecuencias jurídicas del delito. II Congreso Internacional de Derecho penal*, Lima, Ara eds., 1997, p.358.

²⁵⁸ En esta opinión POLAINO NAVARRETE, 1997 a), pp.902-903.

través de medios con especial capacidad destructiva, y que son los elementos que hasta el CP de 1995 eran considerados los de mayor significación. Según la doctrina mayoritaria lo significativo no es la magnitud de los daños que se causen sino *el peligro para la vida o integridad de las personas*, circunstancia que se erige como núcleo central del tipo penal y que justifica su naturaleza²⁵⁹. Esta dirección político criminal, adecuada al principio de lesividad, ha sido reafirmada por la **LO 7/2000** que agregó un inciso al final del párrafo primero del art. 346: “cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este código”.

A.1. Tipo Objetivo:

Sujeto activo: cualquiera que pertenece, colabora o actúa al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. **Sujeto Pasivo:** la sociedad.

Conducta típica: La acción consiste en cometer el delito de estragos del art. 346, perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas. Los estragos terroristas en cuanto tipo penal autónomo, y a la vez figura calificada, participan de las notas características a todo delito de estragos, consistiendo la acción en causar explosiones o utilizar cualquier otro medio de similar eficacia destructiva²⁶⁰. Las notas características, de acuerdo al art. 346 del CP son: 1.- La gravedad y peligro de los medios utilizados, 2.- La gran magnitud de los daños causados, 3.- La necesaria causación de un riesgo para las personas²⁶¹.

1.- Gravedad y peligro de los medios utilizados: Son elementos descriptivos del tipo carentes de referencias normativas. Se consideran como tales: explosivos y cualesquiera otros medios de similar capacidad en orden a la producción del resultado material del delito, lo que queda manifestado en la expresión: “provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva”. Esta “similar potencia destructiva” debe acreditarse tanto por la prueba del daño material que produce la conducta, como el peligro para las personas²⁶².

2.- La gran magnitud de los daños causados en elementos a los que se da especial significación: “causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación”.

Las dependencias señaladas en la norma: aeropuertos, vías férreas, etc. constituyen el **objeto material** del delito, y los estragos que se causan son el *resultado*. La enumeración es exhaustiva, de manera tal que el mismo ataque grave, y por los mismos medios de destrucción, a otros elementos distintos de los enumerados, no cabe dentro de la configuración del ilícito penal²⁶³. La distinción de estos objetos materiales no plantea dificultades en cuanto a su determinación, salvo en cuanto a la interpretación de la frase “locales públicos” dentro de la cual se ha considerado jurisprudencialmente incluso las instalaciones de libre acceso a cajeros automáticos de entidades bancarias²⁶⁴. Evidentemente a efectos de la norma no debe considerarse para determinar si un local es público o privado, la circunstancia de pertenencia

²⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Delitos contra la seguridad colectiva*”, en *Curso de DP. Español. PE*, T.II, dirig. por COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.93-124, esp. pp.107 y ss.

²⁶⁰ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.530. Similar, BUSTOS, J. 1991, p. 246.

²⁶¹ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 108.

²⁶² POLAINO NAVARRETE, 1997 a), pp.903-904.

²⁶³ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 109.

²⁶⁴ SAN de 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654).

estatal o particular de los mismos sino la afluencia de personas que en ellos existe por el riesgo de lesión a ellas mediante la colocación de un artefacto explosivo.

El CP suprime la referencia a que los daños pueden ser de cualquier cuantía, corrigiendo un defecto en relación al anterior CP en relación a los resultados lesivos como medio de comisión del delito²⁶⁵. Los daños patrimoniales no constituyen, sin embargo, la verdadera significación del delito de estragos ya que, como ha señalado la jurisprudencia, lo que prima es “su carácter de riesgo colectivo o comunitario, siempre inherente al empleo de agentes tan destructivos como los descritos, atendiendo más al daño potencial, ínsito en los mismos, que al resultado dañoso el cual puede devenir en mínima cuantía”²⁶⁶.

3.- La necesaria causación de un riesgo para las personas: “...cuando los estragos comportaren necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas”. Se trata de un elemento objetivo del tipo de estragos²⁶⁷. Más que el valor patrimonial de los daños causados, como se decía, lo que verdaderamente importa es la causación del riesgo para las personas²⁶⁸, característica cuya valoración determina su ubicación, como *delito común*, dentro de los delitos contra la seguridad pública, y no entre los delitos contra la propiedad, como ocurría en la anterior regulación²⁶⁹. El mismo criterio utiliza el legislador para incluirlos como delitos de terrorismo, dentro de los delitos contra el orden público, lo que en opinión de POLAINO NAVARRETE²⁷⁰ carece de fundamentación sustantiva y con discutible sentido político criminal.

De la exigencia del peligro para las personas se deduce, además, que los estragos que causan un daño exclusivamente patrimonial no caben dentro de la configuración típica del art. 346 CP. Sí caben, en cambio -de *lege data*- los estragos de cuantía patrimonial mínima, o que ni siquiera requieren este daño patrimonial, cuando importaren este peligro, como ocurre con los supuestos del cambio malicioso en las señales de una vía férrea o la grave perturbación en los medios de comunicación. La causación del daño, en cambio, es necesaria para la configuración del delito, cuando así lo exige el supuesto de hecho, como ocurre con los supuestos de “destrucción”, conductas que por su gran capacidad de lesión necesariamente importan un riesgo para las personas. La LO 7/2000 vino a reafirmar estas consideraciones desde el momento en que castiga el hecho como daños (art. 266 CP), cuando no concurriera tal peligro.

Por esta razón, la opinión antes citada de POLAINO NAVARRETE no nos parece la más adecuada toda vez que la grave incriminación que suponen los delitos de terrorismo exige que al menos exista un peligro concreto para las personas, pero su diferencia con el delito común de estragos estriba no en este peligro, sino en los elementos subjetivos del tipo relativos a la finalidad perseguida por el autor.

De acuerdo a la descripción típica se infiere que la conducta se compone de una serie de supuestos que, en opinión de la doctrina, la hacen innecesariamente compleja, ya que a partir de los medios comisivos enumerados (explosiones y medios semejantes) y empleados ha de

²⁶⁵ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 530.

²⁶⁶ SSTS de 25-9-1987; 8-11-1984, 29-3-1985.

²⁶⁷ STS 73/1999 de 8-3-1999 (RJ 1999/1299)

²⁶⁸ Así SSTS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321), 73/1999 de 8-3-1999 (RJ 1999/1299), 25-9-1987, 8-11-1984, 29-3-1985. Auto de la Sala de lo penal del TS, de 28-10-1998. Auto de Inadmisión núm. 238/1988-P (RJ 1998/8562). En la doctrina GONZÁLEZ RUS, J.J. 1997, p.108; POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 904, TAMARIT SUMALLA, J.M. “*De los estragos*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por Gonzalo QUINTERO OLIVARES y coord. por J.M. VALLE MÚÑIZ, Ed. Aranzadi, 1996 b), pp.1567 y ss., esp. p. 1568, también en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Ed. Aranzadi, 2ª ed. 1999, pp. 957 y ss.

²⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 108; MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 529, POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.904. SAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

²⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.904.

producirse un *resultado destructivo* que, a su vez, es la causa del riesgo o peligro para las personas. De esta forma, entre los medios de comisión y el peligro necesariamente tienen que producirse las consecuencias desastrosas, siendo ésta la circunstancia que en definitiva impide la inclusión de otros supuestos distintos de los enumerados por el tipo, como el empleo de gases tóxicos²⁷¹.

El empleo del adverbio “necesariamente” debe ser interpretado, por tanto, como la exigencia de un riesgo para las personas inexorablemente unido a la acción destructiva, que no puede ser presumido o supuesto sino objeto de una valoración del juzgador expresada como hecho probado. Y este hecho debe probarse mediante “la producción” de los estragos “que comporten un riesgo o peligro para las personas”. En esta postura, el TS ha indicado que si el delito de terrorismo no ha sido cometido mediante la producción de unos estragos que no tienen relación con el peligro para la vida o integridad de las personas, los hechos no pueden ser calificados conforme al art. 571 CP, porque en éste se exige la relación entre el riesgo y los estragos, y que en cambio pueden caer dentro de una de las hipótesis delictivas previstas por el art. 573 CP (mera colocación o empleo de sustancias o aparatos explosivos). La calificación jurídica sería por tanto la de un delito continuado de terrorismo del art. 573 en concurso con un delito común de estragos del art. 346 CP²⁷².

De ahí que no podría incluirse dentro de las hipótesis delictivas de estragos aquella que se refiere a la perturbación grave de cualquier medio de comunicación, por cuanto en ella la posibilidad de riesgo para las personas es remota o mínima. No parece adecuado asimilar en su desvalor la conducta del que, con finalidad “terrorista”, coloca un artefacto explosivo en un lugar de gran afluencia de público, que aquel que coloca, con la misma finalidad, un artefacto de similar potencia en una torre de alta tensión ubicada en una montaña, a objeto de producir un corte general en el alumbrado público. Con la LO 7/2000 esta situación queda resuelta ya que la conducta deberá castigarse como un delito de daños del art. 266 CP.

Cabe advertir que la modificación efectuada por la LO 7/2000 en este punto, alcanza solo a los delitos comunes de estragos e incendio (arts. 346 y 351 CP), y no al art. 571 CP relativo a los “estragos terroristas” e “incendios terroristas” perpetrados en el marco de una organización de esta naturaleza. Ante esto caben dos posibilidades:

- a) Entender tácitamente modificado el art. 571 CP, como consecuencia de la modificación de los arts. 346 y 351 CP, en cuyo caso nos encontraríamos ante un nuevo tipo penal, de “daños terroristas”, inexistente como “nomen iuris propio” hasta antes de la LO 7/2000, y que resultaría castigable en virtud de la relación entre los arts. 571 y 346 párrafo primero inciso final, o arts. 571 y 351 CP.
- b) Entender que los delitos de “daños terroristas” solo son castigables en virtud de la cláusula genérica contenida en el art. 574 CP que sanciona a título de terrorismo “cualquier otra infracción” contenida en este código, cuando se cometiere con las citadas finalidades.

En nuestra opinión, y para cumplir con el principio de tipicidad, no podemos concebir aquí la creación de un tipo penal nuevo en relación con los delitos de terrorismo perpetrados por sujetos pertenecientes o relacionados con bandas armadas. Ni mucho menos entender que la penalidad aplicable a los “daños terroristas” sea la prevista en el art. 571. Esto porque la LO 7/2000 no se preocupa de establecer expresamente un delito de “daños terroristas” perpetrados por sujetos relacionados con bandas armadas. Se limita a modificar los delitos comunes de “estragos” e “incendio”. Sí se preocupa, en cambio, de incluir expresamente al delito de

²⁷¹ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 109. En contra, TAMARIT para quien es la limitación de medios la que impide incluir estos supuestos dentro de la conducta típica. TAMARIT SUMALLA, 1996 b), p. 1570; 1999, pp. 957 y ss.

²⁷² STS 73/1999 de 8-3-1999 (RJ 1999/1299). Similar Auto de la Sala de lo penal del TS, de 28-10-1998. Auto de Inadmisión núm. 238/1988-P (RJ 1998/8562)

“daños”, dentro de las hipótesis delictivas del art. 577, que se refiere a los delitos perpetrados por sujetos “no relacionados con bandas armadas”.

Esta situación, incoherente, a nuestro entender, es atribuible a un “olvido” del legislador, preocupado al momento de dictarse la LO 7/2000, por reprimir las conductas del llamado “terrorismo individual” o también “terrorismo urbano”, en respuesta a los actos de violencia callejera perpetrados por la *kale borroka* en el País Vasco. Incoherente porque se sabe que el art. 577 es una excepción a la regla general en el concepto legal de terrorismo, y que no se justificaría un tratamiento más agravatorio para sujetos no relacionados con bandas armadas que a los que sí pertenecen o colaboran con ellas, en el entendido de tipificar expresamente los “daños terroristas” para los primeros y no para los últimos.

Esto demuestra que el apresuramiento legal en responder a una determinada coyuntura política y social, trae como consecuencia errores legislativos incompatibles con el respeto a las garantías individuales. Por esta vez el “olvido” no ha traído tales consecuencias ya que los “daños terroristas” se castigan con la misma pena sea que se trate de daños realizados por sujetos relacionados con bandas armadas, o no relacionados con ellas. Esto se produce porque, ante la falta de referencia expresa del legislador, a los daños perpetrados por sujetos relacionados con bandas armadas u organizaciones terroristas, la conducta descrita en el art. 266 sigue siendo cualificable conforme al art. 574 que castiga con la “pena señalada al delito ejecutado en su mitad superior”. Y que a su vez es la misma pena que asigna el art. 577 a las conductas descritas en él, y que se refieren a sujetos no relacionados con bandas armadas.

A.2. Tipo subjetivo:

La conducta ha de ser dolosa y ejercerse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa que constituye un elemento subjetivo del tipo (tendencia interna intensificada)²⁷³. El dolo (genérico) debe comprender tanto la causación de la destrucción como la conciencia de que con ella se produce un peligro para la vida o integridad de las personas²⁷⁴. Ha de existir un verdadero ánimo de matar o lesionar que queda evidenciado por la utilización –sin medir consecuencias- de determinados medios dañosos. Así lo manifiesta la jurisprudencia del TS al señalar como prueba del dolo de causar la muerte, la utilización de medios de gran capacidad destructiva²⁷⁵.

El CP de 1995 elimina la expresión “maliciosamente” que contenía el anterior CP, lo que a juicio de la doctrina resulta coherente con la posibilidad de que los estragos, en cuanto delito común, puedan ser realizados por imprudencia grave²⁷⁶, cuestión que no ocurre tratándose de los estragos terroristas ya que en ellos siempre es necesario el dolo. Por ello a estos efectos, consideramos que es mejor interpretar la eliminación de la expresión mencionada, como posibilidad de admitir la existencia de *dolo eventual* en la realización de las conductas²⁷⁷.

Así por ejemplo, el integrante de una organización terrorista que cumpliendo una orden coloca una bomba en un local público a objeto de dar muerte a alguna autoridad que allí se encuentra, sabe que es muy posible que a consecuencia de su actuación mueran otras personas

²⁷³ En este sentido, PRATS CANUT, 1999, p.1622; MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p.1968.

²⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 110, TAMARIT SUMALLA, 1996 b), p. 1571, 1999, pp.957 y ss.

²⁷⁵ Así la jurisprudencia indicó con motivo de un ataque a un cuartel policial: “la enorme potencia destructiva de esta clase de explosivos, que quedó de manifiesto en los múltiples daños que produjo el primero de los tres disparos que salieron de los lanza granadas y las gravísimas lesiones sufridas por el Cabo 1º que pisó una de las dos trampas bombas que habían sido colocadas, revela de modo evidente la intención de causar la muerte a un número indeterminado de las personas que pasaban la noche en sus residencias del cuartel agredido”. STS 6-11-1995.

²⁷⁶ Aunque la mantiene cuando se refiere a “cambio malicioso en las señales empleadas en el servicio de una vía férrea”. Cfr. MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996, p.530.

²⁷⁷ Exceptuando en el caso de los estragos comunes, el cambio “maliciosos” de las señales de vías férreas, ya que aquí la conducta requiere de dolo directo., Cfr. GONZÁLES RUS, 1997, p. 110.

inocentes, resultado que no busca ni desea, pero lo prevé. Existe una concreta “probabilidad” de que ellas se produzcan, mas no “certeza”. El sujeto decide correr el riesgo de que se realice el peligro previsto, y realiza la conducta. No cabe duda que concurrirá dolo eventual en caso de que las muertes se produzcan. Es discutible que se trate de un dolo directo de segundo grado en relación a las mismas ya que es difícil sostener que en este caso la conformidad con las muertes se asimile a deseo (elemento volitivo). Distinto sería si sobre la base de una probabilidad que pudiera equipararse a certeza (probabilidad estadística) supiera a ciencia cierta que el resultado de muerte se producirá, y lo considerare necesario. Por ejemplo, la bomba puesta en el coche de la autoridad política que tiene por objeto matar a ésta, mas no al conductor. El terrorista sabe que es “casi seguro” que también morirá el conductor. Si así sucede concurrirá un dolo directo de segundo grado en relación a este resultado de muerte²⁷⁸.

A.3. Naturaleza y clasificación del delito.

a) Según la relación con el bien jurídico, al condicionarse la incriminación de las conductas a la producción de un resultado de peligro para la vida o integridad de la personas, se configura un delito de peligro. En opinión de algunos autores se trata de un *delito de peligro concreto*²⁷⁹, y otros²⁸⁰ estiman que se trata de un *delito de peligro abstracto*, ya que no se exige un resultado de peligro para “concretas personas”, sino una situación de peligro “para la vida o integridad de las personas”, es decir, un peligro general y común, opinión que también ha sostenido en alguna ocasión la jurisprudencia²⁸¹.

En nuestra opinión, el delito ha de interpretarse como un *delito de peligro concreto* tomando como base el bien jurídico colectivo que se protege (ordenamiento constitucional democrático). Este peligro concreto *se constata*, conforme a la configuración típica, *con la producción de actos ejecutivos*, esto es, conductas que en sí mismas son dañosas y de graves consecuencias destructivas capaces de producir una situación de riesgo para la vida o integridad de las personas. Ha de tratarse de un riesgo real, y no remoto, excluyendo los casos en los que la probabilidad de lesión a estos bienes individuales es mínima, como ocurre en el caso de la perturbación de los medios de comunicación, hipótesis delictiva en la que sí nos encontramos con un delito de peligro abstracto.

Por otra parte, si bien es cierto que el riesgo ha de ser creado en relación a una colectividad indeterminada de personas, no por ello el delito pasa a calificarse automáticamente como de peligro abstracto. No es preciso que el peligro se concrete en ninguna persona determinada, ni mucho menos que se materialice, sino que “exista un plus de peligrosidad superior al que implica por sí sola la utilización de los medios dañosos”²⁸², y este plus de peligrosidad viene dado por la “tendencia” que impregna la acción: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, que es en definitiva lo que fundamenta el merecimiento de pena superior a la de los estragos comunes.

Si la destrucción ha de ser necesariamente peligrosa para la vida o integridad de las personas, la conducta destructiva y el peligro son inseparables, y por tanto el peligro puede “concretarse” a través de dicha conducta, peligro que en todo caso deberá probarse valorando las circunstancias del caso concreto, y no tan solo la naturaleza del lugar en que se producen los

²⁷⁸ Mas ampliamente, supra Cap. VI, Apdo. 3º, II. *Tipo Subjetivo, D.- Especial consideración acerca del dolo...*

²⁷⁹ Así, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 530; LAMARCA, C., 1999, p.15, TAMARIT SUMALLA, 1996 b), p. 1570, 1999, pp.957 y ss.

²⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 109.

²⁸¹ Así STS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321): “Se trata de un delito de peligro abstracto, general y comunitario que puede afectar a una colectividad de personas poniendo en peligro su integridad física”. La Audiencia nacional se ha manifestado de manera similar estimando que “la norma exige un peligro abstracto cualificado”. SAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

²⁸² SAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

estragos y que debe consistir en algunos de los que el tipo penal describe. Así deberán valorarse para imponer la sanción, circunstancias cuya presencia o ausencia son determinantes en las probabilidades de riesgo para las personas. No es lo mismo provocar una explosión de un medio de transporte colectivo que se encuentra aparcado en el lugar donde normalmente debe recogerse al finalizar su labor, que hacerlo cuando éste circula por la calle lleno de pasajeros. La probabilidad del riesgo para las personas es infinitamente mayor en este último caso, y casi nula en el primero.

b) *Según las modalidades de acción.*

b.1.- *Por las modalidades de la parte objetiva:* En concordancia con lo anteriormente expuesto, la doctrina mayoritaria concluye que el delito de estragos es un *delito de resultado*²⁸³ puesto que los daños materiales que se causen son relevantes en la medida que importen un peligro típico, y su causación (estragos materiales) es imprescindible, a la vez, para que se consuma el tipo delictivo de estragos. La doctrina minoritaria²⁸⁴ estima, en cambio, que se trata de un delito de mera actividad toda vez que en la descripción típica se exige, de un lado la provocación de una explosión o la utilización de un medio similar, y de otro la “causación” de alguno de los resultados previstos en “un catálogo cerrado de supuestos”. En similar opinión se ha manifestado más recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo indicando que “se trata de un delito de consumación inmediata, independientemente de las consecuencias...”²⁸⁵.

Si consideramos los estragos en cuanto delito común, y la necesaria correlación entre la conducta destructiva y el peligro, es evidente que el *resultado* siguen siendo *los estragos* que causa o *pudiere causar* la utilización de los mencionados medios dañinos²⁸⁶. Algo similar ocurre tratándose de los estragos terroristas tipificados en el art. 571 ya que para la consumación del delito de terrorismo, basta con la comprobación del “*resultado de peligro*” para el ordenamiento constitucional democrático, peligro que en la interpretación que se sostiene ha de ser un peligro concreto, siendo la prueba del mismo, bien los actos ejecutivos de utilización de determinados medios dañinos idóneos para poner en riesgo los bienes jurídicos individuales (vida o integridad de las personas), bien el resultado material de daños + peligro para las personas.

Es además: un *delito instantáneo* porque el tipo ese consuma cuando se produce el resultado de peligro para el bien jurídico colectivo, sin que se exija la producción de una situación antijurídica duradera en el tiempo, es un *delito de acción*, y *de medios determinados* ya que la remisión normativa del art. 571 es al art. 346 del CP y en éste la configuración típica describe expresamente las modalidades de acción. Se trata también de un *delito con pluralidad de actos* ya que se requiere la destrucción de la cosa y el peligro para las personas.

b.2. *Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva:* El autor debe realizar la conducta típica del delito de estragos comunes pero confiriéndole un sentido subjetivo específico: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La presencia de estos elementos subjetivos en el tipo determina que nos encontremos ante un tipo incongruente por exceso subjetivo que técnicamente se corresponde con un *delito de tendencia interna intensificada*.

c) *Según los sujetos:* Desde el punto de vista de la cualificación o no del autor, nos encontramos ante un *delito especial* toda vez que se exige al realizar la conducta una relación específica con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, esto es, ejecutar el delito perteneciendo,

²⁸³ Así MUÑOZ CONDE, 1996, pp. 530-531, GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 110, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 273, LUZÓN CUESTA, 1998, p.360.

²⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, 1996 b), p. 1569; 1999, pp. 957 y ss.

²⁸⁵ STS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321).

²⁸⁶ En esta opinión, por todos MUÑOZ CONDE, 1996, p.530.

colaborando o actuando al servicio de dichas entidades. Dentro de los delitos especiales es a su vez un delito especial impropio ya que cuenta con una figura paralela de delito común (estragos del art. 346 CP).

A.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

El delito descrito en el art. 571 se consuma con la comprobación del resultado de peligro para el ordenamiento constitucional democrático sin que sea necesario un resultado de daños materiales y con peligro para las personas, materialmente separable de la conducta típica. Si no se alcanza la destrucción o grado material, el delito queda en fase de tentativa²⁸⁷, bastando con la realización de actos ejecutivos encaminados a lesionar o poner en peligro (concreto) el bien jurídico colectivo. A similares conclusiones ha llegado en otras ocasiones el Tribunal Supremo estimando como principio de ejecución del delito de estragos el ser sorprendido ocupándose de bombas explosivas que se llevan con propósito de colocarlas en el interior del domicilio, ya que se darían actos que revelan un principio de ejecución del delito como es la preparación del artefacto explosivo y por tanto el delito se cometería en grado de tentativa²⁸⁸.

Lo que se quiere decir es que habiendo principiado la ejecución del delito, p.ej. activar un artefacto explosivo en alguno de los lugares descritos en el art. 346 CP, si éste no llega a detonar y por tanto a causar daños patrimoniales, el delito debe calificarse conforme al art. 571 en grado de tentativa, cuando fuere cometido por quien pertenece, actúa al servicio o colabora con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con la finalidad expresa de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. En caso de producirse la consumación de los estragos comunes (daños+peligro para las personas) la solución es un concurso ideal entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual, que deberá resolverse conforme al art. 77 del CP ya que se trata de un hecho que constituye dos o mas infracciones, siendo los estragos (art. 346 CP) el medio necesario para cometer el delito de terrorismo descrito en el art. 571 CP.

Si el delito se cometiere con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, por el sujeto activo descrito en el art. 571, y si el resultado materialmente separable fuere solo de daños materiales, sin que importare un riesgo para las personas, el delito debería calificarse conforme al delito descrito en el art. 573 que se refiere a la mera colocación o empleo de sustancias explosivas, o incluso puede de lege data caber dentro de la cláusula residual descrita en el art. 574.

A estos efectos parece importante recordar, una vez más, que los elementos que inciden en la calificación del terrorismo como delitos de nomen iuris propio no es precisamente la comisión de infracciones comunes ya tipificadas en otros lugares del CP, sino, en primer término, la “finalidad” que como “tendencia intensificada” guía la acción hacia la lesión del ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico protegido), y en segundo término, la especial calidad que debe revestir el sujeto activo en cuanto su relación con organizaciones terroristas, exceptuando las conductas que se describen en el art. 577 CP.

B.-INCENDIO.

El art. 571 incrimina como delito de terrorismo el delito de incendio del art. 351 del CP cuando fuere cometido perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Cabe destacar que la LO 7/2000, agregó un párrafo segundo al art. 351: “cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este código”.

²⁸⁷ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, pp. 530-531, GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 110, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 273.

²⁸⁸ STS 21-3-1982. 20-6-1984 y 30-1-1990.

B.1. Tipo objetivo.

La estructura del incendio terrorista es idéntica a la de los estragos terroristas, representando una modalidad cualificada de los incendios comunes descritos en el art. 351 que también aparecen ubicados entre los delitos contra la seguridad colectiva. Coinciden entonces tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo. En cuanto a la **conducta** ella debe consistir en la modalidad básica de incendios que describe el art. 351 CP: “los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años”.

El **verbo rector** que determina la acción típica es “provocar” un incendio, concretamente “prender fuego a una cosa que no está destinada a arder”²⁸⁹. El “incendio” es un elemento descriptivo del tipo desprovisto de referencias normativas, y que la doctrina ha definido como “la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego”²⁹⁰ caracterizándose este medio de comisión (fuego) por su capacidad de propagación que a su vez se encuentra implícita en la capacidad de puesta en peligro de bienes personalísimos²⁹¹. Si la conducta típica consiste en “provocar un incendio”, debe precisarse que la combustión del elemento utilizado para encender fuego a un objeto no tiene relevancia típica sino que el incendio del objeto al cual se aplica la combustión²⁹². El tipo legal se satisface con la actividad de prender fuego y que este se propague a la cosa, comenzando su combustión, en forma independiente²⁹³. El **objeto material** es cualquier bien mueble o inmueble sobre el que recaerá la acción típica de destrucción mediante el fuego, pudiendo tratarse incluso de una cosa que está destinada a arder ya que, si de su destrucción se deriva el peligro para las personas el delito igualmente se produce.

En cuanto a la necesidad del **peligro para la vida o integridad de las personas**, nos remitimos a lo ya indicado en relación al delito de estragos, insistiendo en que se trata de un elemento objetivo del tipo previsto por el art. 571 que ha de presentarse para la configuración de la conducta típica. Así el TS con ocasión de la conducta de incendio a oficina y vehículo realizada por un sujeto perteneciente a una banda armada u organización terrorista, estima que ella debe ser subsumible en el art. 573 del CP cuando no se acredite el peligro para la vida. El peligro no puede acreditarse por un hecho tan simple como el que el edificio incendiado se encontrare ubicado en un lugar céntrico²⁹⁴. Concordamos en este sentido con el TS ya que dar por probado el hecho por la sola circunstancia del lugar implicaría desconocer la naturaleza del peligro concreto del delito, interpretación que aquí se ha adoptado. Es preciso, por tanto, valorar otras circunstancias, no solo la del lugar en la que se encuentra el objeto material, sino también de tiempo (hora a la que el delito se realiza, si se trata de horas de mayor afluencia de personas o de escasa o nula afluencia), la posibilidad de que el artefacto empleado alcance a potenciales transeúntes²⁹⁵.

²⁸⁹ STS 21-12-1984 (RJ 1984/6595).

²⁹⁰ GONZÁLES RUS, 1997, p. 116, MUÑOZ CONDE, 1996, **DP.PE.**, 1996, p.537, BUSTOS, J. 1991, p.244.

²⁹¹ SSTS 2-5-1943, 2-11-1985. Cfr. PRATS CANUT, J.M. “*De los incendios*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Ed. Aranzadi, 1996 b), pp. 1586 y ss.; también en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, 1999, pp. 974 y ss.

²⁹² Así GONZÁLES RUS, 1997, p. 116. En cambio, MUÑOZ CONDE hace asimilables estas hipótesis ya que define la acción típica de “provocar un incendio” como “la combustión en un objeto, a consecuencia de la cual tiende a producirse una situación de peligrosidad...”, MUÑOZ CONDE, **DP.PE.**, 1996, p. 538.

²⁹³ BUSTOS, J. 1991, p.244

²⁹⁴ Auto de la Sala de lo penal del TS, de 28-10-1998. Auto de Inadmisión núm. 238/1988-P (RJ 1998/8562)

²⁹⁵ Así el TS estima que existe esta posibilidad de alcanzar a potenciales transeúntes cuando se trata de 3 kg.de *amonal* colocados en el local de una empresa, causando daños. STS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321).

Esta constatación no impide desconocer la calificación jurídica de la conducta como delito de terrorismo, ya que ella ha de hacerse conforme a otros tipos penales. Hasta antes de la LO 7/2000, lo era, como señala el TS, en virtud del art. 573, o por la cláusula residual contenida en el art. 574. Con la modificación realizada por la LO 7/2000 al art. 351 CP, la conducta tendría que cualificarse como delito de terrorismo de “daños”, obteniendo la cualificación terrorista en razón del art. 574 CP. Con lo cual la pena a aplicar será la correspondiente al delito de “daños” del art. 266, en su mitad superior. En lo demás nos remitimos a lo señalado respecto de los estragos. Por último, la significación que el legislador otorga al peligro para las personas trae como consecuencia que las dimensiones del incendio sean irrelevantes²⁹⁶, debiendo valorarse al momento de calificar los hechos el peligro potencial que comporta. Así el TS ha considerado que aún siendo el fuego de escasa gravedad, ello no es obstáculo para aplicar el precepto²⁹⁷.

B.2. Tipo subjetivo:

El autor ha de realizar la acción confiriéndole un sentido subjetivo especial: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y que constituyen elementos subjetivos de tendencia interna intensificada²⁹⁸. El dolo (genérico) comprende tanto el conocimiento de que la conducta realizada produce el incendio del objeto al cual se aplica la combustión, como el conocimiento del peligro para la vida o integridad de las personas que se deriva del incendio²⁹⁹, aunque el peligro sea previsto por el autor como una consecuencia eventual y no segura. Es posible por tanto, admitir la existencia del dolo eventual y en determinados casos de dolo directo de segundo grado.

Así, por ejemplo, el incendio de un supermercado a tempranas horas de la mañana supone un riesgo o probabilidad de lesiones o muerte para las personas menor que el que se daría a horas de gran afluencia de público. Si el integrante de una banda armada incendia un supermercado p.ej. a las 7: 00 A.M. y de ello resulta la muerte de algún trabajador que se encontraba en el lugar, existiría un dolo eventual en relación a su muerte, porque el autor cuenta con la probabilidad de que existan personas, pero lo acepta. Si el mismo sujeto incendia ese supermercado a las 12:00 A.M. existirá dolo directo de segundo grado en caso de producirse las muertes ya que, el grado de certeza en la probabilidad de que muera alguien es mayor que en el primer caso, y él no solo acepta el resultado, sino que lo sabe consecuencia segura de su actuar (aunque no lo desee).

B.3. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

La consumación se produce desde el momento en que existe el peligro concreto para el bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático), debiendo entenderse que no es necesario que el incendio se produzca, sino que basta con un principio de ejecución el que se daría cuando se prende fuego a una cosa con riesgo de propagación, y con potencialidad suficiente para poner en peligro la vida o integridad de las personas³⁰⁰. Mas concretamente cuando el fuego se comunica del medio incendiario al objeto que se desea incendiar y se propague independientemente de cual sea su duración o los daños que cause³⁰¹, siendo en todo caso, necesaria la causación del peligro para las personas.

²⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, 1997, p 116.; PRATS CANUT, 1996 b), p. 1586; 1999, p. 976.

²⁹⁷ SSTS 21-3-1973, 10-10-1986 (RJ 1986/5588)

²⁹⁸ Así, PRATS CANUT, 1999, p.1622; MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p.1968.

²⁹⁹ Así MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 538. Más restrictivo es GONZÁLEZ RUS para quien el dolo solo debe abarcar el conocimiento del peligro, ob. cit., 1997, p.117.

³⁰⁰ PRATS CANUT, 1996 b), p. 1586; 1999, p. 976; GONZÁLEZ RUS, 1997, p.117.

³⁰¹ SSTS 10-2-1969, 14-4-1974, 20-10-1969. Cfr. GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 117. Incluso si la cosa no es destruida. STS 12-7-1984 y POLAINO NAVARRETE, *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982 a), p. 66. Similar MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 537.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han venido apreciando la tentativa punible en aquellos casos en los que a pesar de aplicar el elemento incendiario no se consigue encender fuego al objeto deseado, por la naturaleza del objeto que se pretendía incendiar³⁰². Esto plantea la duda acerca de la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución ya que aparentemente, si lo determinante es el peligro para las personas, no parece que puedan existir actos de ejecución. La doctrina³⁰³ ha sido unánime en indicar que no basta con el acto de iniciar la combustión para encender o prender fuego al objeto, sino que la tentativa punible existiría a partir del momento en que se crea el riesgo para las personas (por el acto de prender fuego) porque la creación de dicho peligro muchas veces puede no ser abarcada por el dolo del autor o depender de otras circunstancias que no están bajo el control del agente, p.ej. factores ambientales.

De allí que, el mero intento de prender fuego a un objeto sin que el incendio llegue a materializarse deben ser considerados actos preparatorios impunes³⁰⁴. Como ejemplifica MUÑOZ CONDE, el mero hecho de “prender una mecha a unos trapos impregnados de gasolina para incendiar un edificio no se puede estimar todavía como un incendio, y mucho menos cuando se rocía de gasolina el objeto a incendiar y no se llega a prender fuego”³⁰⁵ porque se requiere no solo que el fuego pase del elemento utilizado para la combustión hacia el objeto destinado a arder, o una vez encendido el fuego el objeto pueda arder autónomamente, sino que además esta propagación del fuego suponga un riesgo para las personas. La ejecución del delito comienza, por tanto, a partir del momento en que surge el riesgo para las personas, una vez iniciada la combustión, que es a su vez el elemento determinante en la causación del peligro concreto para el bien jurídico colectivo cuando se comete el delito por un sujeto que pertenece, colabora o actúa al servicio de organizaciones terroristas, y con la finalidad de alterar el orden constitucional o la paz pública.

B.4. Naturaleza y clasificación del delito.

Comparte con el delito de estragos la totalidad de sus características, debiendo precisarse que:

a) Se trata de un delito de peligro, que en nuestra opinión debe considerarse un delito de peligro concreto³⁰⁶ por dos razones: *Primero*, si la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria coinciden en aceptar que la mera combustión del instrumento utilizado para prender fuego y su propagación no bastan para la consumación del delito, es innegable que esta conducta ha de ser lo suficientemente dañosa como para llegar a producir el peligro. Máxime cuando el art. 351 al que se remite el art. 571 del CP para describir la conducta típica, se refiere en su inciso final al “peligro causado y las circunstancias del hecho”. Solo podría considerarse un delito de peligro abstracto cuando el riesgo, atendidas las circunstancias del hecho fuese remoto y no real. La conducta de “destrucción mediante el fuego” es inseparable del peligro para las personas, debiendo valorarse judicialmente la idoneidad de la conducta para causarlo. El peligro concreto para el bien jurídico colectivo se produce por tanto, cuando se dan estos elementos, unidos a la “tendencia” especial que guía la acción: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. *Segundo*, porque no es preciso que el peligro se concrete en personas

³⁰² SSTS 12-7-1984 (RJ 1984/4039), 2-11-1985 (RJ 1985/5373), 16-12-1989 (RJ 1989/1917), 15-11- 1994 (RJ 1994/9275). En la doctrina GONZÁLEZ RUS, 1997, p.117, PRATS CANUT, 1996 b), p. 1586; 1999, p.976.

³⁰³ GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 118, PRATS CANUT, 1996 b), p. 1587; 1999, p. 977; MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.537.

³⁰⁴ Así la doctrina mayoritaria, GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 118, PRATS CANUT, 1996 b), p. 1587; 1999, p.957.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 537.

³⁰⁶ En esta opinión MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 538: “la acción típica consiste en provocar un incendio...a consecuencia de la cual tiene que producirse una situación de peligrosidad concreta para la vida ...”. Con dudas a este respecto PRATS CANUT, 1996 b), pp. 1587-1588 ; 1999, pp.976, para quien en principio se trata de un peligro abstracto ya que el peligro no se dirige a concretas personas, sino a una colectividad indeterminada. Sin embargo concluye afirmando que “dada la gravedad de las penas ...debería de exigirse la creación de un concreto peligro..”. Considerándole un delito de peligro abstracto, GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 116:

determinadas, sino que exista un plus de peligrosidad superior al que implica por sí sola la combustión y propagación del fuego al objeto de destino.

- d) Es un delito de resultado en relación a los bienes jurídicos individuales que pretende proteger, porque se exige la producción del “incendio”³⁰⁷. Hay que recordar que la remisión normativa del art. 571 es al art. 351, uno de los supuestos en los que se exige este resultado, a diferencia de otros arts. ubicados en el Cap. II dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, en los que no se emplea el vocablo incendio (vr.gr.art.354 “el que prendiere fuego a montes...”).
- e) Es un delito instantáneo, porque no supone la creación de una situación antijurídica que perdure en el tiempo. Un delito de acción y un delito resultativo ya que basta cualquier conducta que cause el resultado típico (incendio).
- f) Es asimismo un delito de tendencia interna intensificada ya que la conducta del autor de “provocar un incendio” debe ser ejecutada con un ánimo subjetivo específico: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, independientemente de que el resultado se produzca o no.
- g) Y finalmente, es un delito especial impropio, mirado desde el punto de vista de la cualificación del autor, ya que al tiempo de exigir determinadas características en el sujeto activo (pertenencia, colaboración con banda armada), cuenta con un tipo común paralelo, el delito de incendio del art. 351.

C.- Penalidad para los delitos de estragos e incendio del art. 571.

Tanto el tipo básico de estragos del art. 346, como el de incendios del art. 351 establecen una sanción de prisión de diez a veinte años, mientras que la figura cualificada de los mismos descrita en el art. 571 establece una sanción de prisión de quince a veinte años que equivale a la mitad superior de la penalidad de las respectivas figuras básicas.

D.- Problemas de concurso de los delitos de estragos e incendio terroristas con otros delitos.

Conforme a lo dispuesto en la parte final del art. 571 la pena impuesta a los delitos de estragos e incendio terroristas se aplicará “sin perjuicio de la pena que corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”. De ello se deduce que en el caso de que los estragos o incendios deriven en resultado de muerte o de lesiones debemos establecer cuál es el tipo penal a aplicar: Si el art. 572.1 n°s 1° y 2° que sancionan el homicidio y lesiones cometidos por el especial sujeto activo descrito y con las finalidades expresadas en el art. 571; o el art. 571.

El primer elemento al que debe atenderse es al dolo del autor al momento de realizar la acción. Si el dolo directo se refería solo a la causación de estragos o incendios, deberá, en principio, calificarse la conducta conforme al tipo penal contenido en el art. 571, mientras que si el dolo directo iba encaminado a causar la muerte utilizando para ello los estragos o incendios como medio de comisión del delito deberá aplicarse el art. 572³⁰⁸.

Pero ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante un dolo eventual respecto de las muertes o lesiones producidas como consecuencia de los estragos o incendio?. A primera vista, como acierta PRATS CANUT³⁰⁹, si aplicamos la doctrina del homicidio preterintencional, el dolo eventual respecto de la muerte desplaza al dolo de lesionar, debiendo sancionarse por el delito

³⁰⁷ En esta opinión MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p. 537. Similar, LUZÓN CUESTA, 1998, p.360.

³⁰⁸ PRATS CANUT, 1996 a), p.1586, 2ª ed. 1999, pp.1618 y ss., BARÓN QUINTERO, 1999, p.274.

³⁰⁹ PRATS CANUT, 1995 a), p. 1586, 2ª ed. 1999; pp.1618 y ss.

contra la vida correspondiente, lo que llevaría a aplicar la previsión que realiza en art. 571 en cuanto ordena penar separadamente las infracciones, solo en aquellos casos en que el resultado de muerte o lesiones fuese consecuencia de una acción imprudente, y que en todos los casos en los que el resultado de muerte o lesiones pudiese imputarse a título de dolo eventual, correspondería aplicar el art. 572. No parece ser ésta una solución que se ajuste a las reglas de proporcionalidad en la pena ya que podrían llegar a producirse situaciones en las que se beneficiare injustamente al autor con una menor penalidad.

De allí que el problema a que se refiere el último párrafo del art. 571 deba resolverse conforme a las reglas de la penalidad concursal. La duda se plantea en torno a si se trata de un concurso real o ideal de delitos, y a su vez, si éste concurso ha de construirse entre las figuras de los arts. 571 y 572 del CP, o entre las figuras del art. 571 y las respectivas figuras comunes.

La doctrina mayoritaria³¹⁰ interpreta esta previsión como un concurso real entre las conductas del art. 571 y las constitutivas de lesión para la vida o integridad física tipificadas en el art. 572 que regula los delitos de terrorismo de homicidio y lesiones, entre otros, ya que de la redacción del precepto se desprende que aplica la solución de este tipo de concursos para el caso de un resultado múltiple, y que consiste en penar separadamente cada infracción. Pero en esencia se trata de una sola acción que produce un resultado de daños materiales (estragos-incendio) y un resultado de muerte o lesiones, acción que se realiza no aisladamente sino en el marco del programa político de una organización terrorista a la cual pertenece, colabora o actúa al servicio el autor. De allí que, interpretar este concurso de normas como un concurso real entre el art. 571 y el art. 572 CP supondría una infracción al principio del non bis in ídem ya que existiría una doble incriminación de las conductas realizadas perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas³¹¹.

El concurso debe construirse, por tanto, entre el art. 571 y los respectivos delitos comunes de homicidio (arts. 138 y ss. CP) y lesiones (arts. 147 y ss. CP). Una vez zanjado este concurso, nace un nuevo concurso de normas entre la pena resultante y las previstas en el art. 572 para los distintos resultados de muerte y lesiones terroristas, a su vez en concurso real o ideal con los delitos de incendio o estragos comunes³¹². Habrá concurso ideal en caso de que los estragos o incendios se encuentren en una relación de medio a fin con las muertes o lesiones, debiendo aplicar para la resolución el art. 77 del CP, y concurso real en caso de no existir esta relación, concurso que según indica la doctrina mayoritaria se resolverá conforme al art. 8 CP (pena más grave)³¹³. La doctrina minoritaria, en cambio, estiman que se trataría de un concurso ideal entre el art. 571 y las respectivas figuras comunes, porque existiría una unidad de hecho. Una misma acción infringe dos preceptos penales, siendo la fórmula del concurso ideal la más acorde con la fórmula del art. 77.

En nuestra opinión el que comete la conducta del delito de estragos o incendio perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de una organización terrorista, ejecuta en puridad la acción exigida por el art. 571 y que se describe ya por el art. 346 del CP ya por el art. 351 del CP (provocar explosión, provocar incendio). Si de tal acción resultan lesiones o muerte, es un resultado distinto y materialmente separable de la conducta típica, resultado que bien puede haber sido conocido (elemento intelectual) y querido (elemento volitivo) por el autor (dolo directo de primer grado), o puede haber sido previsto pero no deseado (dolo directo de segundo grado o dolo eventual en su caso). Pero en cualquiera de estos casos nos encontramos ante una sola acción que por los distintos resultados producidos infringe dos preceptos penales

³¹⁰ Así, CARBONELL MATEU, 1996 a), pp.803 y ss., LUZÓN CUESTA, 1998, pp. 361 y ss., LAMARCA, 1999, p.15, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.342.

³¹¹ PRATS CANUT, 1996 a), pp. 1586- 1587; 2ª ed. 1999, pp.1618 y ss. CARBONELL MATEU, 1996 a), p.803, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 342, MIRANDA STRAMPES, M., 1999 ,p.1969.

³¹² CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 804.

³¹³ Así CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 804; PRATS CANUT, 1996 a), p.1586, 2ª ed. 1999, pp.1618 y ss.

distintos: el del art. 571 y los respectivos de homicidio y lesiones comunes (art. 138 y ss, art. 147 y ss. CP).

En puridad, pues, se trataría de un concurso ideal puesto que no existiría una pluralidad de acciones que determinen la conducta típica de dos delitos, sino una identidad de hecho y de acción. No existe separadamente la conducta de provocar explosiones (estrágos) o incendio (art. 571), y la conducta de matar o lesionar a otro (art. 572) con la concurrencia de los especiales elementos subjetivos específicos ya indicados, y por parte de un similar sujeto activo, sino que una sola acción ha producido resultados diversos que hacen confluír dos infracciones delictivas.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido habría que dilucidar para resolver este concurso, si el castigo por uno solo de los delitos deja sin sanción el daño causado a otro bien jurídico protegido, de donde resulta que, para cubrir el desvalor total del hecho habría que castigar por los dos delitos. Por otra parte, y como se decía, habrá también que considerar el dolo del autor, en cuanto a si éste alcanzaba a cubrir el resultado de muerte o lesiones producidas, esto es, si el autor conocía y quería o estimaba probable que con la sola acción de los estrágos o incendio ocasionaría además el resultado de muerte o lesiones, caso en el cual existiría una pluralidad de delitos (en esto la solución del concurso ideal tendrá que matizarse).

La regla que impone el art. 77 del CP determina que en caso de existir un concurso ideal, para que el desvalor del hecho quede satisfecho debe elegirse el delito mas grave imponiendo la pena de ese delito en su mitad superior.

Concordamos con la doctrina mayoritaria en su aseveración acerca de la existencia de un concurso aparente de normas entre el art. 571 y los respectivos delitos comunes, y no entre el art. 571 y el art 572 ya que esto último implica una doble incriminación (idéntico sujeto activo, idéntica finalidad al realizar la conducta). Es difícil, no obstante, por las razones expuestas antes, afirmar tajantemente que aquí existiría una pluralidad de acciones, que es la base de todo concurso real: El sujeto que pertenece a una banda armada y comete el delito de estrágos con la finalidad de subvertir el orden constitucional, ejecuta esta conducta y no separadamente la conducta de atentar contra la vida, la integridad o la salud de las personas. No hay una conducta “separada” de matar o lesionar a otro. Y la norma solo puede ser vulnerada por la acción, de manera tal que no se justifica que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos.

Luego, en esencia se trata de un concurso ideal, que el legislador se encarga de darle un tratamiento punitivo propio del concurso real. Se trata de una sola acción que produce resultados múltiples (daños materiales + peligro para las personas + lesiones o muerte). La jurisprudencia estima la existencia de un delito continuado³¹⁴ de terrorismo (estrágos o incendio del art. 571 CP), cuando se han causado muerte o lesiones, considerando no una sola acción sino varias, entendiendo que la determinación del número de delitos cometidos debe basarse en las acciones emprendidas y no tanto en los resultados producidos. “La pena se dirige contra la acción, no contra el resultado” dice la jurisprudencia en concordancia con la moderna doctrina³¹⁵. Así por ejemplo, cuando en una sola secuencia temporal los autores dejan colocados cinco proyectiles explosivos, que detonan sucesivamente con breves intervalos de diferencia, y causan daños a la propiedad y lesiones graves a dos miembros de fuerzas de seguridad, la calificación jurídica correcta es un delito de estrágos (art. 571 CP) por los daños ocasionados mediante explosivos, y dos delitos del art. 233 CP, por las lesiones causadas³¹⁶.

³¹⁴ STS 73/1999 de 8-3-1999 (RJ 1999/1299), STS de 19-5-1993.

³¹⁵ Así STS 23-4-1993 (*Caso del aceite de colza*), STS 6-11-1995 y STS 11-6-1997 (RJ 861/1997).

³¹⁶ STS 6-11-1995. El TS estima la existencia de concurso ideal de cinco delitos de homicidio en grado de tentativa por el lanzamiento de cócteles molotov contra una furgoneta de la *Ertzainza* ocupada por cinco agentes, con riesgo evidente de muerte para éstos. STS 11-6-1997 (RJ 861/1997).

Asumiendo que el problema del concurso, en la práctica, es ante todo un problema de determinación de la pena³¹⁷, y que de lege data, el legislador proporciona el tratamiento del concurso real a una situación que en esencia es un concurso ideal, habría que construir un concurso real entre el delito de terrorismo (art. 571) y el respectivo delito común de homicidio y/o lesiones. Este concurso deberá resolverse conforme al principio de acumulación limitado siempre por el principio de asperación que señalan los arts. 73 y ss CP. Esto quiere decir que al responsable deben imponérsele todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo (art.73 CP, principio de acumulación), pero el máximo de cumplimiento de la condena no puede exceder del triple del tiempo por el que se le impusiere la pena más grave en la que haya incurrido (art. 76 CP, principio de asperación).

Una vez computada la pena surge un nuevo concurso (de normas) entre ésta pena resultante y la que prevé el art. 572 para los resultados de muerte y lesiones terroristas, que a su vez se encuentra en una relación de medio a fin con los delitos de incendio y estragos comunes³¹⁸, entendiéndose que en todo caso, debe darse a lo menos un dolo eventual en relación a la muerte o lesiones que se causan a consecuencia de los estragos o incendio.

La pena a aplicar habrá de resolverse aplicando el principio de alternatividad que describe la regla 4ª del art.8 del CP, esto es, la pena más grave que resulta a comparar entre los respectivos concurso real (art. 571 y los delitos de homicidio y lesiones comunes); y el ideal cuando existiere relación de medio (estragos) a fin (homicidio, lesiones), o real de no existir esta relación, entre el art. 572 y los estragos e incendio. Esta solución parece más acorde con el criterio legislativo ya que hay que recordar que en el art.346 el legislador ordena penar separadamente las conductas (estragos- homicidio o lesiones), a pesar de que se trata de un concurso ideal ya que una sola acción infringe dos disposiciones penales distintas.

2.2.- DELITOS DE LESIÓN A LAS PERSONAS: ATENTADOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD.

El **art. 572** castiga los atentados contra la vida mediante un tipo básico y un tipo cualificado en los siguientes términos:

“1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.”

La disposición participa de las mismas características que el anterior (art. 571), tanto en lo que se refiere al sujeto activo como a la finalidad que debe perseguir el autor (elementos subjetivos específicos), diferenciándose tan solo en las modalidades que puede revestir la conducta típica y que se traducen en delitos contra la vida, la integridad física y la libertad. Coinciden, por tanto, en lo que al tipo objetivo se refiere, el sujeto activo y el sujeto pasivo, y en el tipo subjetivo los elementos subjetivos específicos que impregnan la acción hacia la lesión del bien jurídico colectivo protegido. La especificidad del artículo reside, por tanto, en las modalidades que puede revestir la acción debiendo precisar que el art. 572.1 consagra el tipo básico, y el art. 572.2 un tipo cualificado.

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 483.

³¹⁸ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 804.

A.- TIPO BÁSICO. ART. 572.1.

Dentro de los elementos objetivos de la tipicidad la acción presenta las siguientes modalidades: Causar la muerte de una persona, causar lesiones de las previstas en los arts. 149 y 150, secuestrar a una persona, causar cualquier otra lesión, detener ilegalmente, amenazar o coaccionar a una persona. El legislador otorga, por tanto, un tratamiento diferenciado a los delitos contra la vida, contra la integridad y contra la libertad, contemplando una penalidad descendente en función del resultado producido, pero equiparando a la vez esta pena en casos distintos, como ocurre al asignar la misma penalidad a los delitos de lesiones graves y secuestro. Una interpretación idónea del precepto en función del distinto bien jurídico individual protegido obliga a distinguir los siguientes supuestos

1. Delitos contra la vida: Homicidio (art. 572.1, 1º)

Señala el **art. 572.1**: *Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:*

1º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.”

Del tenor literal de la incriminación puede desprenderse que el legislador opta para calificar la conducta por una fórmula que no siempre se ajusta al principio de proporcionalidad e igualdad, y que consiste en la agravación de la penalidad de los respectivos delitos comunes sobre la base del resultado producido. Nótese que el legislador emplea la fórmula genérica “atentaren contra las personas” que a la vez es verbo rector (atentar) de la conducta típica tanto del tipo básico contenido en el art. 572.1 como del tipo cualificado del art. 572.2.

La amplitud de la incriminación es restringida sobre la base del resultado que se produzca a consecuencia de este atentado contra las personas, lo que parece indicar que se trataría de delitos cualificados por el resultado, punto al cual nos referiremos con mayor detalle mas adelante. Siguiendo este criterio se sanciona con la pena de prisión de veinte a treinta años cuando el resultado fuere la muerte de una persona. No importa la forma en la cual éste acontezca ya que, el legislador no distingue entre las diversas hipótesis delictivas que pudieren ocasionar la muerte, equiparando la pena tanto de los supuestos de homicidio común (art. 138 CP) como de asesinato (art. 139 CP)³¹⁹, y de ahí la crítica en cuanto a que ello lleva implícito un quebranto a los principios de proporcionalidad e igualdad³²⁰.

El *bien jurídico protegido* en el delito de homicidio terrorista es el ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico colectivo), resultando ser el bien jurídico individual *vida* el que resulta inmediatamente afectado y que, como en todo delito de homicidio, se circunscribe a la vida humana independiente como valor ideal y que se encuentra reconocido como derecho fundamental de la persona en el art. 15 CE³²¹.

1.a. Tipo Objetivo: La acción típica consiste en la acción de matar a otra persona con vida humana independiente, acción que deberá producir el resultado típico (la muerte). **Sujeto activo** puede serlo cualquier persona que pertenezca, colabore o actúe al servicio de bandas armadas,

³¹⁹ La AN reconoce la irrelevancia de la calificación jurídica como homicidio o asesinato a efectos de la penalidad. SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161).

³²⁰ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), pp. 908-909; LAMARCA, C. 1999, p. 15.

³²¹ MUÑOZ CONDE, **DP.PE.** 1996, pp. 31 y ss., BUSTOS, J. 1991, pp. 15 y ss. MORALES PRATS, Fermín. “*Del Homicidio y sus formas*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Edit. Aranzadi, 1996 b) pp. 665 y ss., esp. p.670. También en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 25 y ss., GRACIA MARTÍN, Luis. “*Del homicidio y sus formas*”, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T. I, coord. por DIEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN, Edit. Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 25 –164, esp. p.50.

organizaciones o grupos terroristas. Esta afirmación es válida tratándose del homicidio en cuanto delito de acción ya que, en su forma de comisión por omisión, dicho sujeto activo se restringe a aquellos sujetos que, además de su relación con la organización terrorista, reúnen las condiciones especiales que fundamentan la posición de garante.

En este último sentido, cabría dentro de la configuración típica la conducta del médico que forma parte de una organización terrorista de Estado. Supongamos que un individuo perteneciente o colaborador de una organización insurgente es detenido ilegalmente y llevado a un recinto en el que se le mantiene encerrado y se le somete a diversas torturas a objeto de obtener una confesión. A raíz de las torturas la víctima muere.

En nuestra opinión no existe óbice para sancionar en este caso por un delito de terrorismo de homicidio. Si nos atenemos a la configuración típica de los delitos de terrorismo podemos acotar que: Primero, el sujeto activo (médico) o bien pertenece, colabora o actúa al servicio de una organización que pretende la alteración del ordenamiento constitucional democrático³²², debiendo probarse en el caso la pertenencia o colaboración. El sujeto pasivo es la sociedad puesto que es la que resulta afectada en definitiva con el delito de terrorismo, siendo la víctima el objeto sobre el cual recae la acción.

Segundo la conducta típica consiste en la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizarla por parte del médico. Existe pues, una comisión por omisión. La imputación objetiva de responsabilidad sobre este sujeto³²³ nace de: a) su posición de garante en relación a la víctima a tal punto que si hubiese puesto mayor atención en su “supervisión”, el resultado hubiese sido quizá solo de lesiones, b) la producción del resultado de muerte como consecuencia de la ausencia de acción determinada, y c) la posibilidad que el médico tenía de evitar que se produjese el resultado lesivo, lo que se encuentra comprendido en la capacidad de acción.

Cabe destacar que siendo un delito de terrorismo, el *sujeto pasivo del delito* se circunscribe no a la víctima del homicidio sino a la sociedad en su conjunto. En nuestra opinión la persona sobre la cual recae la acción típica, pasa a ser, en la configuración típica, el *sujeto pasivo de la acción*, y coincide en este caso con el *objeto material* del delito, objeto que desaparece con la muerte de la persona³²⁴.

1.b. Tipo Subjetivo: como en todos los delitos de terrorismo la acción debe ser realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, elementos que dirigen la acción hacia la lesión del bien jurídico colectivo y que ya sabemos, se trata de elementos subjetivos de tendencia interna intensificada. En lo que al dolo se refiere, si consideramos que el legislador no distingue entre las diversas variantes del homicidio y se limita solo a cualificar el delito de terrorismo sobre la base del resultado de muerte de una persona, además de los elementos ya conocidos, cabe destacar que habrá que distinguir entre los supuestos de dolo directo y dolo eventual.

³²² Ya hemos objetado antes la poco afortunada interpretación que en alguna ocasión tuvo la Audiencia nacional en relación al *caso Amedo* considerando que no existía organización terrorista porque el supuesto grupo pretendía “mantener” el orden constitucional y no “subvertirlo”. Supra Cap. VI, en Apdo. 2º, sobre el bien jurídico protegido en la leg. Española.

³²³ Para que en los delitos de comisión por omisión sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una relación de causalidad naturalística, como sería en este caso el hecho de que el individuo a raíz de las torturas perdiera la visión, sino que basta que el sujeto haya podido evitar ese resultado encontrándose en una posición de garante. BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, Buenos Aires, 1983, p. 52, Cfr. MIR PUIG, 1996, p.318.

³²⁴ En el delito de homicidio común coinciden y se superponen el sujeto pasivo y el objeto material del delito, objeto material que deja de existir con la muerte de la persona. Por todos, MORALES PRATS, F., 1996 b), pp. 670 y ss., 1999, pp. 29 y ss., GRACIA MARTÍN, L. 1997, p.45.

La remisión normativa a las hipótesis delictivas en las cuales concurre el dolo directo de primer grado debe realizarse al tipo básico de homicidio del art. 138 y al tipo agravado, pero autónomo, de asesinato (art. 139). En ambos el dolo directo ha de ser el de matar a otro, el conocimiento y voluntad de realización de una acción dirigida a producir la muerte de otro³²⁵, pero con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, que viene a ser el elemento que tiñe la acción con un especial sentido subjetivo. Así por ejemplo, el sujeto que atenta contra una autoridad militar tiene por finalidad inmediata causar la muerte de esa persona, y su fin mediato es la alteración del orden constitucional.

La jurisprudencia en sentido similar, y para hacer aplicable el art. 572 estima que es necesaria la concurrencia en el delito de asesinato terrorista del “dolo específico de matar, de cometer un delito contra la vida”, porque es así como se tiene previsto para realizar el plan trazado por la banda terrorista y que es manifestado por las diversas actividades... llevadas a cabo por el agente³²⁶. El punto es cuáles son los parámetros que han de tenerse en consideración para estimar la concurrencia de este tipo de dolo.

Así por ejemplo, en el caso que los medios dañosos propios de los estragos o incendios fueren utilizados para causar la muerte, es evidente que concurre un dolo directo de primer grado respecto de este resultado de muerte, ya que existe la voluntad directa de matar (deseo) y el conocimiento de que se trata de los medios adecuados para ocasionar la muerte junto a la ilicitud de la actividad. Por ello el delito debe ser sancionado conforme al art. 572. A diferencia del caso en que la muerte fuese consecuencia segura, previsible de los estragos que se causen, consecuencia que se considera necesaria por el agente como producto de su actuar, supuesto en el cual nos encontramos ante un dolo directo de segundo grado respecto de la muerte, y de primer grado en relación a los estragos o incendio, debiendo resolverse la calificación a favor del art. 571 y en su caso a través del concurso de normas antes examinado³²⁷.

La concurrencia de este dolo aparece de forma manifiesta en casos como los descritos y en aquellos en que se causa intencionadamente (intención directa) la muerte de una persona³²⁸. Sin embargo, en algunas ocasiones la jurisprudencia ha mantenido una posición- a nuestro entender- extensiva en relación a este punto. Así es como en relación a un delito de detención ilegal por tiempo superior a quince días en el que no hubo resultado de muerte, la Audiencia Nacional ha estimado que esta conducta puede calificarse además como “conspiración para el asesinato alevoso” (arts. 139.1, 121 y art. 17 CP) pues “los procesados estaban concertados para la muerte del cautivo y resueltos a ella” radicando la parte objetiva (conocimiento) “en el mantenimiento de una situación que habría de desencadenar la muerte del apresado” y la voluntad letal por “a) la extremada duración de la detención, b) las pésimas condiciones del lugar de encierro-sepultura en vida-, c) el manifiesto deterioro del cautivo, d) la decisión, que conocían, tomada por ETA de mantener indefinidamente la misma situación”, estimando que asimismo concurría la agravante del ensañamiento, por el padecimiento innecesario de la víctima al mantenerle secuestrado en una situación de “desprecio a la dignidad humana”³²⁹.

El razonamiento de la Audiencia Nacional conduce a pensar que lo que ella considera es la existencia de un dolo directo de primer grado en torno a la muerte del cautivo, tal como el que posee el terrorista que utilizando los estragos persigue la muerte de una persona. En nuestra opinión el considerar probada la voluntad letal, el deseo o dolo directo de primer grado de matar con una situación como la descrita, implica una doble incriminación sobre unos mismos hechos

³²⁵ MORALES PRATS, 1996 b), p. 672, 1999, pp.25 y ss., GRACIA MARTÍN, 1997, p. 58.

³²⁶ SSTs 19-12-1990, 28-11-1997, 2-10-1998.

³²⁷ Véase supra el examen del art. 571, delitos de estragos e incendio terroristas.

³²⁸ Así p.ej. cuando “al servicio de una organización armada” se ocasiona la muerte “a traición y sobreeseguro”, SAN de 30-3-1998., núm. 17/1998 (ARP 1998/2095). Similar SSAN de 17-3-1998, núm. 6/1998 (ARP 1998/2098), de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095).

³²⁹ SAN de 26-6-1998, núm. 38/1998 (ARP 1998/3023, *Caso Ortega Lara*)

confundiendo el deseo de mantener a una persona privada de libertad con la voluntad directa de matar. Lo que sí puede existir es un dolo eventual conforme a los hechos probados: “Finalizando junio de 1997, la insalubridad del compartimiento (*zulo*) había alcanzado gravísimos extremos... O. Había perdido más de veinte kilos de su peso normal, presentaba el aspecto intensamente depauperado de un cuasi cadáver y ETA no estaba dispuesta a dejarle libre si no se cumplían sus exigencias. Por lo que, conscientes los procesados de todo ello y de que había transcurrido más de quinientos días sin que la actitud de Eta ni del Gobierno español frente a la de la organización experimentaran modificaciones, asumían voluntariamente que O. Iba a morir como consecuencia del encierro a que ellos...le tenían sometido”³³⁰.

Habría dolo eventual porque los sujetos al mantener secuestrado por más de quinientos días a la víctima, no tienen la certeza de que la muerte efectivamente llegue a producirse. Tampoco puede afirmarse que la “desean” (dolo directo de primer grado) ni que “lo consideren necesario” (dolo directo de segundo grado). Lo que existe es una “probabilidad” de que la muerte se produzca, y ello es “aceptado” por los agentes (dolo eventual). En lo demás nos remitimos a lo señalado en relación al problema de concurso que se presenta con el art. 571, cuando la muerte es consecuencia necesaria y previsible de la utilización de medios dañosos propios de estos delitos.

La demostración del dolo eventual, esta probabilidad de que se produzca el resultado de muerte, puede encontrar hacidero en indicios materiales. Así la jurisprudencia, en otra sentencia, estima la concurrencia del dolo eventual, prueba del ánimo homicida, por el hecho de utilizarse en la acción determinados medios dañosos, así como el peligro que conlleva la forma de desplegar la conducta delictiva³³¹: no cabe duda que “los artefactos utilizados por éstos en la comisión del hecho enjuiciado eran idóneos para poner en peligro la vida de los ocupantes de la furgoneta policial y que las lesiones sufridas por éstos ‘conllevaban un evidente riesgo vital’, de tal modo que los agresores hubieron de tener en consideración, como probable el resultado mortal, y de esta forma se muestra el elemento volitivo del dolo, aunque lo sea con nota de dolo eventual, ya que, pese a ello no desistieron de su acción, mostrando una clara indiferencia respecto de sus consecuencias”³³².

También se ha estimado la concurrencia de dolo eventual “el hecho de acudir el autor material y el acusado armados al lugar” ya que ello “pone de relieve su intención de evitar a toda costa su detención caso de ser descubiertos...en tal situación el acusado se representa que él o su acompañante, podían verse obligados a hacer uso de las armas que portaban si se descubría su plan, como en efecto ocurrió, y consintió el resultado lesivo o letal para terceros, que a consecuencia de la acción de disparara, por uno o por otro miembro del comando, pudiera producirse”³³³. La concurrencia de este dolo eventual implica que la calificación jurídica que en estricto rigor corresponde es la de homicidio terrorista y no la de asesinato, si bien como reconoce la Audiencia Nacional “esta circunstancia es irrelevante a efectos de la penalidad”³³⁴.

1.c.- Naturaleza y clasificación del delito:

³³⁰ SAN de 26-6-1998, núm. 38/1998 (ARP 1998/3023, *Caso Ortega Lara*).

³³¹ El TS considera: “artefactos con tres componentes básicos: ácido sulfúrico, un líquido inflamable y clorato de potasio, que actúan mediante la ‘iniciación química’, las partes del vehículo contra las que fueron lanzadas (entre ellas la ventanilla del conductor), y la reiteración de los lanzamientos...”. STS 11-6-1997, núm. 861/1997.

³³² STS 11-6-1997, núm. 861/1997.

³³³ SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161). Fund. Jurídico tercero. Los hechos se refieren a la muerte de dos ertzainas que se produjo tras la huida de dos personas que conspiraron para cometer un delito contra la Corona en la inauguración del Museo Guggenheim a través de la colocación de diversos lanzagranadas en el lugar, condicionando la realización del atentado a la no presencia de civiles. El delito contra la Corona no llegó a consumarse estimando el tribunal que se trató de una conspiración y no una tentativa precisamente por la condición señalada.

³³⁴ SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161).

a) *Según la relación con el bien jurídico*, comparte en relación a los anteriores delitos examinados la característica de ser un delito de peligro concreto para el bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático), peligro concreto que se acredita mediante la producción del resultado de muerte que, a su vez, es un resultado de lesión para el bien jurídico individual que es el inmediatamente afectado. Es lo que sucede cuando un sujeto integrado en una banda armada dispara contra una autoridad política o militar causando su muerte. El sujeto que mata a esa persona lo hace en función de la calidad de autoridad que reviste y por la importancia que a nivel político ello significa para ocasionar un desequilibrio en el orden constitucional. En el agente ha de existir, el *convencimiento* de que con dicha muerte estará contribuyendo hacia lo que constituye el *objeto primordial de la organización* a la cual pertenece o con la cual colabora o actúa al servicio: *estremecer los cimientos de la sociedad democrática* (elemento subjetivo específico). *Que lo logre o no con un homicidio o un asesinato es un resultado que el tipo penal no exige, bastando el peligro concreto que significa para el bien jurídico colectivo* el hecho de que se emplee como instrumento la conducta típica de matar, que a su vez constituye un resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo.

b) *Según las modalidades de la acción:*

b.1) Atendiendo a *las modalidades de la parte objetiva*, se trata de un delito de resultado material (de lesión) en relación al bien jurídico individual inmediatamente afectado³³⁵. Este resultado material es el elemento que permite acreditar el peligro (concreto) que supone la conducta para el bien jurídico colectivo. El sujeto que integrado en una organización terrorista mata, no mata por matar, sino que mata “para” conseguir un resultado, independientemente de que lo consiga o no. Y este “resultado” o finalidad que el terrorista persigue con esa muerte es la desestabilización del sistema político, en suma, la alteración del orden constitucional.

Es un *delito* que admite diversas modalidades de comisión: *acción y omisión* (comisión por omisión). Es un *delito instantáneo* porque el tipo ese consuma cuando se produce el resultado de lesión para el bien jurídico individual que a su vez constituye un peligro para el bien jurídico colectivo. Es también un delito de *medios indeterminados* ya que el legislador no distingue entre las diversas formas de comisión del mismo pudiendo ocasionarse la muerte por cualquier medio³³⁶. Se trata también de un *delito con pluralidad de actos* ya que se requiere la destrucción de la cosa y el peligro para las personas.

b.2) Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva: La redacción que el legislador otorga al art. 572 en general puede conducir a equívocos en torno a la correcta clasificación del delito. El establecimiento de las penas para los distintos delitos, graduado en función del resultado producido podría indicarnos que nos encontraríamos ante un tipo penal incongruente por exceso objetivo y que técnicamente podríamos denominar como un delito cualificado por el resultado³³⁷.

Efectivamente nos encontramos ante un tipo penal incongruente, pero es inadecuado estimar que el delito de terrorismo se cualifica por el resultado producido. Lo que cualifica a los delitos de terrorismo es, ante todo, la presencia de los elementos subjetivos específicos a que ya nos hemos referido. Tanto es así que en el art. 577 prescindiendo de la nota organizativa como elemento del tipo objetivo, se indica que la conducta del “individuo” que ejecute determinados delitos y con las mismas finalidades comete delitos de terrorismo. De allí que la incongruencia

³³⁵ Así la doctrina mayoritaria en relación al delito de homicidio. Por todos, MORALES PRATS, F. 1996, p. 671, 1999, pp.25 y ss., GRACIA MARTÍN, L. p.138. En relación al homicidio terrorista, considera delito de lesión o resultado LUZÓN CUESTA, 1998, p.360.

³³⁶ En el homicidio común (art. 138) no se encuentran descritas las formas de comisión, a diferencia de lo que ocurre en el delito de asesinato. MORALES PRATS, 1996 b), pp.670 y 672, 1999, pp. 25 y ss.

³³⁷ Así LAMARCA, 1999, p. 15.

del tipo provenga de un exceso subjetivo ocasionado por la presencia de estos elementos de tendencia interna intensificada.

No es el “resultado” el que cualifica el delito de terrorismo, sino las características que hemos descrito. El resultado material que se deriva de la comisión de “delitos comunes de resultado” cumple, a nuestro entender, la característica de ser el elemento que sirve para la acreditación del peligro concreto para el bien jurídico colectivo. Mientras mayor sea la gravedad de este resultado (p.ej. muerte) mayor peligro existirá para este bien jurídico, y eso explicaría la elevación de la pena en cada caso. Se trata, por tanto, de un *delito de tendencia interna intensificada*.

c) *Según los sujetos:* Al igual que los delitos tipificados en el art. 571, nos encontramos ante un *delito especial impropio* porque el sujeto activo debe actuar ya sea perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que cuenta con figuras comunes paralelas (homicidio común art. 138 CP, y asesinato art. 139 CP).

1.d.- Penalidad: De conformidad con el tratamiento agravatorio que se da a los delitos de terrorismo el legislador establece la pena de veinte a treinta años para el homicidio cualificado por las características terroristas de su comisión. Esto implica una exacerbación en la pena que no parece adecuarse al principio de proporcionalidad³³⁸ ya que: *Primero*, el legislador no distingue entre las diversas formas de comisión (homicidio, asesinato). *Segundo*, la pena establecida implica casi el doble de la prevista para el homicidio común (diez a quince años), que es el tipo penal que hemos considerado como base para la incriminación en ausencia de declaración legislativa expresa, y resulta asimismo exacerbada en torno a la pena máxima que puede tener el asesinato (veinte años).

1.e.- Consumación y formas imperfectas de ejecución.

La consumación al igual que en los casos anteriores³³⁹ se produce cuando existe peligro concreto para el bien jurídico colectivo, entendiéndose que éste se produce no solo con el resultado (materialmente separable) de la muerte, sino también cuando se da comienzo a la ejecución del delito por actos exteriores directamente encaminados a su consumación cuando suponen la puesta en peligro de dicho objeto de tutela penal, caso en el cual el delito quedaría en fase de tentativa.

A este respecto debe recordarse que el elemento característico de los delitos de terrorismo es la presencia del elemento subjetivo específico que tiñe el dolo y que encamina la acción hacia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo. El peligro concreto para este bien jurídico se produce desde que se da comienzo a la ejecución del delito de terrorismo in comento, si no llega a producirse el resultado de muerte el delito debe calificarse conforme al art. 572.1,1º en grado de tentativa. Si se produce el resultado materialmente separable la solución es un concurso ideal entre el bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático) y el bien jurídico individual (vida) que se resuelve por el art. 77 del CP ya que se trata de un hecho que constituye dos o más infracciones, siendo el homicidio el medio necesario para cometer el delito de terrorismo descrito en el art. 572.1, 1º CP.

2. – Delitos contra la integridad: Lesiones.

El tipo básico del art. 572.1 establece la incriminación de los delitos de terrorismo de lesiones, estableciendo una graduación en la penalidad en función del tipo de lesiones que se causaren, pudiendo distinguirse entre las lesiones graves (art. 572.1, 2º) y lesiones menos graves

³³⁸ En esta opinión POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 908; LAMARCA, C. 1999, p.15.

³³⁹ Véase especialmente la consumación y formas imperfectas de ejecución en el delito de estragos.

(art. 572.1,3º). Los términos de la incriminación son los siguientes:

“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

2º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o...

3º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o...”

La estructura típica es idéntica a la de los anteriores examinados (art. 571 y 572.1,1º), variando tan solo en la modalidad que ha de revestir la acción. Esto significa que coinciden en el Tipo Objetivo; el bien jurídico colectivo protegido (ordenamiento constitucional democrático), el sujeto activo, el sujeto pasivo del delito, y el sujeto pasivo de la acción, que coincide con el objeto material del delito³⁴⁰. En el Tipo Subjetivo coinciden los elementos subjetivos específicos (finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública).

El bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado parece tener una naturaleza dual: la integridad corporal y la salud física o mental. Cabe señalar que en torno al objeto de tutela penal en las lesiones la doctrina no ha sido coincidente existiendo posturas dualistas y monistas. Estas últimas imperan en la doctrina española y atienden a la salud física o mental como bien jurídico protegido en cuanto común denominador a todas las hipótesis delictivas, relegando a un segundo plano la integridad corporal puesto que en caso alguno constituye un objeto de protección autónomo³⁴¹.

En el delito que es objeto de nuestra investigación (lesiones terroristas) no existe óbice para sostener que el legislador adopta una posición dualista en cuanto a este objeto de protección. En primer lugar, porque así parece desprenderse de la propia redacción del art. 147 del CP que, incriminando el tipo básico de las lesiones las define como un “menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental”³⁴². En segundo lugar, porque las hipótesis a las que el legislador se refiere en el art. 572.1 hacen referencia directa a la integridad corporal (art. 149 y 150) y deja un campo abierto para la incriminación de “cualquier otra lesión” en el numeral 3º del art. 572.1, de donde resulta que en ella puede comprenderse también la salud física o mental³⁴³. Este bien jurídico individual encuentra reconocimiento constitucional en el art. 15 de la CE.

2.a.- Lesiones Graves.

La configuración típica del art. 572.1, 2º efectúa una remisión normativa a efectos de entender qué tipo de lesiones son las que se incriminan con una pena de igual gravedad que para otro delito atentatorio contra la libertad (secuestro). Los arts. 149 y 150 son, por tanto, las disposiciones a las que habrá de acudir para saber qué tipo de lesiones son las que el

³⁴⁰ Opinión similar en los delitos comunes de lesiones: DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), p.341.

³⁴¹ Véase por todos BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982; el mismo “*El consentimiento en las lesiones*”, en CPC nº 14, 1981, BUSTOS, J. 1991, pp.56 y ss.

³⁴² En esta postura MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p.97; TAMARIT SUMALLA, “*Las lesiones*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Edit. Aranzadi, 1996 c) pp. 725 y ss. , esp. p.670. También en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 85 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “*De las lesiones*”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. I., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 a), pp.317 –413, esp. p. 326.

³⁴³ Algún sector doctrinal y jurisprudencial estiman que el concepto de salud no es suficientemente omnicompreensivo, introduciendo la incolumidad corporal, o incolumidad personal. En esta postura, por todos, TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Edit. PPU, 1990, pp.34-40. En contra DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp.335 y ss. para quien no está justificado sustituir el bien jurídico de la integridad y salud personales por el de incolumidad personal ya que éste concepto resulta demasiado amplio como para garantizar el principio de intervención mínima: cualquier molestia por pequeña que fuese cabría dentro de este concepto, lo que no parece adecuarse a los criterios de un derecho penal mínimo y de garantías.

legislador quiere sancionar. El art. 149 indica: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”. El art. 150 por su parte señala: “El que causare la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

2.a.1. Tipo Objetivo.

Los arts. 149 y 150 describen un tipo cualificado del delito de lesiones contemplado en el art. 147, cualificación que se realiza en función del resultado producido. Se trata de los supuestos más graves de lesiones y consisten en un menoscabo a la integridad corporal cuyo elemento común es la permanencia de la lesión, la imposibilidad de curación o secuelas físicas, sin que constituya obstáculo para esta cualificación la posibilidad de “recuperación” mediante una intervención quirúrgica posterior³⁴⁴.

La *acción* consiste, en términos generales, en “causar a otro una lesión” entendiendo por tal el “menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental” a que alude el art. 147 CP. Cualificadas como lesiones graves en los arts. 149 y 150 CP, los supuestos típicos pueden desdoblarse en: a) La pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o de un sentido, b) Causar la impotencia o esterilidad, c) Causar la deformidad, d) La pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal.

En cuanto al primer y último supuestos es necesario recalcar que el legislador emplea las expresiones “pérdida” (en lugar de “mutilación”) e “inutilización”³⁴⁵, situaciones éstas que desde el punto de vista material son equiparables en función del bien jurídico protegido³⁴⁶. Esta precisión resulta importante al momento de medir las consecuencias jurídicas en relación a la exigencia de dolo directo.

El *objeto material* es la persona humana a la que se causa la lesión³⁴⁷, y el objeto de la acción, es decir, aquello sobre lo cual recae la lesión, es el miembro u órgano, que en el caso del art. 149 tiene un carácter “principal”, y en el caso del art. 150 un carácter “no principal”³⁴⁸. Al señalarse miembro u órgano se comprende, a juicio de la doctrina, “aquellas partes internas del cuerpo que desarrollan una función propia y no son susceptibles de percepción visual separada del tronco”, y por otra parte se amplía la protección cualificada a los distintos sentidos de la vista³⁴⁹. En cuanto a los supuestos de impotencia y esterilidad³⁵⁰, se encuentran unificados en la

³⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, 1996 c), pp.737-738, cfr. 1999, pp.85 y ss. Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico, véase DIEZ RIPOLLÉS, J.L., 1997 a), pp. 356 y ss.

³⁴⁵ Sobre los conceptos de pérdida e inutilidad DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp. 387 -389, 393-395.

³⁴⁶ El CP de 1995 en este sentido continúa con los lineamientos proporcionados por la reforma de 21 de junio de 1989 que supuso una transformación radical en cuanto al tratamiento jurídico de las lesiones. Así, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), p.325, TAMARIT SUMALLA, 1996 c), pp. 726 y 738, 1999, pp. 85 y ss. Sobre la reforma, ampliamente ZUGALDÍA ESPINAR, “*Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989*”, en *PJ* n° 12, 1990.

³⁴⁷ Que coincide con el *sujeto pasivo de la acción*.

³⁴⁸ El carácter “principal” del miembro u órgano se determina, a juicio de la jurisprudencia, por la relevancia de la actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo considerando “no principales” a los que carecen de autonomía funcional sirviendo tan solo para facilitar el funcionamiento de los principales. SSTS de 15-6-1984 (RJ 1984/3681), 16 febrero 1990 (RJ 1990/1555). Cfr. TAMARIT SUMALLA, 1996 c), p.739, Cfr. 1999, pp. 85 y ss. Similar DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp.391 y ss.

³⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, 1996 c), p. 738, Cfr. 1999, pp. 85 y ss. En opinión similar DIEZ RIPOLLÉS estima que la distinción entre miembro y órgano carece de trascendencia penal y por tanto resulta problemática. Por ello, a su juicio, es mejor entender que “miembro” es la parte corporal diferenciada que es susceptible, y por “órgano” a aquel de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco, lo que permite incluir otras partes del cuerpo (pene, nariz, lengua, pabellón auditivo, etc.) en la medida en que quepa atribuirles una función propia, diferenciada de la del órgano o aparato en el que se suelen integrar. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp.385 y ss.

regulación del CP 1995, sin que se distinga entre impotencia coeundi y generandi. En cuanto a causar la deformidad, se refiere a un concepto meramente estético que afecta al bienestar personal pudiendo tener consecuencias graves a nivel económico, social o psicológico de la víctima. Se requiere una permanencia y visibilidad de la lesión para encontrarse dentro de este supuesto³⁵¹.

2.a.2. Tipo Subjetivo.

En el delito de terrorismo de lesiones el dolo de lesionar³⁵² que requiere la conducta típica está teñido del elemento subjetivo específico común a todos ellos, esto es, la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El conocimiento y voluntad deben estar dirigidos, por tanto, a causar las lesiones, operando en lo demás igual que en el caso del delito de homicidio. Esto significa que se admiten las diversas modalidades de dolo en relación a las lesiones, lo que se argumenta además con la utilización del vocablo “pérdida” de un miembro u órgano y no “mutilación” que dice relación mas bien con el dolo directo, y que ya no es privativo en la configuración típica. Caben por tanto, la comisión del delito mediante dolo directo y dolo eventual³⁵³ sin perjuicio de los problemas concursales que pudieren plantearse en relación al “resultado de lesiones” exigido por el art. 571. Sobre ello volveremos al final del examen de las lesiones.

2.a.3.- Naturaleza y Clasificación del delito

a) Según la relación con el bien jurídico: Al igual que en el caso del art. 572.1, 1º se trata de un delito de peligro para el bien jurídico colectivo, peligro que debe interpretarse como un peligro concreto cuya acreditación se encuentra en el resultado de afección al bien jurídico individual como se explica seguidamente.

a) Según las modalidades de acción.

b.1. Según las modalidades de la parte objetiva: Se trata de un delito de resultado material³⁵⁴ en relación al bien jurídico individual protegido ya que se requiere para su perfeccionamiento la producción de una lesión que reúna las características descritas en los respectivos tipos penales. La materialización del resultado típico de lesión a este bien jurídico se produce cuando concurre el menoscabo de la salud o integridad personales que haga precisa una asistencia facultativa³⁵⁵.

Este resultado material es a la vez, como se decía, el elemento que permite acreditar el peligro concreto que significa la causación de estas lesiones con la finalidad política establecida en el tipo penal y por el sujeto activo relacionado con banda armada, organización o grupo terrorista. Es, por tanto, al igual que los casos anteriores, un delito de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo protegido sin que pueda estimarse, en nuestra opinión que existe un peligro abstracto por el hecho de no referirse a una colectividad determinada de personas.

Es también un delito instantáneo puesto que el delito se consume en el instante en que se produce el resultado de lesiones, sin que pueda considerarse la “permanencia” como criterio rector de la gravedad de las lesiones, como un elemento que permite la creación de un estado antijurídico duradero por la voluntad del autor (como ocurre en los delitos permanentes), ni que

³⁵⁰ Sobre estos conceptos, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp. 396-399.

³⁵¹ Mas ampliamente TAMARIT SUMALLA, 1996 c), pp. 739 y ss, cfr. 1999, pp. 85 y ss. y DIEZ RIPOLLÉS a), 1997, pp. 402 y ss.

³⁵² Recordemos que la jurisprudencia le señala como “dolo específico”. SSTS 19-12-1990, 28-11-1997, 2-10-1998.

³⁵³ TAMARIT SUMALLA, 1996 c), pp.731 y 738, cfr. 1999, pp.85 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp. 406-407

³⁵⁴ LUZÓN CUESTA, 1998, p.360.

³⁵⁵ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp. 349, 384-385.

este estado sea el que se describe por el tipo mas no su producción (como ocurre en los delitos de estado, p. ej. Falsificación de documentos del art. 390 y ss)³⁵⁶.

Es un delito de acción por cuanto se requiere “causar a otro” la lesión. Esta lesión, de acuerdo a la incriminación típica tanto del art. 149 como del 150 y también del tipo básico del art. 147 puede ser causada por “cualquier medio o procedimiento” lo que viene a configurar el delito como un delito de medios indeterminados, y a considerar asimismo la forma omisiva de comisión, como ha admitido reiteradamente la jurisprudencia³⁵⁷ siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 11 del CP dado que la omisión impropia supone precisamente la realización típica por medio de una omisión.

Así por ejemplo, quien perteneciendo a una organización terrorista y con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático causa la amputación de ambas piernas de una persona a través de un artefacto explosivo debería ser sancionado conforme al art. 572.1, 2º, en el entendido que tiene dolo directo de lesionar y utiliza el artefacto como medio para causar la lesión, y siempre que se cumplan los demás elementos del tipo penal.

Algo similar sucede con la conducta del médico que forma parte de una organización terrorista de Estado, y que tiene por misión “supervisar” las torturas que se realizan en la persona de un detenido ilegalmente por motivaciones políticas a objeto de obtener una confesión. Supongamos que a raíz de las torturas la víctima sufre lesiones de gravedad que pueden empeorar si no es intervenido quirúrgicamente. El médico que forma parte de ese equipo de torturas omite esta intervención a consecuencia de lo cual la víctima pierde, por ejemplo, la vista.

En nuestra opinión, ocurre algo semejante al ejemplo examinado en el delito de homicidio. Independientemente de que la incriminación de la conducta más propia fuere la de detención ilegal y torturas, no existe óbice para sancionar en este caso por un delito de terrorismo de lesiones ya que, por una parte, el sujeto activo (médico) o bien pertenece, colabora o actúa al servicio de una organización que pretende la alteración del ordenamiento constitucional democrático, debiendo probarse en el caso la pertenencia o colaboración. El sujeto pasivo es la sociedad puesto que es la que resulta afectada en definitiva con el delito de terrorismo, siendo la víctima el objeto sobre el cual recae la acción.

Por otra parte, la conducta típica consiste en la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizarla por parte del médico (comisión por omisión). Los elementos que permiten imputar objetivamente la responsabilidad se cumplen ya que, en primer lugar, tiene una posición de garante en relación a la víctima a tal punto que si la intervención quirúrgica se hubiese efectuado quizá las lesiones hubieren sido de menor gravedad. En segundo lugar, existe un resultado de lesiones graves consistente en la pérdida de un sentido, como consecuencia de la ausencia de acción determinada, y en tercer lugar, el médico tuvo la posibilidad de evitar que se produjese el resultado lesivo, lo que se encuentra comprendido en la capacidad de acción.

b.2.- Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva: Comparte al igual que en los casos anteriores la característica de ser un delito de tendencia interna intensificada. A este respecto nos remitimos a lo señalado en torno al homicidio.

2.a.4.- Penalidad:

Al igual que en el caso anterior (art. 572.1, 1º) la pena es también exasperada quebrantando los principios de proporcionalidad e igualdad ya que, conductas comunes castigadas con penas de prisión de 6 a 12 años y de 3 a 6 años, en la figura cualificada de terrorismo se sancionan con

³⁵⁶ Sobre la distinción entre estos delitos nos hemos guiado por MIR PUIG, 1996, p. 202

³⁵⁷ SSTS 31-10-1991 (RJ 1991/7473 y 18-11- 1991 (RJ 1991/9448). También la doctrina, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1982, p.93, TAMARIT SUMALLA, 1990, pp.57-58, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 a), pp. 348- 349 y 384.

la pena única de 15 a 20 años de prisión³⁵⁸.

2.b.- Lesiones menos graves

El art. 573.1.3º emplea para señalar la conducta típica, la expresión “causaren cualquier otra lesión”. La amplitud de la misma permite englobar en este concepto no solo las lesiones que se tipifican como delitos en los arts. 147 y ss. del CP (excluyendo a los arts. 149 y 150 cuyo tratamiento es particular) sino que, en principio, también a las lesiones incriminadas como falta en el art. 617 CP³⁵⁹.

En primer lugar, si bien es cierto desde el punto de vista penal el terrorismo merece un tratamiento jurídico agravatorio, no parece adecuado extender el ámbito de punición al punto de quebrar el principio de proporcionalidad cualificando, como delito de terrorismo una mera falta. Si la tipificación debe establecerse conforme al “resultado de peligro” (concreto) que supone la realización de la conducta para el bien jurídico colectivo, no parece ser que este peligro concreto pueda concurrir cuando se trata de actos de escasa valoración penal. Por ello es que, una correcta interpretación de la norma penal lleva a que la falta de lesiones tenga que ser incriminada por la vía del art. 574 del CP que contiene la cláusula residual, y no por la vía del art. 573.

En segundo lugar, no parece responder al principio de exclusividad y merecimiento de pena la elevación de la sanción para una conducta que si es realizada por un individuo cualquiera, tiene solo una pena de arresto, mientras que si la realiza alguien relacionado con organizaciones terroristas y con las finalidades descritas en el tipo penal, es castigada con una pena igual o mayor a diez años de prisión.

En tercer lugar, existe un quebranto al principio de igualdad desde que el abanico posible de hipótesis delictivas puede desplegarse de manera tan amplia castigando con la misma y grave sanción (diez a quince años de prisión) conductas que en cuanto delitos comunes fundamentan su merecimiento de pena en función del resultado producido. La misma pena se aplica al que causa las lesiones de los arts. 147 y 148 del CP que al que causa las del art. 617 CP cuando lo hace con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública y en el marco de la estrategia de una organización terrorista o banda armada.

Por otra parte, la amplitud de la configuración típica puede llegar a plantear problemas concursales además de los que se producen en relación al art. 571 párrafo final. Sobre ello volveremos mas adelante.

Salvo estas precisiones en orden a la cualificación de las lesiones en función del resultado producido, los demás elementos objetivos del delito de terrorismo de lesiones menos graves es igual al anteriormente examinado. En cuanto al tipo subjetivo, comparte también las características relativas a los elementos subjetivos específicos (de tendencia interna trascendente) y en la exigencia de dolo directo (de primero o segundo grado) para la aplicación del supuesto del art. 572.1, 2º y 3º. Cabe recordar que en el supuesto que no exista el dolo genérico de lesionar sino que la lesión sea el resultado producido a consecuencia de otros delitos como estragos o incendios habrá que resolver conforme a las reglas concursales a que nos hemos referido entre el art. 571 y los respectivos delitos comunes. La aplicación del art. 572.1, nº2 o 3º procederá solo cuando el dolo directo (primero o segundo grado) sea el de lesionar.

³⁵⁸ En esta opinión que compartimos POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 909.

³⁵⁹ Un interpretación distinta es la que sostiene POLAINO NAVARRETE para quien el art. 572.1, 3º se estaría refiriendo a las lesiones menos graves previstas en los arts. 147 y 148 del CP, además de las culposas del art.152. POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 909. En nuestra opinión, al ser tan amplios los términos de la incriminación “cualquier otra lesión”, no existe fundamento legal para excluir en principio a las lesiones sancionadas como faltas.

En cuanto a la *naturaleza y clasificación del delito*, si bien comparte la mayoría de las ya examinadas en orden a las lesiones graves hay que destacar que dada la amplitud del tipo penal parece ser que nos encontramos ante un verdadero delito de *peligro abstracto* frente al bien jurídico colectivo que se pretende proteger. En primer lugar, si el resultado de lesión o peligro para el bien jurídico colectivo se acredita con la producción de las lesiones, de lege data se infiere que por mínima que ella sea (así una lesión meramente constitutiva de una falta) debería producir este peligro. En segundo lugar, hemos señalado que el criterio a seguir para la medición de la cercanía de la lesión (peligro concreto o abstracto) tiene una naturaleza estadística, esto es, mientras más cerca se vea el resultado de lesión o peligro mayor es la posibilidad que nos encontremos ante un peligro concreto. No se entiende de qué manera puede acercarse a este peligro de lesión al ordenamiento constitucional democrático la realización de la acción de lesionar a que se refiere el art. 617 (faltas).

En cuanto a la penalidad, si bien ella es menor que la prevista para el caso de lesiones terroristas graves, no deja de ser excesiva. Se trata de una pena única de prisión de diez a quince años para una infinidad de supuestos que pueden caber en la expresión “cualquier otra lesión”. Así por ejemplo, conforme al art. 147 la sanción va desde el arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses hasta prisión de seis meses a tres años, y conforme al art. 148, la de prisión de dos a cinco años, además de las previstas en el art. 152 para las lesiones culposas.

2.c.- Consumación y formas imperfectas de ejecución.

Opera al igual que en el delito de homicidio: la consumación se producirá cuando se comprueba el resultado de peligro para el ordenamiento constitucional democrático sin que sea necesario para que éste se compruebe que efectivamente se produzca el resultado materialmente separable de las lesiones. Para que exista el delito de terrorismo in comento basta con dar principio a la ejecución del delito por actos que se encaminan hacia la lesión del bien jurídico colectivo protegido.

Si el resultado de lesiones se produce existiría un concurso ideal entre el bien jurídico colectivo y el individual. La solución se encuentra en el art. 77 CP ya que, como hemos puesto de manifiesto al hablar del peligro concreto, las lesiones que se ocasionan son, de algún modo, utilizadas como medio por el sujeto relacionado con banda armada u organización terrorista. El sujeto no desea tanto lesionar a la persona, sino lesionar “para” alterar el ordenamiento constitucional democrático.

2.d.- Problemas concursales.

Sin ánimo de extendernos en un punto ya tratado hay que precisar que en el caso de que a consecuencia de los estragos o incendios que tipifica el art. 571 resultaren lesiones para las personas, el legislador de manera acertada restringe el ámbito de punibilidad a las lesiones a: la vida (homicidio), la integridad física o la salud de las personas. Al decir integridad física parece estarse excluyendo tácitamente la integridad psíquica, atendida la gravedad de la pena que supone la aplicación del art. 571.

Para la resolución del concurso de normas penales que se produce en relación al último párrafo del art. 571 hay que recordar que si el dolo va encaminado hacia la causación de lesiones con medios propios de los estragos o incendios, corresponde aplicar el presente precepto (art. 572, 2º y 3º). Cuando el dolo iba encaminado a causar estragos o incendio debería en principio aplicarse el art. 571. Sin embargo cuando se trata de dolo eventual los límites se tornan difusos. Como se decía, si se aplican las reglas del homicidio preterintencional, la concurrencia aunque sea como dolo eventual del ánimo de matar, desplazaría al dolo de lesionar. Empero ello restringiría la aplicación del art. 571 solo a los supuestos de muertes y lesiones imprudentes, y que en todos los demás casos de atentado contra la vida o integridad

física que se ejecutasen al menos con dolo eventual, correspondería aplicar el art. 572 CP³⁶⁰. La solución a este concurso de normas pasa en último término por la aplicación del principio de alternatividad a que se refiere el art. 8 CP. A este respecto nos remitimos a lo ya señalado en los delitos de estragos.

.2.e.- Otros problemas

En cuanto al delito de lesiones menos graves contemplado en el art.- 572.1,3º la amplitud del tipo penal (“cualquier otra lesión”) puede dar lugar a una *infracción al non bis in idem* cuando utilizando armas se hubieren causado lesiones del tipo básico contenido en el art. 147.

Dice el art. 147.1: “*El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico...*”. Y el art. 148: “*las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado.

2º Si hubiera mediado ensañamiento

3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz”.

Supongamos que A actuando al servicio de una banda armada lanza el contenido de un cóctel molotov sobre el rostro de un connotado político, sustancia líquida compuesta de gasolina, parafina (keroseno) y ácido sulfúrico. A consecuencia de ello se ocasionan quemaduras a la víctima que obligan a llevarle al hospital en el que debe permanecer por espacio de cinco días. El autor de los hechos está convencido de que con este tipo de acciones contribuye al objeto de la organización que es conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático. De no mediar los elementos estructural y teleológico el delito debía ser sancionado conforme al art. 147 elevándose la pena en razón del art. 148.1º.

Pero como concurren dichos elementos en el tipo objetivo, y existía dolo de lesionar mas las lesiones no fueron de la gravedad suficiente como para encuadrarlas dentro de los arts. 149 y 150, correspondería -en principio -aplicar el art. 572.1, 3º en relación con los arts. 147 y 148 del CP. Sin embargo, el art. 573, como se verá, también contiene una hipótesis en la cual puede caber esta conducta típica. Castiga dentro de las hipótesis delictivas “...el empleo de sustancias... incendiarias o asfixiantes”. Existiría, a nuestro entender, *una doble incriminación* en el caso de que la imputación de responsabilidad se hiciera por ambos preceptos, problema que se evita si consideramos que en el ejemplo propuesto “la sustancia incendiaria”, el spray con ácido sulfúrico y gasolina, es el medio para cometer el delito de lesiones.

3. – Delitos contra la libertad: Secuestro personal, Detención ilegal, Amenaza y coacción.

3.a. Detenciones ilegales y secuestro

El art. 572.1 en sus numerales 2º y 3º incrimina respectivamente los delitos de secuestro personal y de detenciones ilegales como delitos de terrorismo en los siguientes términos:

“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

2º En la pena de prisión de quince a veinte años si ...secuestraran a una persona.

3º En la pena de prisión de diez a quince años si...detuvieren ilegalmente...a una persona”.

De la lectura de ambas disposiciones salta a la vista que el legislador establece para el

³⁶⁰ PRATS CANUT, 1999, p. 1626.

secuestro la misma pena que para las lesiones graves, y para las detenciones ilegales la misma que para el otro tipo de lesiones, amenazas y coacciones. Cualificados como delitos de terrorismo tanto en el delito de detenciones ilegales como en el secuestro coinciden en el **Tipo objetivo**: a) *el sujeto activo*: el que pertenezca, colabore o actúe al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; b) *el sujeto pasivo*: La sociedad y el Estado, c) *el objeto material*: la persona a la cual se detiene ilegalmente o se secuestra, que a la vez coincide con el sujeto pasivo de la acción. En el **Tipo Subjetivo** coinciden: el dolo genérico y los elementos subjetivos específicos de tendencia intensificada.

La acción consiste en atentar contra las personas “secuestrándoles” o “deteniéndoles ilegalmente”. La carencia de remisión normativa expresa³⁶¹ de que adolece el art. 572.2 en relación a las diversas hipótesis comisivas de la detención ilegal nos obliga a remitirnos a los arts. 163 a 168 del CP que, agrupados en el Capítulo I del título VI del Libro II del CP, regulan entre los delitos contra la libertad a las detenciones ilegales y secuestros.

Cabe destacar que la configuración que el CP 95 realiza de las detenciones ilegales es notablemente mejor a la anterior dada la reducción del casuismo que imperaba en el CP 1973. Se suprimen una serie de preceptos problemáticos³⁶², entre ellos el tipo específico de conductas preparatorias del art. 481 bis que había sido incorporado por la Ley 82/1978. Dicha disposición tuvo por objeto castigar la construcción, acondicionamiento y tenencia de sitios que pudieran ser proporcionados y utilizados para la privación de libertad de una persona (encierro). El adelantamiento de las barreras de protección penal para la libertad implicaba llegar al extremo de tipificar conductas de peligro que materialmente no podían siquiera ser considerados actos ejecutivos del delito de detención ilegal, como lo era la tipificación de conductas que solo ponían en peligro la libertad de abandonar el lugar de manera potencial y remota³⁶³.

La opinión dominante en la doctrina establece que esta supresión constituye un acierto en la medida que, desde el punto de vista político criminal, la extensión de la punibilidad más allá de lo que exige la prevención general resulta perniciosa desde el prisma del derecho penal mínimo y de garantías. Por otra parte, desde el punto de vista dogmático, se incurría en el error de castigar más gravemente actos preparatorios que la tentativa del delito³⁶⁴, punición que ya se encuentra prevista en el CP 95 a través del castigo de la provocación, conspiración y proposición para delinquir (art. 168).

El **Tipo básico** de las detenciones ilegales está contenido en el art. 163:

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiera a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

³⁶¹ Obsérvese que no ocurre esto tratándose de las lesiones terroristas a que se refiere el art. 572.1, nº 2 que remite directamente a los arts. 149 y 150 CP.

³⁶² Mas ampliamente MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en AA.VV. *Delitos contra la libertad y la seguridad*, dir. por J.M. Terradillos Basoco, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 341- 384.

³⁶³ Así, MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 346, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP.PE*, 2ª ed., Edit. Ariel, 1991, p. 106, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 10ª ed. Tirant Lo Blanch, 1995, p. 163, COBO DEL ROSAL- CARBONELL MATEU, *DP.PE.*, 3ª ed. Tirant Lo Blanch, 1990., p. 710, POLAINO NAVARRETE, *El delito de detención ilegal*, Ed. Aranzadi, 1982 b), p.422.

³⁶⁴ Así MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, pp. 346-347, BUSTOS, J., 1991, p. 106.

El **Tipo cualificado de secuestro** se contiene en el **art. 164**: "El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2."

El **art. 165** contempla otra figura cualificada: "Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones."

En todos estos casos se regula la conducta del "particular" que detiene ilegalmente a una persona, pero también es importante considerar la comisión de este tipo de delitos teniendo como *sujeto activo al funcionario público*.

El **art. 167** señala: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos casos, en su mitad superior y, además con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años"³⁶⁵.

En relación estrecha con esta disposición se encuentra el **art. 530** que, dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de las garantías constitucionales, indica: "La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años".

No procede aquí realizar un análisis exhaustivo del delito de detenciones ilegales sino tan solo en cuanto se relacionan con los tipos penales de terrorismo in comento. De esta suerte la clasificación de las modalidades de detención que contempla el CP de 1995 como delitos comunes puede encontrarse en textos destinados específicamente a su estudio³⁶⁶. Seguiremos, por tanto, con el esquema que hasta ahora hemos adoptado para analizar los tipos penales.

3.a.1. El bien jurídico protegido en las detenciones ilegales y secuestro terroristas.

Como en todos los delitos de terrorismo que se examinan, el bien jurídico protegido en el art. 572.1 numerales 2º y 3º tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático. El terrorista insurgente o amparado por el aparato estatal que detiene o secuestra tiene como propósito último y a la vez primordial, conseguir la alteración del orden constitucional mediante la creación de una situación de alarma que provoca la constatación de la existencia de una organización terrorista frente a la cual el Estado – si es terrorismo insurgente- o el enemigo político – si es terrorismo estatal- aparece como inerme.

³⁶⁵ En el antiguo CP, el delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público se encontraba regulado en el art. 184, dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, entre Delitos contra la Seguridad Interior del Estado (Libro II, Título II, Capítulo II, Sección Segunda). No existía referencia alguna a este delito en el título relativo a los delitos contra la libertad, regulados en los arts. 480 y ss. y se establecía, en el art. 184 una verdadera y "privilegiada atenuante" que supondría la condición de autoridad o funcionario público. QUINTANO RIPOLLÉS; *Tratado de la Parte Especial del Código Penal*, Madrid, Edersa, 1962, T.I, p. 772.

³⁶⁶ Una de las clasificaciones más completa es la que realiza DIEZ RIPOLLÉS, distinguiendo en función de los sujetos activos y el tiempo de duración de la privación de libertad. Puede sintetizarse en: **1. Detención básica** (art. 163.1 y 2, 163.1 y 163.2 en relación con arts. 167 y 165, 163.3, 163.3 en relación arts. 165 y 167), **2. Detención cualificada como secuestro** (art. 164, 164 inc.2. en relación arts. 165 y 167), **3.- Detención privilegiada por presentación inmediata a la autoridad** (art. 164.4, y 163.4 en relación arts. 165 y 167). Véase DIEZ RIPOLLÉS, J.L. "De las detenciones ilegales y secuestros", en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T.I., coord. por J.-L. Diez Ripollés y L. Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, 1997 b), 709-772, esp. pp. 712-713.

En cuanto al *bien jurídico protegido individual* que resulta inmediatamente afectado, los antecedentes histórico legislativos y doctrinarios desde el CP de 1822 en adelante han demostrado que los intereses protegidos por esta figura han sido múltiples, ya que los sucesivos Códigos Penales han tipificado no solamente la detención ilegal practicada por particulares, sino también por parte de funcionarios públicos. Es este último el caso más problemático y el que mayores dificultades plantea en torno a la determinación del objeto de tutela penal, pudiendo mencionarse desde las garantías constitucionales, el propio texto constitucional, la sociedad, los poderes públicos ante los deberes de función, la libertad individual, los derechos de la persona hasta la Seguridad Interior del Estado.

El art. 17 de la CE consagra el derecho a la libertad y seguridad personales. Se trata de una especificación del valor libertad considerado esencial en el ordenamiento jurídico. Esto significa que “toda persona tiene derecho a no ser detenido y solo la ley puede establecer excepciones”³⁶⁷. La importancia que este derecho reviste tratándose del fenómeno terrorista, a nuestro entender, puede verse desde dos ángulos: Por una parte nos encontramos con que una de las conductas que con mayor frecuencia puede observarse en la estrategia terrorista insurgente coincide con esta negación a la libertad personal de las personas a través de secuestros y detenciones ilegales. Lo mismo ocurre tratándose del terrorismo de Estado³⁶⁸. Por otra parte, no es infrecuente que desde el punto de vista político criminal este derecho a la libertad personal se haya visto directamente afectado por los criterios de emergencia penal que se siguen en la lucha antiterrorista.

La *doctrina mayoritaria*³⁶⁹, tradicionalmente ha entendido que el bien jurídico protegido en el delito de detenciones ilegales es la *libertad ambulatoria* que puede conceptualizarse como la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro o de situarse voluntariamente en el espacio, ese derecho a no verse constreñido a no estar donde no quiere estar, en razón de una fuerza física o psíquica ilegítima que le obliga a ello³⁷⁰.

Especial referencia al bien jurídico protegido en el delito de detenciones ilegales practicado por funcionario público.

Si bien la libertad de movimiento aparece, en principio, como el bien jurídico protegido individual por excelencia en las detenciones ilegales, cabe preguntarse si es también el objeto de tutela penal cuando se trata de las detenciones ilegales cuyo sujeto activo reviste la calidad de funcionario público, o si ha de considerarse que existen más bienes jurídicos protegidos en este caso. De ello dependerá si se considera que la figura que contempla el art. 167 del CP sea considerada como un solo delito que ataca varios bienes jurídicos (delito pluriofensivo) o de un delito cuyo bien jurídico es solo uno pero con una compleja estructura.

³⁶⁷ ZÚÑIGA, L. 1993, p.115.

³⁶⁸ En España puede citarse: a) desde la violencia insurgente el caso del secuestro del funcionario de prisiones J.A. Ortega Lara, quien fue encerrado en un *zulo* más de quinientos días por miembros de ETA (SAN de 26-6-1998, núm. 38/1998 (ARP 1998/3023), b) desde la violencia amparada por el Estado, aunque no fue considerada terrorista, la detención ilegal y posterior asesinato de Lasa y Zabala por parte de los GAL (SAN de 26-4-2000).

³⁶⁹ Así, MUÑOZ CONDE, F. *DP. PE.*, Tirant Lo Blanch, 1990, p. 651, *DP.PE.*, 1996, p.149, BUSTOS, J. 1991, p. 104; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *DP. Español. PE.* Artes Gráficas, Madrid, 1988, p.776; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *La detención*, Ed. Akal, 1985 p. 147.; PUIG PEÑA, Federico. *Detenciones Ilegales*, en *NEJ*, T. VII, 1955, p.385. CUELLO CALÓN, E. *DP.PE.*, Edit. Bosch, T. II, 14ª edición puesta al día por Camargo Hernández, 1980, pp. 82 y ss. , PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edit. Edersa, 1990, p. 105, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 714, PRATS CANUT, J.M. “*Delitos contra la libertad*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1996 c), pp. 781 y ss., esp. p.787, cfr. 1999, pp. 148 y ss. En la jurisprudencia: SSTS de 17-12- 1971, 27-11-1974, 6-6-1978, 20-12-1983.

³⁷⁰ STS 17-10-1991 (RJ 1991/7295).

Ante todo hay que insistir en que la estructura de los delitos de terrorismo es compleja ya que no ataca un solo bien jurídico, sino, como se ha visto, uno principal que es de naturaleza colectiva, orden constitucional democrático, y bienes jurídicos individuales que son los que resultan inmediatamente afectados. De lo que se trata aquí no es de discutir la pluriofensividad de los delitos de terrorismo, sino de identificar si el bien jurídico individual que se protege en un delito terrorista de detención ilegal practicado por funcionario público es uno solo, la libertad de movimiento del individuo, o si existen otros bienes jurídicos protegidos que aumentan el desvalor de la conducta, o que nos sirven para reafirmar la idea de identificar el objeto de tutela penal en las figuras cualificadas de terrorismo con el orden constitucional que impera en una democracia.

Imaginemos un funcionario que además de ejercer una función pública en una institución, forma parte de una organización clandestina amparada por el Estado y que se dedica a eliminar o neutralizar a su enemigo político. ¿Qué ocurre si ese funcionario prevaliéndose de su autoridad detiene ilegalmente a una persona?³⁷¹. Sin ánimo de extendernos más allá de lo estrictamente necesario para el objeto de esta investigación, es preciso señalar aun someramente cuales han sido las posturas doctrinales que se han planteado en relación al bien jurídico que se protege en el *delito común* de detención ilegal por funcionario público.

Hasta antes de la reforma introducida por el CP 95, la doctrina había centrado su discusión en torno al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal, haciendo notar la gravedad de la sanción cuando era cometido por particulares y la "atenuación privilegiada" que se realizaba cuando era cometido por funcionarios públicos³⁷².

La *doctrina mayoritaria*, consideró que el objeto de tutela penal en ambos tipos penales es el mismo: la libertad ambulatoria, y la diferencia radicaba en el sujeto activo, mientras en el art. 184 se protegía la libertad de movimiento frente a los ataques o abusos de los funcionarios en ejercicio de sus funciones, en el art.480 lo era frente al ataque de los particulares³⁷³. La consecuencia que puede extraerse de esta postura es que la detención ilegal sería una sola y el carácter de funcionario público que ha de tener el sujeto activo exigido por el antiguo art. 184 (actual art. 167 CP) sería un elemento circunstancial de lo injusto. Luego, se trataría de un delito especial impropio, en que el desvalor del acto es cofundante en relación al bien jurídico, y no constitutiva de un deber específico del sujeto activo en relación al bien jurídico³⁷⁴. Las objeciones que se plantearon a esta postura pueden resumirse en³⁷⁵:

- De acuerdo a la interpretación mayoritaria nos encontraríamos ante un tipo cualificado, atenuado del delito de detenciones ilegales cometidas por particulares que tipificaba el art. 480 del CP., en contra de lo que mostraba el propio CP que no le daba la tipificación de figura cualificada en razón de la diferencia de sujeto activo.

³⁷¹ Numerosos han sido los casos en que autoridades policiales, prevaliéndose de su condición de autoridad, detienen ilegalmente a enemigos políticos, hecho que puede culminar o bien en una desaparición forzada o bien en homicidio. A esto hay que unir, críticamente, el verdadero manto de impunidad que proporcionan las leyes que nacen de los criterios de la emergencia penal, y que abren una puerta hacia las violaciones a los derechos humanos. Un ejemplo en la legislación chilena es la denominada detención por sospecha (art. 260 n° 4 CPP: "los agentes de policía...están además autorizados para detener: ...al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas". Véase también art. 2° de la ley 19.313, de 21 julio de 1994).

³⁷²A este respecto véase QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Código Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1962, T.I, p. 772, MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, pp. 353 y ss.

³⁷³ Así, DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit. Tirant Lo Blanch, 1993, p.329, RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Ed. Tecnos, 1975, p. 250. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. 1988, p.776; PUIG PEÑA, F. 1955, p.386, CUELLO CALÓN, E. 1980, p. 86. En la jurisprudencia, SSTS de 27-5-1981, 19-6-1974, 27-11-1974, 6-6-1978 (Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p.354, nota 25).

³⁷⁴ZÚÑIGA, L. 1993, p. 79.

³⁷⁵ Ídem, pp.80 y ss.

- Reafirmando lo anterior, la calidad de funcionario público es un elemento fundante de lo injusto, y por tanto no se trataba de una mera atenuación
- De asumir la postura mayoritaria en torno a que el bien jurídico protegido es solo la libertad ambulatoria, no podría explicarse el privilegio para la detención ilegal cuando es cometida por funcionario público, ya que configuraría una situación de discriminación arbitraria en relación a la libertad personal.

Tomando para sí estas críticas, *la doctrina minoritaria* sostiene que en las figuras de detención ilegal realizada por particulares y por funcionarios públicos no existe un solo bien jurídico protegido y que se identifique con la sola libertad de movimiento. Existirían, a lo menos dos bienes jurídicos distintos ya cuantitativa, ya cualitativamente. La doctrina minoritaria se subdivide a este respecto.

Así, para algunos autores, en ambas figuras delictivas existiría una igualdad de afección material en torno a la libertad, pero existiría una diferencia en el objeto jurídico (bien jurídico) de carácter *cuantitativo*. Encabezando este sector QUINTANO RIPOLLÉS³⁷⁶ entiende que esta afección material igual en ambos delitos es la libertad ambulatoria, pero con una diferencia fundamental: en el caso del funcionario público se trataría de la libertad ambulatoria rodeada de las garantías constitucionales. En sentido similar se pronuncian VIVES ANTÓN/GIMENO SENDRA³⁷⁷ y anteriormente POLAINO NAVARRETE³⁷⁸.

Críticamente BUSTOS³⁷⁹ plantea que no puede diferenciarse entre dos bienes jurídicos de naturaleza distinta. La libertad del individuo en su relación con el Estado abarca todos los demás derechos que se reconocen a la persona en la Constitución. Luego, no puede vincularse el art. 167 solo a la libertad de movimiento sino a todos los otros derechos que trae consigo: vida, integridad, honor, etc. Comprender la libertad política diferenciada cuantitativamente de la libertad de movimiento lleva a concebir el injusto del art. 167 con un mayor desvalor respecto del art. 163, fuere como figura compleja o agravada, lo que no se corresponde con la realidad histórica legislativa, ya que tradicionalmente se le ha concebido como un tipo autónomo.

De allí que para este sector de la doctrina, los bienes jurídicos protegidos en los tipos de detenciones ilegales diferentes en sujeto activo (particulares- funcionario público) tendrían una naturaleza distinta, existiendo una *diferencia cualitativa* entre ambos. Así BUSTOS³⁸⁰ considera que el injusto que se contenía en el art.184 protege un bien jurídico institucional, un bien jurídico que recoge un sistema garantizador de la Constitución respecto de la libertad y la seguridad, en otras palabras, el sistema de control a las actuaciones de los poderes públicos. Una posición similar asumen PORTILLA CONTRERAS³⁸¹, ZUGALDIA ESPINAR³⁸² y MUÑOZ SÁNCHEZ³⁸³.

³⁷⁶QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1966, p. 529.

³⁷⁷ Para VIVES ANTON y GIMENO SENDRA se trata de un ataque al bien jurídico protegido libertad no solo individual sino también considerada desde la perspectiva política, entendiéndose por tal, la libertad de movimiento unida a una serie de garantías constitucionales que la hacen formar parte de la relación Estado- ciudadano. VIVES, ANTON, T./ GIMENO SENDRA, J.V. *La detención*, Edit. Bosch, 1977, p. 23.

³⁷⁸ POLAINO NAVARRETE sostiene que se trata de un delito pluriofensivo cometido por el funcionario público contra la libertad de movimiento unida a la seguridad estatal interior y el incorrecto desempeño de las funciones públicas la libertad pública y privada. POLAINO NAVARRETE, M. 1982 b), p.138.

³⁷⁹BUSTOS, J. 1991, p. 311, el mismo "*El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público (art., 184 CP)*", en CPC n°19, 1983, p.345.

³⁸⁰Ídem, 1991, pp. 311-312.

³⁸¹Para este autor se trata de dos bienes jurídicos diferentes por cuanto en el delito de detención ilegal practicado por funcionario público subyace el concepto de "seguridad como conjunto de garantías del ciudadano frente a las actuaciones estatales, donde la libertad de movimiento solo es uno de los derechos que integran aquel concepto, en el art. 163 (antiguo art. 480) lo que predomina es la libertad de movimiento con exclusión de cualquier otra garantía.. PORTILLA CONTRERAS, G. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edit. Edersa, Madrid, 1990, p. 114.

Nuestro parecer es el siguiente: los antecedentes histórico legislativos de la detención ilegal unido a la discusión doctrinal demuestran que el ámbito de protección va mas allá de la simple libertad de movimiento, es decir, se encuentran en juego los derechos de la persona, en cuanto límites al *ius puniendi*, sobre todo cuando el sujeto activo es un funcionario público que, actuando fuera de su competencia legal o abusando de ella, detiene (art. 167) o priva de libertad (art. 530) ilegalmente a una persona. Lo que se protege es una complejidad de relaciones sociales que van mucho mas allá de la simple libertad de movimiento³⁸⁴. Siguiendo a Laura ZUÑIGA³⁸⁵ esto significa proteger la garantía jurídico constitucional de los derechos humanos fundamentales, como eje de todo Estado de Derecho, y con ello el respeto que le merecen todos los representantes del Estado (en cuanto no deben abusar de su autoridad), y en definitiva todas las personas³⁸⁶. Este complejo sistema de relaciones sociales y valoraciones jurídicas, es lo que BUSTOS denomina *garantías* a la libertad.

En un sentido similar se pronuncia actualmente POLAINO NAVARRETE³⁸⁷ señalando que esta figura (detención ilegal perpetrado por funcionario público) afecta prioritariamente a la *libertad de movimiento personal*³⁸⁸ de la víctima individual del delito, pero asimismo *además a otros bienes jurídicos*, puesto que, a través de la privación de libertad de movimiento del detenido ilegalmente se afecta el *conjunto de los derechos fundamentales* del hombre. La ilegalidad del comportamiento de detención o secuestro cometidos por funcionario público, por lo general, radicará en la conculcación de alguno de estos derechos fundamentales del detenido, en cuanto contenido de garantías constitucionales que al mismo corresponden, e incluso en la forma ilegítima de practicar la detención del ciudadano.

Por último, constituye elemento fundante de la figura penal in comento, el contenido del *deber jurídico*, que vincula al propio funcionario con el Estado, en referencia con el respeto y la garantía de un derecho individual, cual la libertad de movimiento personal, reconocido desde la perspectiva de los derechos constitucionales y procesales del detenido³⁸⁹.

Por tanto, asumimos en esta investigación que en los tipos de detenciones ilegales contemplados por los arts. 163, 167 y 530 CP existirían dos bienes jurídicos protegidos distintos, en el primer caso, cuando el tipo lo realizan los particulares, se trataría de la *libertad ambulatoria o de movimiento*. En el segundo caso, cuando la detención ilegal (art. 167) es practicada por funcionario o autoridad, lo que se afecta es, además de la libertad ambulatoria, el *derecho fundamental a la libertad y seguridad personales*, un derecho humano positivizado constitucionalmente, tendiente a proteger no solo la libertad entendida como la autonomía de la persona humana en relación a sus semejantes, sino asimismo la seguridad personal, esto es, la

³⁸²ZUGALDIA ESPINAR, J.M. "*El Título V (Delitos contra la libertad del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*", en *DJ. T II*, pp.426-427.

³⁸³MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, pp. 354-356, el mismo, con anterioridad, *El delito de detención*, Edit. Trotta, 1992, pp.100-105.

³⁸⁴ Recordamos que hemos asumido un enfoque histórico materialista en torno a la identificación del objeto de tutela penal. Supra Cap. VI, Apdo. 2°.

³⁸⁵ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. 1993, p.84

³⁸⁶ De allí que no quepa hacer distinción entre el terrorista "insurgente" y el terrorista "amparado por el Estado", ambos vulneran los derechos humanos. Sobre la distinción entre terroristas y delincuentes políticos, Supra Cap. II, especialmente las referencias a Movimientos de Liberación Nacional.

³⁸⁷POLAINO NAVARRETE, M. "*Delitos contra la libertad*", en *Curso de DP.Español. PE.*, dirig. por Cobo del Rosal, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997 b), pp. 231 y ss.

³⁸⁸ Entiende, Polaino, que si bien la libertad de movimiento personal ha sido valorada como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, no puede soslayarse que esta condición, frente a la libertad genérica de actuar individual, incorpora unas referencias tópicas y cibernéticas apreciables en cualesquiera esferas psicológicas de manifestación de la libertad ambulatoria. POLAINO NAVARRETE, 1997 b), pp.231 y ss.

³⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, 1997 b), pp.231 y ss.

previsión ante detenciones arbitrarias. Al ser la seguridad una consecuencia necesaria de la autonomía personal, se dice entonces que a este bien jurídico se le denomina "*libertad personal*", y que es el bien jurídico por excelencia que se protege en el tipo penal del art. 530 CP (privación ilegal de libertad)³⁹⁰.

3.a.2. *Ámbito de punibilidad del art. 572.1 n°s 2 y 3.*

Para determinar cuál es el ámbito de punibilidad del art. 572.1 n°s 2 y 3 debemos fijar nuestra atención: de un lado, en el bien jurídico colectivo que se pretende proteger: orden constitucional, y de otro lado en el bien jurídico individual que es el que resulta inmediatamente afectado. Cuando se trata de la detención ilegal que tiene por sujeto activo a particulares es indudable que el ámbito de punibilidad se circunscribe a las hipótesis delictivas de los arts. 163 a 166 CP. Los problemas nacen cuando se trata de determinar el ámbito de punibilidad en relación a las detenciones ilegales practicadas por funcionario público, es decir, si debe considerarse solo al art. 167 del CP o también al art. 530.

En principio, si consideramos como la doctrina mayoritaria, que el objeto de tutela penal en las detenciones en general es solo la libertad ambulatoria, deberíamos decir que no procede extender el ámbito de aplicación del art. 572.1 n°3 a las hipótesis delictivas contenidas en el art. 530, ya que él no dice relación con el acto de "detener" ilegalmente a una persona – hipótesis que contempla el art. 167- sino de "acordar, practicar o prolongar cualquier privación de libertad de un detenido".

Pero como contrapartida, nos encontramos que tanto en el art. 167 del CP como en el art. 530 el objeto de tutela penal es la "libertad personal", este derecho constitucional a la libertad y seguridad personales, que viene a otorgar incluso un mayor desvalor a la acción del funcionario público que perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de una organización terrorista, atenta contra este derecho constitucional. Mayor desvalor de acción porque existiría una afeción al bien jurídico colectivo incluso más directa que en el caso de las detenciones ilegales que realizan particulares.

¿Es posible extender el ámbito de punibilidad del delito de terrorismo in comento al art. 530?. En otras palabras, concebir la siguiente hipótesis delictiva: un funcionario que integrado o colaborando con una organización terrorista "acuerda, prolonga o practica" cualquier privación ilegal de libertad de un detenido?.

Ante todo hay que tener presente que, la incriminación penal a que se refiere el art. 572.1 establece claramente que la conducta ha de ser la de secuestrar (n°2) o "detener ilegalmente" a una persona (n°3). De allí que, en nuestra opinión, *no es posible* extender la punibilidad a los supuestos delictivos del art. 530 CP. En ellos no se habla de "detener" ilegalmente, sino de un acto que se realiza con posterioridad a una detención que ha sido realizada legalmente *por un funcionario en ejercicio de sus funciones*. Lo que aquí se tipifica es la prolongación de la privación de libertad de un detenido o preso con violación a las garantías constitucionales.

³⁹⁰ Como características primordiales de este derecho fundamental a la libertad y seguridad personales pueden anotarse: **1.-** Se trata de un derecho fundamental, esto es, un derecho humano positivizado constitucionalmente, **2.-** Este bien jurídico se encuentra en una vinculación especial con el funcionario público, porque el bien se vulnera en el ejercicio de una potestad del Estado. El derecho fundamental a la libertad y la seguridad personales es afectado en este delito en la práctica de la función pública, y esta relación bien jurídico- funcionario público es lo que constituye el desvalor de acción, **3.-** Se encuentra unida a este bien jurídico la garantía jurisdiccional del habeas corpus, que se dirige exclusivamente a la salvaguarda de la libertad personal (art. 17.4 CE), **4.-** Su trascendencia en el aspecto político es mayor que la de la simple libertad ambulatoria, pues se trata de la posibilidad de suspensión del derecho fundamental de la libertad personal en los casos de estados excepcionales generales e individuales, entendiéndose esta libertad personal como omnicomprensiva de un conjunto de derechos fundamentales del hombre cuya vulneración potencial a través de una detención ilegal está latente.

Esta idea se reafirma si consideramos:

- a) La ubicación geográfica de los arts. 167 y 530 en el texto punitivo. Mientras el art. 167 se ubica entre de los delitos contra la libertad, en particular detenciones ilegales y secuestro, el art. 530 se ubica dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (Título XXI del Libro II, Capítulo V del CP).
- b) El art. 167 se configura como *un tipo cualificado de segundo grado* respecto de los supuestos típicos de las detenciones ilegales y secuestros indicados en los arts. 163 a 166 CP, que contiene una agravación punitiva (la pena respectiva de los delitos en su mitad superior e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años)³⁹¹. En cambio, el art. 530 del CP, dentro del título relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos, sigue estableciendo una atenuación especial sancionando tan solo con la pena de inhabilitación para el empleo o cargo público en razón de la especialidad del sujeto activo para los supuestos de prolongación indebida de una detención o prisión provisional.
- c) No parece adecuarse a las exigencias de un Estado de derecho que un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, cometa un delito de terrorismo. El funcionario público que acuerda, practica o prolonga “ilegalmente” el encierro de una persona, no está deteniéndola. El elemento normativo “ilegal” dentro de la hipótesis delictiva del art. 572.1 n°2 y 3 requiere estar presente al momento de ejecutar la detención, y no con posterioridad a ella.

Finalmente, y en nuestra opinión, la única posibilidad de incriminar a título de terrorismo la conducta delictiva del funcionario público que acuerda, practica o prolonga la privación de libertad de un detenido con violación a las garantías constitucionales, es acudiendo a la cláusula residual que se contienen en el art. 574 del CP, que sanciona “cualquier otra infracción” cometida por un sujeto integrado o que colabora con una organización terrorista o banda armada, y con las finalidades específicas de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

3.a.3.- Tipo objetivo.

a) Especificaciones en torno a los sujetos del delito.

El *sujeto activo* de los delitos contenidos en el art. 572.1, numerales 2° y 3° es el mismo que en todos los delitos de terrorismo hasta ahora examinados, esto es, cualquiera que pertenezca, colabore o actúe al servicio de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Cuando se trata de los supuestos de detenciones ilegales o secuestro que realizan particulares (remisión normativa a los arts. 163 a 166) no existe dificultad en su identificación. En cambio, cuando se trata de estos mismos delitos de terrorismo pero referidos al tipo penal contenido en el art. 167 CP existe una cualificación positiva del sujeto activo, el que tiene que ser “autoridad o funcionario público”³⁹².

Para que el funcionario público pueda ser sujeto activo de los delitos de terrorismo debe actuar, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, esto es, no actuar en ejercicio de sus funciones, ya porque no tiene competencia para detener, ya porque poseyendo esta competencia actúa con otros fines ajenos a la legalidad, como lo sería el interés en eliminar o neutralizar a un enemigo político, razón por la cual actúa en el marco de una organización ilegal, una organización terrorista. No debe tratarse de un funcionario público que actuando dentro del ámbito de sus competencias, se desvía o extralimita en el cumplimiento de las mismas, porque en este caso nos encontraríamos en la hipótesis que tipifica el art. 530 CP,

³⁹¹ Similar, MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 353. En contra POLAINO para quien el art. 167 no regula una figura privilegiada del tipo de detenciones ilegales, sino un tipo penal autónomo. POLAINO, M. 1997 b), p. 225.

³⁹² La calidad de autoridad o funcionario público debe entenderse como un elemento normativo del tipo que define la calidad de los sujetos a los cuales se dirige el art. 167. Se trata de un concepto jurídico ya definido en el art. 24 del CP. ZUÑIGA, L. 1993, p.163

en el que se castiga a la autoridad o funcionario público que “mediando causa por delito”, acuerda, practica o prolonga cualquier privación de libertad de un detenido o preso³⁹³.

El funcionario ha de actuar con abuso de poder, que puede caracterizarse en forma genérica como un elemento especificador del injusto que acompaña al desvalor del acto, pues no solo expresa el ámbito situacional a partir del bien jurídico (que la lesión al bien jurídico la realice el funcionario abusando de sus potestades) sino asimismo designa una relación especial del sujeto activo con el bien jurídico. En otras palabras, el desvalor del acto se ve aumentado toda vez que el funcionario o autoridad abusa de las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga respecto del bien jurídico, porque el funcionario o autoridad tiene un deber especial que consiste en el correcto ejercicio de sus potestades respecto de dichos bienes jurídicos.

En cuanto al *sujeto pasivo* del delito, ocurre al igual que en todos los casos de atentados terroristas contra las personas: el sujeto pasivo del delito de terrorismo es la sociedad mientras que la víctima o la persona que ve afectada su libertad ambulatoria es el sujeto de la acción ya que es en ella donde ésta recae directamente. Este sujeto pasivo de la acción solo puede ser aquel que tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio. De dicha capacidad es poseedora toda persona que tiene la facultad de querer respecto a su situación espacial³⁹⁴.

b.- La conducta típica.

La conducta típica materializada en la acción de los tipos penales que se contienen en el art. 572.1 consiste en la privación de libertad ambulatoria de la víctima, en cualesquiera de los estadios psicológicos del disfrute de este derecho fundamental, expresada a través de la creación de un status de tipicidad de incidencia instantánea o permanente sobre el bien jurídico protegido.

La estructura de la acción es compleja ya que el comportamiento típico abarca dos supuestos: secuestrar (art. 572.1 nº2) y detener ilegalmente (art. 572.1, nº3), los que a su vez se componen de varios momentos: encerrar o detener, por una parte, y privar de libertad al encerrado o detenido, momentos que se deducen de los supuestos contenidos en los arts. 163 y ss. del CP. Existe un elemento común tanto en el secuestro (art. 572.1, nº 2 en relación con art. 164 CP) como en la detención ilegal (art. 572.1 nº3 en relación con art., 163 CP), y que es la privación de libertad personal que describen tanto el encierro y la detención como modalidades alternativas de conducta permutables entre sí. Es indiferente que la privación del movimiento personal se realice bien por encierro, bien por detención, pero tal privación de libertad ambulatoria para que alcance relevancia típica ha de ser efectuada a través del encierro o a través de detención³⁹⁵.

El primer momento de la acción es el *encierro* o la *detención*. Se entiende por encierro el situar a una persona en un espacio cerrado, un lugar, mueble o inmueble, no abierto para ella y de inaccesible franqueo por parte de la misma³⁹⁶. Por detención se entiende la aprehensión de una persona y entrará en el marco de la detención ilegal cuando con la detención se privare de la facultad de movimiento personal a un ser humano. Esta forma comisiva admite la privación de

³⁹³ SSTS (Ar. 5665) de 25-6-1990, STS (Ar.3300) de 23-4-1990 que se refieren a los supuestos del delito de detención ilegal que contemplaban los arts. 184 y ss. del CP 1973. En sentido similar MUÑOZ SÁNCHEZ, quien establece claramente la diferencia entre el art. 167 y el art. 530 del CP. MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 356.

³⁹⁴ Así la opinión de la doctrina mayoritaria refiriéndose al sujeto pasivo de los delitos *comunes* de detenciones ilegales y secuestro. POLAINO NAVARRETE, 1982 b), pp.173 y ss., BUSTOS, J. 1991, pp.104-105, DIEZ RIPOLLÉS, 1993, p.327, 1997 b), p.716, MUÑOZ CONDE, 1996, p.150.

³⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, 1997 b), pp. 195 y ss.

³⁹⁶ PRATS CANUT, 1996 c), p. 788, cfr. 1999, pp. 148 y ss.

libertad en un lugar abierto, pero precisa el empleo de fuerza física para privarle de su facultad de traslado ambulatoria³⁹⁷.

El segundo momento de la acción es la privación de libertad, que representa el elemento común del comportamiento típico, conectado con el anterior en virtud de la expresión "privándole de su libertad", referida a la actitud de quien "encerrare o detuviere a otro"³⁹⁸. A este respecto, entendemos que la privación de libertad comprende todo el momento que dura la detención.

Cabe destacar que la detención ilegal típica es más fácilmente detectable en los casos de encierro o internamiento de una persona en un lugar del que no le es posible salir, en cambio existirán dificultades de concreción en el tipo penal ya que su duración puede ser momentánea y ser más afín con otras figuras tales como las coacciones³⁹⁹. En cualquier caso, el supuesto de las coacciones se encuentra sancionado en el mismo numeral 3º del art.572.1, junto con las detenciones ilegales, de donde resulta que en cuanto a la punición es la misma en ambos casos.

3.a.4.- Tipo subjetivo.

El dolo en la detención ilegal y en el secuestro se refiere al conocimiento y voluntad de ejecutar un atentado contra la libertad de las personas, esto es, el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria. En este sentido el TS afirma: "...el delito de detención ilegal que solo puede ser cometido por particulares, requiere como dato esencial la existencia de un dolo directo en la intencionalidad del sujeto activo consistente en el ánimo de privar de la facultad de deambulación durante un cierto período de tiempo a una persona- sujeto pasivo-; dicho con otras palabras...este delito supone con respecto al sujeto pasivo el impedirle durante un tiempo cierto y determinado, la de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico" ⁴⁰⁰.

A diferencia de lo que ocurre en los delitos de detenciones ilegales comunes⁴⁰¹, la acción de encerrar o detener ilegalmente debe ser realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, esto es, se requiere de un especial elemento subjetivo del tipo de tendencia interna intensificada puesto que impregnan la acción de un especial sentido subjetivo tendiente a la lesión del ordenamiento constitucional democrático. Luego, tanto la detención ilegal como el secuestro terroristas han de ser siempre conductas dolosas, y realizadas con ese especial propósito de atentar contra el orden constitucional, elementos subjetivos del injusto que permiten diferenciarle de otras figuras típicas contra la libertad.

³⁹⁷ STS 13-2-1991 (RJ 1991/1023).

³⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, 1997 b), pp. 195 y ss.

³⁹⁹ En este sentido, refiriéndose a las detenciones ilegales comunes, PRATS CANUT, 1996 c), p.787, cfr. 1999, pp. 148 y ss.

⁴⁰⁰ STS 1-6-1987 (RJ 1987/4063). Similar SSTS 20-2-1991 (RJ 1991/1302), 4-10-1988 (RJ 1988/8799). En la doctrina, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p. 151, PRATS CANUT, 1996 c), p. 788, cfr. 1999, pp. 148 y ss. ZÚÑIGA, L., 1993, p.247.

⁴⁰¹ Tratándose de las figuras *comunes*, se ha formulado una discusión en torno a la exigencia o no de un especial elemento subjetivo para la configuración típica. La jurisprudencia en algunas ocasiones ha exigido la presencia de un elemento subjetivo consistente en un ánimo específico de privación de libertad cuya consecuencia era la ausencia del tipo subjetivo, ya cuando el autor perseguía una finalidad ulterior a la propia privación de libertad, ya cuando carecía de la conciencia del desvalor ético social del hecho (SSTS de 8-10-1982, 20-5-1987, 12-2-1991 (A. 1023), 11-6-1992 (A. 5058), 23-3-1993 (A. 2500). Sin embargo, cada vez mas ha ido variando su posición en orden a prescindir de esta exigencia (SSTS 21-2-1994 (A. 1089), 1-3-12995 (A 1900), 12-5-1995 (A. 3581). La doctrina mayoritaria, en cambio, estima que las detenciones ilegales no requieren de ningún elemento subjetivo específico además del dolo, ni el "ánimo específico de privación de libertad" que señala la jurisprudencia, ni la finalidad de obtener un resultado ulterior a la privación de libertad. Así, MUÑOZ CONDE, 1996, p. 151, POLAINO NAVARRETE, 1982 b), p.176, BUSTOS, J., 1991, p.105, ZÚÑIGA, L. 1993, pp.257 y ss., DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp.737-738.

De acuerdo a la configuración típica, es indiferente la naturaleza de la condición que se impone para terminar con la situación de privación de libertad, esto es, los motivos “intermedios” si así se quiere, que tuvieren los agentes es al momento de secuestrar o detener ilegalmente. Así comete el delito de secuestro terrorista tanto el que perteneciendo a una banda armada priva de libertad a una persona exigiendo determinadas reivindicaciones que aparecen como directamente políticas (p.ej. liberación de un preso de la organización u otros similares)⁴⁰², como el que secuestra a un particular con el propósito de exigir un rescate o suma de dinero (el llamado cobro del impuesto revolucionario). La única diferencia entre ambos es que en el primer caso la lesión o puesta en peligro hacia el bien jurídico colectivo aparece más claramente, mientras que en el segundo caso ésta es un poco mas difusa pero igualmente se encuentra presente. De hecho, la mayoría de los casos que se contienen en la jurisprudencia, tanto cuando se trata de detenciones ilegales, secuestros o amenazas, la condición que suele poner la organización para la liberación de la víctima es de índole económica, puesto que la comisión de alguno de estos delitos es entendida como un sistema de financiación de la estructura organizativa⁴⁰³. Los tipos delictivos admiten, por tanto, la imposición de cualquier clase de condición⁴⁰⁴.

Finalmente, son admisibles, al igual que en el caso del delito de homicidio terrorista, las diversas modalidades de dolo⁴⁰⁵, debiendo considerar que en ocasiones si bien existe un dolo directo relativo a la privación de libertad de la víctima, puede también existir un dolo eventual en torno al resultado de muerte de la misma. A este respecto nos remitimos a lo ya señalado en el delito de homicidio terrorista (Caso Ortega Lara).

3.a.5. Naturaleza y clasificación del delito.

a.- *Por la relación con el bien jurídico:* Como todos los delitos de terrorismo hasta ahora examinados mirado desde el punto de vista del bien jurídico colectivo que se pretende proteger, es un delito de peligro concreto que se produce desde el momento en que existe el resultado material de privación de libertad a la víctima. Trasladando los ejemplos hasta ahora propuestos: el que perteneciendo a una organización terrorista detiene ilegalmente o secuestra a una persona bajo una condición, aunque ella fuere de índole netamente económica, dirige su acción hacia la lesión de dicho objeto de tutela penal colectivo.

b.- *Según las modalidades de acción.*

b.1.- *Por las modalidades de la parte objetiva. Referencias a la consumación del delito.*

Siguiendo con los razonamientos inmediatamente anteriores, entendemos que la consumación se produce cuando se comprueba el resultado de peligro para el bien jurídico colectivo, esto es, con la producción del resultado material en torno al bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado⁴⁰⁶. Dicho en otros términos, para que se consume el delito de terrorismo, a diferencia de otros delitos como estragos o incendio, es preciso que el delito

⁴⁰² P.ej., SAN de 26-6-1998, núm. 38/1998 (ARP 1998/3023, caso Ortega Lara).

⁴⁰³ La detención ilegal o secuestro de un particular, por regla general, un empresario que se ha negado a pagar el dinero que le exige la banda armada (cobro del impuesto revolucionario) persigue la obtención de un dinero, dinero que será utilizado para el mantenimiento de una asociación ilícita. Numerosos han sido los casos de personas que han sido víctimas de “amenazas condicionales” como de detenciones ilegales de esta índole: SAN de 3-2-1994 núm. 5/1994 (Caso De la Hoz); SAN de 14-11-1993 ,núm. 19/1993 (caso Reizábal), STSJ del País Vasco de 28-3-1994 (caso Elosúa y Arratibel), SAN de 2-6-1998, núm. 30/1998 (ARP 1998/3076).

⁴⁰⁴ Así p.ej. en la detención y posterior muerte de J.M. ^a Ryan la exigencia fue el cierre de la central nuclear de Lémoniz. Véase LAMARCA, C. “La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?”, en *JpD* n°20, 3/1993 b), pp.51- 65., esp. nota 4.

⁴⁰⁵ Así también cuando se trata de las detenciones ilegales comunes . DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.738.

⁴⁰⁶ Para LUZÓN, en cambio, el delito de terrorismo in comento es un delito de lesión o resultado. LUZÓN CUESTA, 1998, p.360.

común se perfeccione y éste se consuma en el momento de privación de libertad por la detención o el encierro⁴⁰⁷. No importa a efectos de la consumación el mayor o menor “lapso de tiempo durante el que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la perfección delictiva se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal ha de darse en la vulneración del derecho, pero ello no ha de impedir la consumación delictiva, aún con una breve privación de tiempo”⁴⁰⁸. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de resultado material en relación con el bien jurídico individual.

La producción de este resultado material comporta tanto el desvalor de acción, expresado en el comportamiento de quien integrado o colaborando con una organización terrorista se permite *imponer su voluntad* sobre el derecho primario de la libertad de movimiento (afectando con ello la garantía constitucional de la libertad personal), como el desvalor de resultado, constituido por la efectiva privación del ejercicio de la libertad traslaticia del ser humano. Esto nos conduce a una relación entre la tipicidad (desvalor de acción en cuanto el tipo le describe a partir del bien jurídico) y la antijuridicidad (desvalor de resultado en cuanto afección efectiva del desvalor de resultado) en la que la primera es indicio de la última⁴⁰⁹.

Tratándose de las figuras comunes, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estiman que nos encontramos ante un delito de consumación *instantánea*, pero eventualmente *permanente*, ya que se consuma con la producción del resultado material que crea el status de tipicidad constituido por la privación de movimiento personal. Para este sector la naturaleza es permanente en la medida en que la lesión del bien jurídico se mantiene a través de la prolongación del estado antijurídico efecto de la acción durante un cierto lapso de tiempo⁴¹⁰.

Para otros el delito es eventualmente permanente en cuanto que, junto a los supuestos de consumación instantánea, se dan otros en que la consumación perdura mientras se mantenga la situación de infracción al bien jurídico, con la consecuente creación del estado antijurídico hasta su término⁴¹¹. Finalmente, otro sector estima que debe diferenciarse entre la consumación, que es siempre instantánea, y la naturaleza de delito permanente. La cualidad de este último implica que, una vez producida la consumación, la acción típica continúa realizándose ininterrumpidamente hasta que cese del estado de privación de libertad. Esta característica de permanencia pertenecería a la acción y no al resultado⁴¹².

En nuestra opinión, si consideramos que el delito de terrorismo se consuma con la producción del resultado material, que es a la vez el que determina el momento en que se perfecciona el delito común de detenciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un delito instantáneo y eventualmente permanente en el que, dentro de cada uno de los períodos cronológicos de consumación legalmente determinados se opera con el mecanismo de

⁴⁰⁷ Así en relación a las detenciones ilegales comunes, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria. Véase PRATS CANUT, 1996 c), p. 788, cfr. 1999, pp. 148 y ss. MUÑOZ CONDE, 1996, p. 152. Similar DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 732.

⁴⁰⁸ SSTS 16-1-1980 (RJ 1980/96), 27-5-1981 (RJ 1981/2284), 6-3-1984 (RJ 1984/1709), 21-12-1984 (RJ 1984/6598), 5-2-1986 (RJ 1986/566), 18-11-1986 (RJ 1986/6978), 3-11-1987 (RJ 1987/8434), 29-10-1990 (RJ 1990/8372), 23-3-1993 (RJ 1993/2500), 28-11-1994 (RJ 1994/9146). Cfr. PRATS CANUT, 1996 c), p.789, cfr. 1999, pp. 148 y ss.

⁴⁰⁹ Cfr. ZÚÑIGA, L. 1993, pp. 197 y ss., 240 y ss.

⁴¹⁰ MUÑOZ CONDE, 1996, pp.152-153, BUSTOS, J. 1991, p. 105, RODRÍGUEZ DEVESA, 1988, p. 305. Similar, PRATS CANUT para quien la raíz del problema radica en que la acción típica es inescindible de la afectación del bien jurídico, y las exigencias de una duración mínima en el tiempo de la privación de libertad para la adquisición de la relevancia típica son consecuencia del principio de ofensividad. PRATS CANUT, 1996 c), p.789, cfr. 1999, pp. 148 y ss.

⁴¹¹ En esta postura, POLAINO NAVARRETE, 1997 b), p.226-227, el mismo,1982, p. 199, LAMARCA, C., 1993 b), pp.57-58, PORTILLA, G. 1990, pp.345-347.

⁴¹² DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 732. Sigue una postura similar a la de MUÑOZ SÁNCHEZ en *El delito de detención*, Edit. Trotta, 1992, pp. 139-144.

consumación propio de este tipo de delito⁴¹³. En el primer instante de la causación del resultado material (encerrar o detener privando de libertad) estaríamos ante el tipo propio de un delito instantáneo, y al alcanzarse el límite mínimo de duración que integra el tipo cualificado, se abre y despliega un período consumativo propio del delito permanente. Al alcanzarse el tope legal mínimo del tipo cualificado por la duración de la privación de libertad se produce la consumación de éste, con permanencia absoluta de tal duración mínima, y entonces se inicia el mecanismo consumativo de la permanencia relativa⁴¹⁴.

b.2. Por la relación de la parte objetiva con la subjetiva: La presencia de elementos subjetivos específicos en el tipo de tendencia interna intensificada determina que nos encontremos ante tipos penales incongruentes por exceso subjetivo que técnicamente se corresponden con los delitos de tendencia interna intensificada.

c.- Según los sujetos: Al igual que los anteriores es un delito especial impropio porque de un lado, se exige que el sujeto activo realice la conducta típica perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y por otro lado, cuentan con tipos penales comunes paralelos (detención ilegal del art. 163 CP y secuestro del art. 164 CP).

3.a.6. Algunas cuestiones relativas a la antijuridicidad de la conducta en ciertos casos.

Un problema que se ha producido en relación a las detenciones ilegales y el secuestro es la posibilidad de admisión de causas de atipicidad y de justificación tratándose de la conducta perpetrada por un sujeto activo que reviste la calidad de funcionario público, y de la conducta del mediador o intermediario, esto es, el tercero ajeno que en los delitos de detenciones ilegales o secuestros actúa en la fase de negociación. Por la similitud que la conducta de este último presenta con los actos de colaboración con banda armada, digresionaremos sobre el mismo en el examen del tipo penal previsto en el art. 576 CP. En este apartado nos referiremos tan solo a la conducta del funcionario público.

Para determinar si pueden existir o no causas de atipicidad o de justificación en el delito de detención ilegal perpetrado por funcionario público hay que acudir a la identificación de la naturaleza del delito sobre la base del bien jurídico protegido. Cabe recordar que no solo el delito descrito por el art. 572.1, nº2 y 3, posee un carácter, si se quiere, “pluriofensivo”⁴¹⁵, desde que está destinado a proteger un bien jurídico colectivo (orden constitucional) y además bienes jurídicos individuales, sino que el mismo delito común que describe el art. 167 posee un carácter pluriofensivo ya que en él se encuentra en juego no solo la libertad ambulatoria de la víctima, sino también todo el sistema de protección constitucional que existe en torno a este derecho fundamental (garantías de la libertad). Esta constatación implica que las causas de justificación de la conducta típica exigen la concurrencia simultánea de dos elementos: el consentimiento relevante del ofendido y el correcto ejercicio de un derecho o cargo⁴¹⁶.

A este respecto hay que tener presente que la tipicidad de la conducta de detención ilegal perpetrada por autoridad o funcionario público requiere del examen de las normas

⁴¹³ Seguimos, por tanto, la postura de POLAINO NAVARRETE, LAMARCA, y PORTILLA, citados.

⁴¹⁴ POLAINO NAVARRETE, 1997 b), pp.226 y ss.

⁴¹⁵ Esto puede parecer una contradicción, puesto que en el Cap. VI se ha dicho que los delitos de terrorismo no pueden considerarse delitos pluriofensivos, sino delitos que están destinados a proteger un solo bien jurídico (colectivo): orden constitucional democrático, y cuya lesión o puesta en peligro se produce a través de la lesión al bien jurídico individual. Empleamos el término “pluriofensivo” en el sentido de que existe más de un objeto jurídico en las figuras típicas, lo que no significa que nivelemos el grado de protección que cada figura proporciona en torno a cada bien jurídico. Así, no es igual un delito terrorista de detención ilegal que un delito común de detención ilegal. En el primero, se protege un bien jurídico colectivo, que es puesto en peligro a través de un bien jurídico individual, mientras que en el segundo, lo que se protege es netamente un bien jurídico individual.

⁴¹⁶ Mas ampliamente DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp. 733-739, 743 y ss.

extrapenales que reglamentan las facultades jurídicas de los funcionarios respecto de la privación de libertad y la restricción a la libertad ambulatoria, a fin de establecer los límites de legalidad o ilegalidad de la actuación. De conformidad a lo señalado por el TS⁴¹⁷ la ilegalidad de la detención presupone una remisión a normas extrapenales que permitan determinar los casos justificativos de la detención y los requisitos legales a que la misma ha de sujetarse, particularmente los contenidos en los arts. 489 y ss y 520 y ss de la LECrim. La ilegalidad de la conducta puede provenir tanto de una infracción directa a la Constitución⁴¹⁸ y de la normativa internacional vigente⁴¹⁹, como de una vulneración de las disposiciones sustantivas o procesales que provean la garantía del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales⁴²⁰.

Para que pueda hablarse de cumplimiento de un deber y de obediencia debida la actuación ha de ser legítima, exigiendo fundamento legal suficiente para la práctica concreta de la misma⁴²¹, cuestión que no parece posible cuando el funcionario público actúa en el marco de una estrategia terrorista diseñada por una organización terrorista, en sí misma, una asociación ilícita. En cuanto al Estado de necesidad y la legítima defensa se rigen por los principios generales de ambas instituciones. El deber legal de proporcionalidad de la actuación de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no debe entenderse incompatible con la necesidad racional en el ejercicio de una acción defensiva de bienes jurídicos propios o ajenos.

3.b.- Amenazas (art. 572.1.3º)

El art. 572.1, nº3 sanciona, en los mismos términos que las detenciones ilegales y lesiones menos graves, el delito de amenazas. Los términos de la incriminación son los siguientes: “ *Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:*

3º En la pena de prisión de diez a quince años si... amenazaran a una persona”.

El precepto adolece del mismo problema que hemos planteado al examinar el delito de lesiones. La amplitud de la incriminación hace que, en principio, no sea posible determinar con exactitud a qué tipo de amenazas se refiere. Las amenazas, concebidas en cuanto infracciones comunes, se encuentran tipificadas en los arts. 169 a 171 CP (delitos) y en el art. 620 (falta). La omisión de la valoración de las diversas hipótesis delictivas acarrea un quebranto al principio de igualdad y al de proporcionalidad.

⁴¹⁷ STS de 7-5-1990 (Ar. 3866).

⁴¹⁸ A nivel constitucional, puede provenir de una infracción al art. 17 CE que regula los derechos del detenido y proclama la libertad como derecho fundamental, la que solo puede ser restringida en los casos y formas previstos por las leyes, regulando asimismo los derechos del detenido y los plazos de duración de la detención así como todas las garantías que han de respetarse durante la misma.

⁴¹⁹ A nivel de tratados internacionales puede citarse los arts. 9 y ss de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, los arts. 5.1, 5.2, 5.3.1, 5.3.2, 5.4, 6.1, 6.2, 6.3 c), 6.3 e) y 5.5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

⁴²⁰ En el ámbito sustantivo y procesal, ha de destacarse la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del habeas corpus; la Ley de Enjuiciamiento Criminal reguladora del procedimiento de detención y de la privación de libertad (arts. 487, 490, 492, 495); La Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo relativa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, particularmente importante al establecer que estos funcionarios tienen como misión especial la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana (art. 11.1 e), 11.1 f), 11.1 g). Asimismo la Ley Orgánica 1/ 1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 20.1 y 20.2) que es un ejemplo involutivo de la garantía de libertades ciudadanas. Su art. 21.1 fue declarado inconstitucional por acuñar un concepto de delito infraganti basada en la mera ficción legal de su existencia a partir de las creencias subjetivas de funcionarios de policía en actuaciones de vigilancia en el tráfico doméstico de drogas. No obstante, el art. 20 roza la inconstitucionalidad al contemplar la figura del registro de personas para fines de identificación. Hay que considerar además todas las normas especiales sobre la detención en casos de terrorismo, tema al que nos hemos referido ampliamente en los Capítulos III y V de esta investigación.

⁴²¹ Ampliamente, ZÚÑIGA, L. 1993, pp. 273 y ss.

A objeto de llenar en parte este vacío legal, la LO 2/1998 de 16 de junio introdujo un párrafo 2º al art. 170 del CP que tipifica de forma expresa una modalidad de amenazas con finalidad terrorista. La diferencia entre estas amenazas del art. 170 y aquellas a que aparentemente se referiría el art. 572.1, nº3, y que son las constitutivas de delitos, radica no tanto en el bien jurídico que se pretende proteger en ambas figuras, como en el Sujeto activo, y en elemento subjetivo finalista trascendente al dolo. Comencemos por el examen de las amenazas a que se refiere el art. 572.1 nº3.

La identificación de aquellas infracciones susceptibles de ser calificadas como delitos de terrorismo requiere, en primer término, el examen del verbo rector que se contiene en la acción. El vocablo “amenazar” significa, en su sentido natural y obvio, “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro”⁴²², sentido que se asemeja al que se desprende de la configuración típica que realizan los arts. 169 y 170, ya que el mal con el que se amenaza puede ser constitutivo de delito (art. 169) o no serlo (art. 170).

De allí que la doctrina le defina como “la exteriorización hecha por una persona a otra del propósito de causarle a él, a su familia, o persona allegada, un mal”⁴²³, dependiendo luego del respectivo tipo penal la naturaleza del mal con que se amenaza. Por otra parte, y adelantándonos, habrá que distinguir entre las amenazas condicionales y las no condicionales. Previo al examen de las hipótesis delictivas de las amenazas terroristas es conveniente digresionar brevemente sobre el bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado, y con ello la clasificación de las amenazas.

3.b.1. Bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado.

El hecho de ser las amenazas un delito que se encuentra en la base de otras muchas infracciones penales⁴²⁴ ha ocasionado una falta de unanimidad en la doctrina en orden a la determinación del objeto de tutela penal⁴²⁵. La discusión gira, al igual que en el caso de las detenciones ilegales del art. 167, en torno a si se trata de un solo bien jurídico o existe más de uno.

Para un sector de la doctrina, tanto en las amenazas condicionales como en las no condicionales se protege un mismo bien jurídico constituido por “la libertad en el proceso de deliberación”, ya que entran en él elementos o motivaciones ajenas a las que posee el sujeto, alterando la decisión a tomar⁴²⁶. Para otro sector, en cambio el bien jurídico es distinto en ambos tipos de amenazas. Así, cuando se trata de amenazas no condicionales, existe un único bien jurídico, representado por esa libertad en el proceso de deliberación, mientras que cuando se trata de amenazas condicionales, se protege no solo la libertad en la formación del acto voluntario, sino asimismo el sentimiento de seguridad o de tranquilidad⁴²⁷. Esta última postura

⁴²² R.A.E. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima edición, 1984, p.83.

⁴²³ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 142.

⁴²⁴ Así p.ej., las agresiones sexuales (art. 178 a 180 CP), robo (art. 242 CP), extorsión (art. 243 CP), usurpación (art. 245 CP), atentados contra la autoridad, sus agentes o funcionarios (arts. 550-551 CP).

⁴²⁵ PRATS CANUT, J.M. 1996 c), p. 820, cfr. 1999, pp. 181 y ss. Similar, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.778.

⁴²⁶ En esta postura, LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN, 1996, pp.101-103, PRATS CANUT, J.M. 1996 c), p. 821, cfr. 1999, pp. 181 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.780, QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo I, vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p.1034, 1038-1039. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *DP. Español. PG.*, 18ª ed. , Edit. Dykinson, Madrid, 1995, pp. 288-300, GARCÍA PABLOS, “*Derecho penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones*”, en *EP*, Edit. Bosch, 1984, p.p.258-260, DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo. “*El delito de amenazas*”, en AA. VV. *Delitos contra la libertad y la seguridad*, dirig. por Terradillos Basoco, Escuela Judicial (CGPJ), Madrid, 1996, pp. 271 y ss., esp. pp. 276-277.

⁴²⁷ En esta postura, MUÑOZ CONDE, 1996, p. 143, CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *DP.PE.*, 3ª ed., 1993, pp.143, 842, 868-870, 873, 877, LARRAURI PIJOAN, *Libertad y amenazas*, Edit. PPU, 1987, p.237, LORENZO SALGADO, “*El delito de amenazas: Consideraciones sobre el bien jurídico protegido*”, en *EP*, en homenaje a Fernández Albor, Univ. de Santiago de Compostela, 1989 a), pp.442.443, 445-448, 450, 453- 456, 466-467. En la jurisprudencia véase SSTS de 4-2-1981, 27-10-1982, 13-12-1982, que

doctrinal admite matices. Así, resulta igualmente eficaz para producir el sentimiento de inseguridad, la amenaza de muerte realizada con un arma de fuego, aunque no se imponga ninguna condición; o en el caso de que además se imponga ésta, la víctima pueda verse forzada a cumplirla⁴²⁸.

Finalmente, otro sector⁴²⁹, estima que en todos los delitos de amenazas se afecta tanto la libertad de actuación como la seguridad en cuanto presupuesto de la libertad de actuación, puesto que, el art. 17 de la CE une los conceptos de libertad y seguridad, de manera tal que son indisolubles. Así la seguridad es presupuesto de la libertad, y está conformada por todas aquellas circunstancias objetivas que posibilitan la capacidad de actuación. Se trata de un concepto objetivo que no se identifica con temor o miedo (concepto subjetivo), y es el nexo indispensable que ha de existir entre la potencia y el acto⁴³⁰.

Para tomar posición en torno a este punto, y en relación con los delitos de terrorismo, es necesario señalar brevemente cuáles son los tipos legales de amenazas y sus características más significativas. El esquema de clasificación distingue dos grandes tipos de amenazas⁴³¹: Amenazas de mal constitutivo de delito y no constitutivo de delito. Se trata de amenazas graves reguladas en los arts. 169 a 171, en contraposición a las Amenazas leves, reputadas como faltas en el art. 620 CP. A su vez, las amenazas de mal delictivo, pueden ser condicionales o no condicionales, o con “finalidad terrorista”.

A) Amenaza de mal constitutivo de delito (art. 169)

a.1.- Amenaza condicional.(art. 169.1º) : El legislador ha considerado pertinente circunscribir el mal a que se refieren las amenazas, a determinados delitos contra las personas, la familia, el patrimonio y el orden socioeconómico. De esta manera el art. 169 señala en su primera parte: “El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico....”.

Se entiende por mal “toda privación de un bien que se tiene o se espera tener”⁴³² y su gravedad y adecuación para intimidar está en estrecha conexión con las características personales del amenazado y sus circunstancias. Así, no hace falta que con la amenaza efectivamente la persona resulte intimidada, sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello⁴³³. La amenaza debe ser, por tanto, idónea, sin que sea necesario que se produzca efectivamente una alteración psíquica ya que, en este caso entraríamos en los supuestos de las lesiones⁴³⁴. El mal puede recaer en el amenazado o en su familia o en cualquier persona a la cual esté estrechamente vinculado.

reconocen el sentimiento de seguridad como objeto de tutela en las amenazas incondicionales; y SSTS de 23-11-1975-30-1-1980-25-10-1983, 11-6-1986, 12-6-1990-16-1-1991, que reconocen la libertad como objeto de tutela en las amenazas condicionales. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.779.

⁴²⁸ MUÑOZ CONDE, 1996, p.143.

⁴²⁹ Dentro de los modernos penalistas quizá el único que mantiene aún esta postura es BUSTOS, J. 1991, pp.96 y ss.

⁴³⁰ BUSTOS, J. 1991, p. 96.

⁴³¹ Seguimos en este punto a MUÑOZ CONDE, 1996, pp-144 y ss. atendida la claridad y sencillez que su esquema implica de acuerdo a las necesidades de esta investigación. Otra clasificación, de mayor complejidad, es la de DIEZ RIPOLLÉS, que sintetizamos en: *1.- Amenazas Graves* (arts. 169-171): 1.a. De mal delictivo (art. 169), 1.b. De mal delictivo con fines atemorizadores de grupo (art. 170), 1.c. De mal no delictivo (art. 171), 1.d. De revelación o difusión de hechos afectantes a fama, crédito o interés, con condición lucrativa (art. 171.2 y 3), 2. *Amenazas Leves* (art. 620). Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp.775-776.

⁴³² DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 795.

⁴³³ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 142.

⁴³⁴ PRATS CANUT, 1996 c), p. 822, cfr. 1999, pp. 181 y ss.

La realización del mal depende del cumplimiento o no de una condición⁴³⁵ que se exige al amenazado, pero el mal que se amenaza causarle siempre en este supuesto ha de constituir delito. La condición puede estar referida a una acción o una omisión, y no tiene por qué ir referida necesariamente a la obtención de un incremento patrimonial, a pesar de que el mismo legislador emplea este tipo de situación para ejemplificar en el CP, debido a su frecuencia⁴³⁶. La sanción varía dependiendo de si el sujeto activo consigue o no su propósito, esto es, que se cumpla la condición. Así, si el propósito se cumple, la pena es de prisión de uno a cinco años, y si no llega a cumplirse, prisión de seis meses a tres años, imponiéndose, en todo caso, las penas en su mitad superior “si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”(art. 169,1º párrafo segundo).

a.2.- Amenaza no condicional (art. 169,2º): La amenaza no condicional, de acuerdo a lo expresado en el art. 169,2º solo se castiga como delito cuando el mal con que se amenaza constituye una infracción delictiva de las indicadas en la primera parte del precepto. La pena es de prisión de seis meses a dos años.

a.3. Amenaza con otras finalidades (art. 170): El art. 170 contiene una figura agravada de las diversas modalidades de amenazas de mal constitutivo de delito, cuya característica fundamental es la presencia de un elemento subjetivo que trasciende al dolo y que consiste, a) en la finalidad de atemorizar a una pluralidad de personas, y b) las amenazas con finalidad terrorista, a cuyo examen nos abocaremos después de tomar posición en torno al ámbito de punibilidad del art. 572.1, 3º.

B) Amenaza de mal no constitutivo de delito (art. 171).

A diferencia de las anteriores, ellas se refieren a todos los ilícitos de cualquier sector del ordenamiento jurídico, siempre que afecten los bienes jurídicos individuales a que se refiere el art. 169 en su primera parte⁴³⁷. La particularidad de estas amenazas es que, el mal con que se amenaza no es constitutivo de delito, pero ha de afectar dichos bienes. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, el límite entre el delito de amenazas y la falta de amenazas radica en la gravedad, seriedad, y credibilidad de la conminación del mal con que se amenaza, siendo por ello un criterio más cuantitativo que cualitativo⁴³⁸.

El hecho de que el mal no deba ser constitutivo de delito ha llevado a la discusión acerca de la naturaleza del mal con que se amenaza, existiendo unanimidad en la doctrina en aceptar que puede tratarse de un mal ilícito, y dividiéndose al momento de aceptar la posibilidad de un mal lícito. Amenazar con un mal lícito es, por ejemplo, exigir una suma de dinero (condición) a un sujeto que ha delinquido, a cambio de no denunciarlo a la justicia (amenaza de mal lícito)⁴³⁹. La mayor parte de la doctrina incluye los “males lícitos”⁴⁴⁰ porque no existe fundamento legal para

⁴³⁵ La condición exigida puede ser lícita o ilícita. Será lícita cuando la no realización del mal dependa de la ejecución, por parte del amenazado, de una conducta debida a la que está obligado, p.ej., el cumplimiento de una cláusula contractual, no cometer delitos. Será ilícita cuando la no realización del mal se hace depender de la ejecución por parte del amenazado de conductas que tiene prohibido realizar, o puede facultativamente realizar, p.ej.: no cometer un determinado delito. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.792.

⁴³⁶ Así p.ej., la jurisprudencia ha aceptado como condición la dimisión de un cargo público. STS 4-3-87 (A.1861). Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.792.

⁴³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 795.

⁴³⁸ SSTS 12-2-1985 (RJ 1985/946), 27-6-1985 (RJ 1985/3079), 13-2-1989 (RJ 1989/1551), 23-4-1990 (RJ 1990/5559), 18-11-1994 (RJ 1994/9209), 25-1-1995 (RJ 1995/494), entre otras. Cfr. PRATS CANUT, 1996 c), p.823, cfr. 1999, pp. 181 y ss.

⁴³⁹ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 145.

⁴⁴⁰ Así RODRÍGUEZ DEVESA- SERRANO GÓMEZ, 1995, p.301, LARRAURI PIJOAN, 1987, pp.126-141, 149-160; BUSTOS, J. 1994, p. 98, MUÑOZ CONDE, 1996, p.p.145-146, LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, 1996, p.103.

excluirlos, ya que el concepto de mal puede abarcar en ocasiones comportamientos jurídicamente aprobados pero perjudiciales para un tercero⁴⁴¹. Un sector minoritario considera que solo pueden incluirse en esta figura los males ilícitos puesto que, no resulta pertinente ni adecuado sancionar el anuncio de la producción de “males” que se tiene derecho a producir, aunque sea como mecanismo de presión para obtener un determinado propósito⁴⁴².

El art. 171.1 sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, las amenazas de un mal que no constituya delito, atendidas la gravedad y circunstancias del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. La sanción queda determinada en dependencia a si el sujeto activo ha conseguido o no su propósito. Si lo ha conseguido, la pena descrita se impondrá en su mitad superior. Lo verdaderamente importante para poder apreciar este delito es la relación existente entre el mal con que se amenaza y la pretensión que se solicita, la que, en la medida que no sea una “conducta debida”, es una pretensión ilícita⁴⁴³.

El art. 171.2. incrimina al que exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés. La sanción depende asimismo de si el sujeto activo ha conseguido o no este propósito. Si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido la pena es la de es prisión de dos a cuatro años, y si no lo consiguere, seis meses a dos años. Este precepto penaliza lo que ordinariamente se denomina “chantaje” cuya punibilidad era dudosa en el CP 1973⁴⁴⁴. La configuración típica del art. 171.2 responde, a la estructura de unas amenazas de determinados supuestos de daño lícito sometidas a una condición ilícita lucrativa. Por lo tanto, si la amenaza se refiere a un daño constitutivo de delito, el precepto aplicable es el art. 169.1 (amenazas de *mal constitutivo de delito condicionales*). Si constituye un daño ilícito, a las amenazas del art. 171.1 (amenazas de *mal no constitutivo de delito condicionales*)⁴⁴⁵.

C) Amenazas del art.620 CP.

Se encuentran tipificadas como faltas en el art. 620 y solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal, y tienen pena de multa de diez a veinte días. Se contemplan dos supuestos. El numeral 1º incrimina a “los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los que saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito. El numeral 2º incrimina a “los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”.

El supuesto contenido en el art., 620, 1º se refiere, en opinión de la doctrina⁴⁴⁶, a todas las estructuras típicas de amenazas que son constitutivas de delito, de las que se diferencia por la menor gravedad de su injusto típico. Ello se deduce del modo de comisión específico a que alude el art. 620,1º y sobre cuya base se yergue el merecimiento de pena. Se trata de las hipótesis de amenazas de un mal constitutivo de faltas incondicionales o incluso mediando una condición lícita. Coincidiendo con la interpretación restrictiva que proporciona DIEZ RIPOLLÉS⁴⁴⁷, estos medios comisivos específicos que emplea el legislador y que tienen un

441 RODRÍGUEZ DEVESA- SERRANO GÓMEZ, 1995, pp.297-298, LORENZO SALGADO “*Alcance y características del ‘mal’ en los arts. 493 y 494 del Código penal*”, en *Criminología y Derecho penal*, Libro homenaje al Profesor A. Berinstain, IVC, 1989 b), p. 769, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 796.

442 Así CARBONELL MATEU- GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *DP.PE.* 1993, p. 878.

443 MUÑOZ CONDE, 1996, p.146.

444 Así MUÑOZ CONDE, 1996, p. 146-147, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp.798-799.

445 DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp. 799-800.

446 DIEZ RIPOLLÉS, “*Arts. 620- 621*” en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T. I, coord. por DIEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 c), pp. 884-892, esp. PP.885, 887.

447 DIEZ RIPOLLÉS, 1997 c), p. 885.

carácter peligroso para la integridad personal y la salud, sirve para delimitar el mal constitutivo de falta. Este límite se circunscribe a males constitutivos de falta de lesiones o malos tratos a que se refiere el art. 617. Si el mal amenazado es mayor que el que se prevé en el art. 620 1º, el hecho debería calificarse conforme a los arts. 169 o 171.1.

La hipótesis delictiva a que se refiere el art. 620,2º queda reducida a los casos mas leves de las amenazas delictivas, en consecuencia, el carácter leve queda reservada a una estructura de amenazas no contempladas entre las constitutivas de delito. El art. 620,2º contiene dos supuestos atentatorios contra la libertad, y dos supuestos atentatorios contra el honor⁴⁴⁸.

3.b.2.- Toma de posición en torno al ámbito de punibilidad del art. 572.1, 3º:

De acuerdo a la anterior clasificación, en teoría los supuestos de amenazas terroristas serían los siguientes:

- a) Art. 572.1, 3º en relación con el art. 169,1º: amenazas terroristas de mal constitutivo de delito condicionales.
- b) Art. 572.1, 3º en relación con el art. 169,2º: amenazas terroristas de mal constitutivo de delito no condicionales.
- c) Art. 572.1, 3º en relación con el art. 170: amenazas con finalidad terrorista.
- d) Art. 671.1, 3º en relación con el art. 620: amenazas terroristas leves.

En nuestra opinión, si bien es cierto que a la luz de la configuración típica y entendido que el legislador emplea con largueza el verbo rector “amenazaren”, deberemos realizar una labor interpretativa restrictiva de la ley penal. A la luz de lo expuesto en torno al bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, con especial consideración de los bienes jurídicos individuales a que debería (lege data) circunscribirse la protección penal a través de estos delitos de nomen iuris propio, estimamos que las únicas amenazas posibles de ser calificadas como delitos de terrorismo son *los delitos de amenazas de un mal constitutivo de delito*.

Primero, no resulta coherente con los criterios de un derecho penal mínimo, extender la punición de los delitos de terrorismo a amenazas de males no constitutivos de delitos. Se trata de infracciones delictivas cuya gravedad, por las connotaciones políticas, sociales y de afección a la sociedad toda, no permite extender, sin quebrar el principio de legalidad, la idea de “mal” a tal punto que llegue a alcanzar hechos lícitos (males lícitos). En Derecho penal, por “mal”, solo puede entenderse “la lesión de un interés protegido por el derecho en cualquiera de sus sectores, quedando excluida la lesión de intereses jurídicamente no protegidos”⁴⁴⁹. Luego, quedarían excluidas de los delitos de terrorismo las amenazas a que se refiere el art. 171 (no constitutivas de delito)⁴⁵⁰.

Segundo, dentro de estas amenazas de mal constitutivo de delito, deben ellas circunscribirse, en primer lugar, a las *amenazas condicionales del art. 169,1º*. Para arribar a esta conclusión, adscribimos a la doctrina ya citada que sostiene que en este tipo de amenazas (condicionales) el bien jurídico protegido no es solo la libertad en el proceso de deliberación, sino también ese “sentimiento de seguridad o de tranquilidad”. Como señala la jurisprudencia “... el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todas tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida”⁴⁵¹. Parece adecuarse más al concepto jurídico de terrorismo esta referencia al desasosiego que puede causar una

⁴⁴⁸ Mas ampliamente DIEZ RIPOLLÉS, 1997 c), pp.886 y ss.

⁴⁴⁹ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.796

⁴⁵⁰ Opinión similar POLAINO NAVARRETE para quien en el art. 572.1, 3º se prescinde en cuanto a la penalidad de los tipos privilegiados previstos en el art. 171.

⁴⁵¹ STS 13-12-1982. Similar reconociendo que las amenazas son una infracción penal contra la libertad y la seguridad independientemente de los ulteriores propósitos del agente. STS 9-10-1984. También, STS 25-10-1983.

amenaza condicional. Así por ejemplo, el empresario al que se amenaza con un mal de no pagar el impuesto revolucionario, la autoridad política, judicial o policial a la que se amenaza con un mal bajo condición de acceder a determinados requerimientos.

Tercero, si para que exista una amenaza, el mal debe ser “objetivamente” atemorizante, y si como señala MUÑOZ CONDE, una amenaza poco creíble o difícilmente razonable carece de la eficacia para perturbar el sentimiento de seguridad de nadie, y por esta razón el bien jurídico que se protege en ellas es solo la libertad en la formación de un acto voluntario, con menor razón, en nuestra opinión, puede ser considerada un delito de terrorismo, una amenaza de mal no constitutivo de delito.

Lo contrario implicaría extender el ámbito de punibilidad mucho más allá de lo que el legislador ha pretendido al crear los delitos de terrorismo, conductas cuya sanción es infinitamente mayor a las previstas para las respectivas figuras comunes. No resulta en lo absoluto, adecuado al principio de proporcionalidad, aplicar una sanción de diez a quince años de prisión por una amenaza que difícilmente se pueda realizar. Sin embargo, tal y como se desprende de la incriminación a título de terrorismo, este tipo de amenazas pueden ser calificadas como delitos de terrorismo conforme a la cláusula genérica que contiene el art. 574.

En cambio, *una amenaza de mal constitutivo de delito no condicional* realizada “en nombre” de un organización terrorista, sí parece tener la objetividad e idoneidad necesaria como para producir este efecto atemorizante. Luego, se comprenden también a efectos del art. 572.1, 3º, las amenazas del art. 169, 2º. También podría llegarse a esta misma conclusión si, como hace BUSTOS⁴⁵², consideramos que la libertad y la seguridad son conceptos que se hallan indisolublemente unidos por el propio texto constitucional (art. 17 CE), siendo la libertad el presupuesto de la seguridad.

Cuarto, tampoco parece adecuarse al principio de proporcionalidad, la posibilidad de sancionar a título de terrorismo conductas constitutivas de amenazas a que se refiere el art. 620, por las mismas razones que antes explicáramos en relación a las lesiones-falta. Es cierto que una amenaza realizada a una persona en el marco de la estrategia de una organización terrorista, reviste una verosimilitud y seriedad mayor que si la realiza cualquier otro sujeto. Empero, ello no es argumento suficiente como para sostener que las amenazas leves, incluso aquellas a que se refiere el art. 620, 1º describiendo determinados medios comisivos especialmente peligrosos para la salud e integridad personales, puedan llegar a constituir delitos de terrorismo, con todas las consecuencias que ello implica: si la amenaza - falta la realiza un sujeto cualquiera, la sanción es una multa, mientras que si la misma conducta se lleva a cabo “perteneciendo, colaborando o actuando al servicio” de organizaciones terroristas, la sanción es de prisión de diez a quince años. Esta constatación no parece acorde tampoco con el principio de igualdad.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, ella puede ser incriminada como delito de terrorismo por la vía del art. 574, en cuyo caso la sanción ya no será la de prisión descrita, sino que se resuelve por la vía del concurso aplicando la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.

Quinto, en teoría también debería, por los términos de la incriminación, preverse como hipótesis delictiva del art. 572.1, 3º las amenazas a que se refiere el art. 170, las que, modificadas en los términos que planteó la LO 2/1998, se refiere específicamente en su párrafo 2 a lo que la doctrina denomina amenazas con finalidad terrorista. Examinaremos separadamente las hipótesis delictivas.

3.b.3. Art. 572.1, 3º en relación con art. 169.

⁴⁵² BUSTOS, 1991, pp. 74 y ss.

a) Tipo Objetivo.

Siguiendo con el esquema hasta ahora realizado, encontramos que *Sujeto activo* será el que pertenezca, colabore o actúe al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. El *sujeto pasivo* es la sociedad, puesto que la persona sobre la cual recae la amenaza es *el sujeto pasivo de la acción*, que coincide en algunos casos con el *objeto material del delito*. Coincidirá cuando el destinatario de la amenaza es la eventual víctima del mal con que se amenaza. No coincide cuando se trata de amenazas realizadas a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado, ya que en este caso, el objeto material lo constituyen la familia o las personas con las que tenga estrecha vinculación. La diferencia radica en la modalidad que reviste la conducta típica y que es la que describe el art. 169, referida en su numeral 1º a las amenazas condicionales y en el numeral 2 a las amenazas no condicionales.

La acción consiste en exteriorizar un propósito consistente en un mal, es decir, en la privación de un mal presente o futuro, pero siempre en un mal ilícito porque ha de ser constitutivo de delito⁴⁵³. Por delito debe entenderse todo hecho ilícito penal que constituya delito grave o menos grave a que se refiere el art. 13 del CP, quedando excluidas las faltas⁴⁵⁴. El delito conminado debe ser de aquellos a que se refiere el art. 169 en su primera parte, esto es, “homicidio, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”.

Esta restricción normativa si bien es cierto aparece adecuada en torno a los delitos comunes de amenazas, parece demasiado extensa tratándose de delitos de terrorismo. Coherentes con lo señalado en el capítulo anterior, entendemos que en los delitos de terrorismo los bienes jurídicos que han de resultar inmediatamente afectados deben circunscribirse a la vida, la integridad, la libertad y la salud de las personas, quedando excluidos otros bienes jurídicos relativos al patrimonio, y en este caso, la libertad sexual, la intimidad y el honor. Cierto es que, en tanto delito de amenazas, el bien jurídico individual que resulta afectado es la libertad y la seguridad personales, independientemente de los bienes jurídicos que se ubican en un segundo plano en la configuración típica, como será la vida (homicidio), la libertad, etc. y que constituyen los que son objeto de tutela penal en el delito con el cual se amenaza.

A pesar de esta constatación, resulta discutible que para configurar típicamente un delito de amenazas terroristas, el mal con que se amenaza deba ser constitutivo de delitos de aborto, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, ya que los bienes jurídicos individuales que en ellos se protegen encuentran una salvaguarda suficiente en la ley penal común. De considerar que una amenaza de causar uno de estos delitos puede llegar a transformarse en delito de terrorismo, implica convertir a éste en un cajón de sastre de todas las infracciones penales existentes. Luego, si bien es cierto el legislador en las amenazas del art. 169 realiza una restricción que nos parece adecuada cuando se trata de amenazas en cuanto infracciones penales comunes, ella resulta ser demasiado amplia en relación a la cualificación terrorista de las mismas. Dicho de otra manera, resulta inverosímil que un sujeto perteneciente a una organización terrorista, amenace a otra persona con causar, por ejemplo, un aborto, o revelar secretos de su vida privada. Las amenazas terroristas, por regla general, se refieren a delitos que típicamente constituyen los de homicidio, lesiones, secuestro, detenciones ilegales, es decir, aquellos delitos que protegen los bienes jurídicos individuales que de *iure condendo* hemos indicado en el capítulo anterior.

⁴⁵³ En contra, MUÑOZ CONDE, 1996, p.142 para quien el mal en las amenazas condicionales también puede ser lícito.

⁴⁵⁴ Así la doctrina mayoritaria: DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 791, DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, p. 312, PRATS CANUT, 1996 c), p. 823, cfr. 1999, pp. 181 y ss. La jurisprudencia también ha acogido esta postura, interpretando la palabra delito en el sentido de “ilícito penal en su sentido propio”. SSTS de 25-4-1983 (RJ 1983/2295), 28-6-1986 (RJ 1986/3212), 18-9-1986 (RJ 1986/4680), 12-6-1990 (RJ 1990/5268), 20-6-1991 (RJ 1991/4768), 4-10-1991 (RJ 1991/6998).

El propósito que constituye la acción debe ser exteriorizado de manera que la persona a la cual se amenaza pueda creer en la seriedad y verosimilitud de la misma. No parece complicada la existencia de esta objetividad cuando la amenaza se realiza en el marco de la estrategia de una organización terrorista, y especialmente cuando la exteriorización del propósito se hace bajo condición⁴⁵⁵. No es necesario que el sujeto activo en realidad esté pensando en hacer efectiva la amenaza, sino que basta, de acuerdo a las condiciones y circunstancias del hecho, que ella llegue a conocimiento del amenazado, aunque sea por vía indirecta y que éste comprenda el sentido de la amenaza⁴⁵⁶.

Lo específico en el delito contenido en el **art. 169, 1º** radica en la imposición de una condición que se encuentra establecida en términos abiertos⁴⁵⁷. Al igual que en el caso del delito de detenciones ilegales, puede ella ser de índole económica o de otra especie. La expresión que emplea el legislador “exigiendo una cantidad” debe considerarse a título meramente ejemplificativo, pues seguidamente se refiere a “cualquier otra condición, aunque no sea ilícita”. Aunque debe reconocerse que en la mayoría de los casos la condición es de tipo económico, por ejemplo, el caso del cobro del impuesto revolucionario en que la condición impuesta es una forma de financiamiento de la asociación ilícita⁴⁵⁸. En lo demás nos remitimos a lo señalado al momento de esbozar la clasificación de las amenazas.

El legislador también prevé una *agravante específica*, por la cual, cuando se tratare de amenazas condicionales realizadas “por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”. En este caso la pena se aplicará en su mitad superior, cuestión que resulta irrelevante a efectos de la penalidad establecida en el art. 572.1, 3º ya que en ella la sanción es una sola: diez a quince años de prisión. No obstante, ello plantea algunos problemas concursales a los que nos referiremos luego de examinar los restantes elementos del tipo.

El **art. 169, 2º** tipifica las amenazas de mal constitutivo de delito no condicionales, que en su estructura son idénticas a las anteriores, diferenciándose tan solo por la ausencia de una condición al amenazado. Esto ha hecho suponer a un sector de la doctrina que en este supuesto no se afecta la libertad de la víctima en su proceso de deliberación ya que ella no se ve constreñida a realizar acción alguna, por lo que lo único que resulta afectado es la tranquilidad.

Concordando con la interpretación que de ellas hace PRATS CANUT⁴⁵⁹, estimamos que no es posible sostener que el sujeto no ve afectada su libertad puesto que, no cabe confundir la ausencia de la exigencia de un comportamiento determinado con la ausencia de afectación a la libertad del sujeto, ya que, conforme a la postura que hemos adoptado, el bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado no es tan solo la libertad en el proceso de deliberación, sino la libertad y seguridad personales. Y si esto es válido tratándose de las amenazas no condicionales comunes, con mayor razón dicho bien jurídico resulta afectado cuando ella es realizada en el marco de la estrategia de las organizaciones terroristas.

b) Tipo Subjetivo

⁴⁵⁵ Así p.ej., en el Caso Reízabal, SAN de 14-11-1993, núm. 19/1993, que registra un supuesto de amenazas hechas bajo condición por parte de organización terrorista.

⁴⁵⁶ MUÑOZ CONDE, 1996, p.142.

⁴⁵⁷ PRATS CANUT, 1996 c), p. 830, cfr. 1999, pp. 181 y ss. Similar, MUÑOZ CONDE, 1996, p.144, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 792, DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 314-315.

⁴⁵⁸ SAN de 14-11-1993 ,núm. 19/1993 (*caso Reízabal*). Considérese también otro tipo de condiciones como la ya mencionada relativa al cierre de la central nuclear de Lémoniz, que fuera la que se impuso para la liberación del Sr. Ryan. Véase, LAMARCA, 1993 b), nota 4.

⁴⁵⁹ PRATS CANUT, 1996 c), p. 832, cfr. 1999 pp. 181 y ss.

Al igual que los restantes delitos de terrorismo examinados, la configuración típica exige la presencia del dolo y de elementos subjetivos específicos relativos a la finalidad perseguida por el autor. El dolo no solo exige la conciencia y voluntariedad del acto para que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino además que la expresión del propósito sea serio (idoneidad de la amenaza) para permitir la valoración de la emisión y recepción del anuncio de un mal de suficiente entidad como para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad⁴⁶⁰. No existen restricciones respecto al contenido de este dolo⁴⁶¹, ni tampoco la presencia de un determinado móvil o ánimo trascendente a la afección del bien jurídico individual, ya que, el concepto de amenaza no incluye dentro de sí la intención de ejecutar el daño: “la conciencia y voluntad de interponer una condición no implica que deba concurrir además necesariamente el ánimo o intención de obtenerla”⁴⁶².

Sin embargo, y como en todos los delitos de terrorismo hasta ahora examinados, el dolo de afectar la libertad y seguridad personales se encuentra matizado por la presencia de elementos subjetivos específicos relativos a la finalidad perseguida por el autor. Dicho de otro modo, y según los términos de la incriminación, las amenazas al ser realizadas por quien pertenece, colabora o actúa al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, de las descritas en el art. 571, llevan implícita la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Técnicamente constituyen elementos subjetivos de tendencia interna intensificada puesto que guían la acción hacia la lesión o puesta en peligro del bien jurídico colectivo. El sujeto que amenaza, en el marco de la estrategia desarrollada por las organizaciones terroristas, no solo quiere conseguir la intimidación de su víctima, sino la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico colectivo).

Problema distinto es si con la realización de uno de estos delitos consigue producir un “resultado de peligro” (peligro concreto), o si se trata de un peligro meramente abstracto, tema al que nos referiremos a continuación.

c) Naturaleza y clasificación del delito.

En este punto es preciso variar el orden del esquema que hasta ahora hemos seguido, puesto que la forma en que se protege el bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático) se encuentra en estrecha relación con el momento en que el delito se entiende consumado, y por ende, con su consideración en cuanto de mera actividad o de resultado.

Las amenazas, en cuanto infracciones penales comunes, han sido consideradas como un delito de mera actividad y de expresión, ya que se trata de una conminación de un mal futuro, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir la intimidación en el amenazado⁴⁶³. La consumación del delito no depende de la realización o no de dicho mal futuro, sino de la idoneidad de la amenaza para producir la intimidación en el amenazado, independientemente de que ella se produzca o no. Luego, la consumación se produce cuando las amenazas llegan a conocimiento del amenazado, consistiendo su ejecución en la conminación

⁴⁶⁰ SSTS 4-11-1978 (RJ 1978/3376) , 13-5-1980 (RJ 1980/1943) , 2-2-1981 (RJ 1981/474), 25-6-1981 (RJ 1981/2792), 27-11-1981 (RJ 1981/4452), 7-12-1981(RJ 1981/4982), 13-12-1982 (RJ 1982/7408), 18-9-1986 (RJ 1986/4680). En la doctrina, DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 308-309, PRATS CANUT, 1996 c), p. 827, cfr. 1999, pp.181 y ss.

⁴⁶¹ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 805. Otro sector doctrinal parece exigir un dolo directo de primer grado. Así CUELLO CALÓN, / CAMARGO; *DP. II, PE.*, 2 vols, 14ª ed., Edit. Bosch, 1985, pp. 801-802.

⁴⁶² DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 806. Opinión distinta parece sostener MUÑOZ CONDE cuando indica que el dolo debe referirse “en el caso de la amenaza condicional a la consecución de lo que el que amenaza solicita (una cantidad de dinero, la realización de una determinada actividad). (1996, p. 143).

⁴⁶³ En esta opinión, siguiendo a la jurisprudencia mayoritaria, PRATS CANUT, 1996 c), pp.822-823, cfr. 1999, pp. 181 y ss. Opinión distinta sostiene DIEZ RIPOLLÉS, para quien las amenazas son un delito de resultado material, 1997 b), pp. 782 y ss.

de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que se exija la efectiva producción de la perturbación anímica que el autor persigue⁴⁶⁴.

Si para la consumación basta con que la amenaza objetivamente y en sí misma sea apta para amedrentar al destinatario, indudablemente hay que concluir que nos encontramos frente a una “acción peligrosa”, un peligro abstracto. Si la perturbación anímica en el amenazado llega a tener lugar efectivamente, nos encontraríamos ante un “resultado de peligro”, esto es, un peligro concreto⁴⁶⁵. Pero tal y como acierta PRATS CANUT⁴⁶⁶, no debe confundirse la idoneidad de la amenaza con la estructura típica: “una cosa es cuál es la caracterización de la amenaza para que pueda cumplir los requisitos típicos del delito, y otra es que, a partir de la identificación de la idoneidad de dicha amenaza, la misma no tenga que concretarse en un sujeto o sujetos determinados susceptibles de ser intimidados, en definitiva, que se ponga en peligro concreto la formación de la voluntad”.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en la consideración de las amenazas en cuanto delito de peligro concreto o abstracto. Así en algunas ocasiones se ha manifestado a favor de la consideración de las amenazas como un delito de peligro concreto, ya que: “...es un delito de simple actividad, de lesión o de peligro, y no de verdadera lesión de tal suerte que si ésta se produce actuará como *complemento* del tipo”⁴⁶⁷. La eficacia de la intimidación será, por tanto, lo que determine la relevancia típica de la infracción, es decir, que el amenazado se sienta perturbado en su ánimo, en su libertad y en su libre disposición de obrar: “ la conminación radica en la exteriorización de un anuncio de un comportamiento susceptible de privar de sosiego y tranquilidad al amenazado en el disfrute de los bienes jurídicos cuya futura lesión se anuncia, a través de formas, modos o circunstancias capaces de producir tal efecto intimidatorio, debiendo contener un elemento de seriedad y credibilidad que hagan que el sujeto pasivo deba temer con cierto fundamento que el mal anunciado pueda producirse, incluso aunque esa producción no sea la íntima intención del agente”⁴⁶⁸. En otras ocasiones, rompe con esta tradicional consideración señalando que, al ser la amenaza un delito de simple actividad o de expresión, basta con la producción de un peligro abstracto, con independencia de la conmoción psíquica que, de hecho, puede producir la conminación del mal en la persona amenazada⁴⁶⁹.

¿Cómo se traduce esto en las amenazas terroristas a que se refiere el art. 572.1, 3º?

Ante todo hay que tener presente que, desde un prisma de *lege ferenda*, la construcción dogmática de delitos de terrorismo solo puede llevar a la tipificación de figuras de “resultado de peligro” en relación con el bien jurídico protegido colectivo. Es decir, solo en cuanto existe un peligro concreto para el ordenamiento constitucional democrático, el delito de terrorismo de amenazas, debe entenderse consumado. Las amenazas, en cuanto delito común requieren un peligro abstracto (idoneidad de la amenaza) para su configuración. Empero, para tener relevancia típica se requiere un peligro concreto para el bien jurídico protegido que resulta inmediatamente afectado; de ahí que la amenaza tenga que ser idónea, independientemente de que se produzca la alteración psíquica, puesto que en este caso nos encontraríamos ante un delito de lesión, resultado que por lo demás se encuentra previsto por el legislador en el art. 169

⁴⁶⁴ DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 303-304, PRATS CANUT, 1996 c), p. 822, MUÑOZ CONDE, 1996, p. 143. En la jurisprudencia: SSTS 9-10-1984 (RJ 1984/4815), 18 -9- 1986 (RJ 1986/4680), 23-5-1989 (1989/4244), 28-12-1990 (RJ 1990/10105).

⁴⁶⁵ En esta interpretación PRATS CANUT, 1996 c), p. 822. Cfr. 1999, pp.181 y ss.

⁴⁶⁶ PRATS CANUT, 1996 c), p. 822. Cfr. 1999, pp.181 y ss.

⁴⁶⁷ STS 13-12-1982 (RJ 1982/7408). Lo subrayado es nuestro.

⁴⁶⁸ STS 18-11-1994 (RJ 1994/9209). En similar sentido SSTS 9-10-1984 (RJ 1984/ 4815), 18-11-1984 (RJ 1994/ 9209), 13-5-1995 (RJ 1995/ 4483).

⁴⁶⁹ SSTS 18-9-1986 (RJ 1986/4680), 28-6-1986 (1986/3212), 23-5-1989 (RJ 1989/4244), 20-11-1995 (1995/8531), 3-12-1997 (RJ 1997/8836).

al establecer una graduación de la penalidad sobre la base de que el autor haya o no conseguido su propósito.

Ahora bien, la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado, y que es la clave para entender la consumación del delito, ¿puede este peligro extenderse hacia el bien jurídico colectivo?. Dicho de otra manera, frente a una amenaza idónea (peligro abstracto), que no ha producido resultado de peligro alguno ¿es posible sostener la existencia de un peligro concreto para el ordenamiento constitucional democrático?. En nuestra opinión, la existencia del peligro concreto sobre el bien individual no acarrea *per se* un “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo, puesto que no puede construirse el peligro sobre el peligro. De allí que, en nuestra opinión, nos encontramos ante un *delito de peligro abstracto* para el ordenamiento constitucional democrático, peligro abstracto que surge como una “probabilidad de la probabilidad”, una “posibilidad de la posibilidad” o “el peligro del peligro”, tautologías todas ellas que, con razón crítica Arthur KAUFMANN⁴⁷⁰, difícilmente pueden sostener un fundamento penal.

Conforme a estos razonamientos y de lege data, nos encontramos, siguiendo con la clasificación del delito que, según las modalidades de la parte objetiva, se trata de un *delito instantáneo* ya que se consume con la llegada del anuncio del mal al amenazado, conservando su autonomía (un solo delito), independientemente de que la conminación sea de males diversos o susceptibles de ocasionarse a varias personas, por ejemplo, si se dice que se va a matar a toda la familia del amenazado e incendiar su casa. Es un *delito de acción* porque requiere una expresión consistente en la exteriorización de un propósito, y un *delito de medios resultativos*, ya que carece de importancia la forma de exteriorizar la amenaza, pues ella puede verificarse no solo de palabra sino también por escrito o por teléfono, influyendo estas circunstancias únicamente en la penalidad aplicable⁴⁷¹. En las restantes clasificaciones comparte con los delitos de terrorismo ya examinados el ser un *delito de tendencia interna intensificada*, y un *delito especial impropio*.

d) Consumación y formas imperfectas de ejecución.

Como hemos indicado antes, cuando de amenazas comunes se trata, el delito se perfecciona en el momento en que la amenaza llega a conocimiento del destinatario. Así lo ha manifestado la jurisprudencia: “...la consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la vis física... sin precisarse la consecución del resultado propuesto por el autor. La perfección delictiva se logra con el intento de que el sujeto pasivo de la infracción se amolde en su proceder a la sugerencia instigadora del infractor, con independencia del eco que despierte o produzca en el incitado...”⁴⁷². Esto significa que la consumación existe cuando se ha producido un peligro concreto para el bien jurídico individual, resultado de peligro cuya existencia se determina por la idoneidad de la amenaza para producir intimidación, es decir, con el peligro abstracto que supone dicha acción de exteriorización de un propósito que conmina a un mal futuro.

⁴⁷⁰ KAUFMANN, Arthur. “*Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*”, en *Juristen Zeitung* (1963), pp. 426 y ss. Cit. por CARO CORIA, D. 1999, p. 503, nota 416.

⁴⁷¹ DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, p. 304, siguiendo a RODRIGUEZ DEVESA, 1995, p. 281: “es irrelevante que la amenaza de muerte se produzca apuntando con un arma de fuego, o con gestos o signos, verbalmente o con anónimos. Es indiferente que el autor se aproveche de una situación preexistente en función de la cual su acción reviste el significado amenazador o que se valga directamente de expresiones conminatorias”.

⁴⁷² STS 16-3-1990 (RJ 1990,2536). En sentido similar STS 23-5-1989 (RJ 1989/4244): “...el delito de amenazas, de mera actividad y consumado con la llegada del anuncio a su destinatario, descansa, efectivamente, en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza”. STS de 23-11-1989 (RJ 1989/8705): “...hay consumación del delito cuando se realiza la acción por el sujeto activo y ésta llega a conocimiento del sujeto pasivo sin exigirse que efectivamente se produzca en éste la perturbación psíquica correspondiente, pues basta que esa acción sea capaz de ocasionar esa perturbación por el modo y circunstancias en que tal acción se realizó”.

Para que los delitos de terrorismo, en general, se perfeccionen, hemos señalado que basta con la comprobación de un resultado de peligro para el ordenamiento constitucional democrático. De lege data, esta comprobación del peligro o resultado de peligro, en teoría, se daría en el momento en que existe efectivamente el “resultado de peligro” para el bien jurídico individual, libertad y seguridad personales, momento en el cual el delito de terrorismo tendría que perfeccionarse. Empero, y de acuerdo a lo que hemos indicado antes, no existe justificación jurídica para construcción del peligro sobre el peligro. Dicho de otra manera: si se discute que las amenazas en cuanto delitos comunes sean delitos de peligro abstracto (idoneidad de la amenaza) o concreto (efectiva intimidación en la víctima), ¿dónde encontrar el fundamento para sostener que existe un “peligro concreto para el bien jurídico colectivo?”. Este peligro para el ordenamiento constitucional democrático resulta ser de naturaleza abstracta, y en este sentido, entendemos que no puede olvidarse en principio de lesividad: “la relevancia jurídica del riesgo creado debe medirse en función de que compromete negativamente a los bienes jurídicos penalmente protegidos”⁴⁷³.

La naturaleza de delito de mera actividad impide la existencia de formas imperfectas de ejecución⁴⁷⁴ toda vez que, espacio-temporalmente no pueden separarse la acción y el resultado. No obstante, en algunos supuestos en que la amenaza no llega al destinatario, sino a un tercero, puede hablarse de tentativa⁴⁷⁵. Estos casos excepcionales se han dado, por regla general, tratándose de amenazas realizadas por escrito⁴⁷⁶.

e) Problemas de concurso de delitos. Art. 169, 1º v/s art. 572.1, 3º

Decíamos al examinar la primera hipótesis de delitos de amenazas terroristas, supuesto de amenazas condicionales de mal constitutivo de delitos, que el legislador había previsto una agravante específica por la cual la pena se aplica en su mitad superior cuando las amenazas fueren hechas “por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”. La expresa referencia del legislador en dicha agravante específica a la amenaza condicional realizada por entidades o grupos reales o supuestos, plantea un problema de concurso aparente en relación a la incriminación de las amenazas terroristas del art. 572.1, 3º. Como ha reconocido la doctrina⁴⁷⁷, la inclusión de este grupo de supuestos en la última parte del art. 169, 1º fue incorporada históricamente al CP por tratarse de amenazas con un claro matiz de organización terrorista, y además por la mayor capacidad intimidatoria que supone que la amenaza sea realizada por un grupo organizado.

De esta manera puede deducirse que, tanto en el art. 572.1, 3º como en el art. 169, 1º el elemento organizativo o estructural aparece como un elemento específico de lo injusto penal, en el primer caso, para la configuración de un auténtico delito de terrorismo, y en el segundo caso, para la configuración de un delito de amenazas no condicionales agravado. Hay que reconocer, empero, que los términos incriminatorios del art. 169, 1º son más amplios que los del art. 572.1, 3º ya que se refiere en general a “entidades o grupos reales o supuestos”, y no específicamente a “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, de donde surge que las amenazas

⁴⁷³ Cfr. CARO CORIA, D. 1999, p. 465.

⁴⁷⁴ La jurisprudencia se ha manifestado negando la posibilidad de formas imperfectas de ejecución. Así STS 23-11-1989, 23-5-1989 (RJ 1989/4244) y STS 16-3-1990 (RJ 1990/2536).

⁴⁷⁵ En esta opinión, PRATS CANUT, 1996 c), p. 827, cfr. 1999, pp. 181 y ss. MUÑOZ CONDE, 1996, pp. 143-144, DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp.304-305.

⁴⁷⁶ Así la STS de 20-5-1944 que estimó un delito de amenazas en grado de frustración el envío de una carta amenazadora que fue interceptada y abierta por la esposa del amenazado. Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 305-306.

⁴⁷⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, PRATS CANUT, 1996 c), p. 831, cfr. 1999, pp. 181 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 794.

resultarán agravadas cuando fueren proferidas por cualquier otra clase de organización criminal, no necesariamente terrorista.

Pero cuando las amenazas son proferidas por o en nombre de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, existe un problema concursal que exige una adecuada interpretación. Lo primero a determinar es si se trata de un concurso ideal de delitos o un concurso de leyes. Recordemos que la diferencia entre ambos consiste en que, en el primero, existen varios preceptos penales aplicables a una misma acción, mientras que en el segundo, aparentemente serían aplicables varios preceptos penales.

En nuestra opinión, de lege data, la presencia del elemento estructural u organizativo en ambas disposiciones (art. 169,º y art 572,1.3º) no debe conducir a ninguna confusión en orden al precepto penal aplicable puesto que en el art. 572.1, 3º se exige la presencia de elementos subjetivos específicos en lo injusto, y que son los que determinan la existencia de un delito de terrorismo, amén de dar la pauta para la definición de lo que ha de entenderse por tales entidades⁴⁷⁸. Por ello es que, en el caso que se comenta, existe un *concurso de leyes* que ha de ser resuelto sobre la base del principio de especialidad. Así, cuando se cumplieren los requisitos del tipo penal contemplado en el art. 572.1, 3º que se examina, se aplicará este precepto, por especial, con preferencia al general. No estimamos la existencia de un concurso ideal de delitos puesto que de así considerarlo caeríamos en un problema de doble incriminación al sancionar dos veces por un mismo hecho.

Mirado desde el punto de vista teórico, la solución propuesta resulta satisfactoria. Sin embargo, surge la interrogante acerca de cuál ha sido la necesidad de incorporación del delito de amenazas en el art. 572.1, 3º. Si de acuerdo a lo que el legislador señala en el art. 571, por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, debe entenderse aquellas cuya finalidad sea subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, los elementos subjetivos de lo injusto ya se encontrarían presentes en la definición de las mismas. Luego, cuando el art. 169, 1º indica: “grupos o entidades reales o supuestos”, en un concepto amplio, capaz de abarcar el de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, nos encontramos con que existe, en efecto una doble incriminación para un mismo hecho. En teoría el concepto de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, incluido su elemento subjetivo, se encontraría ya previsto en el delito común del art. 169, 1º.

Si a lo anterior añadimos el hecho de tratarse de un delito de peligro abstracto, construcción dogmática indeseable a todas luces desde el punto de vista garantista, es posible sostener la innecesariedad de la cualificación- en tanto delito de terrorismo- del delito de amenazas, en el supuesto que se examina (amenazas condicionales agravadas del art. 169,1º) ya que como puede observarse, dicha conducta ya se encuentra prevista y sancionada en la ley penal común. De acuerdo a los criterios que aquí se sostienen, y pensando en nuestra postura favorable a la *mantención de los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris proprio, siempre que ellos signifiquen un peligro concreto para el bien jurídico colectivo*, pensamos que las amenazas terroristas no debían existir en la Sección de los delitos de terrorismo.

Cierto es que ello podría plantear problemas en relación a la penalidad aplicable puesto que de calificarse siempre la conducta como constitutiva del delito descrito en el art. 169,1º, podría existir un favorecimiento de las actividades delictivas de organizaciones terroristas. Pero también es cierto que un delito de peligro abstracto en relación a la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático, en nada se parece a la adopción de criterios minimalistas y garantistas que deben existir en un Estado democrático de derecho. Mirado desde un punto de vista de lege data, la solución pasa por especificar en la agravante específica del art. 169,1º que quedan expresamente excluidas las amenazas realizadas por este tipo de

⁴⁷⁸ Véase supra Cap. VI, Apdo. Tercero, 1.2. legislación española: sujeto activo: a) La banda armada, organización...

organizaciones, por encontrarse ya previstas por el art. 572.1, 3º como delitos de terrorismo. Como *lege ferenda* estimamos que deben eliminarse del art. 572.1, 3º las amenazas por encontrarse la protección de los bienes jurídicos amenazados, prevista ya en la ley penal común.

3.b.4. Art. 572.1,3º en relación con art. 170.

Al inicio de este examen hemos indicado que la LO 2/1998 realizó una reforma al art. 170 del CP para introducir una nueva modalidad de amenazas, que la doctrina tiende a denominar como “amenazas con finalidad terrorista”⁴⁷⁹. Los orígenes de esta norma se remontan a la legislación antiterrorista posterior a la entrada en vigor de la CE: Por la Ley 82/1978 de 28 de diciembre se introdujo en el CP el art. 496 bis, tipificando las amenazas y coacciones dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población. A su vez, el art. 496 bis fue derogado por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, continente del CP de 1995, y sustituido por el art. 170, que amplió la esfera de protección a determinadas personas por estas amenazas.

Inicialmente el art. 170 indicaba: “si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”. Luego, las llamadas “amenazas con finalidad terrorista” ya se encontraban contempladas en el art. 170 antes de la reforma de la LO 2/1998⁴⁸⁰, y la misión de ésta fue ampliar más aún el círculo de personas protegidas.

Según se desprende de la Exposición de Motivos de la LO 2/1998 la reforma se hacía necesaria frente al aumento de la “violencia callejera”, considerada una “nueva forma de terrorismo” por su “extraordinaria capacidad de alterar la paz social”⁴⁸¹. Aquí los criterios político criminales que nuevamente vinieron a hacer patente esta verdadera “cultura de la emergencia penal” que suele adoptarse en materia de terrorismo en aras a la obtención de la paz social. En palabras del legislador, el propósito es “lograr una más efectiva garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, amenazados por aquellas conductas de violencia e intimidación callejera”⁴⁸².

De esta suerte el art., 170 quedó como sigue:

- “1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fueren dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.
2. Serán castigados con la pena de arresto de siete a dieciocho fines de semana, o multa de seis a doce meses, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

El art. 170 configura un tipo agravado de amenazas (condicionales o no condicionales). Su peculiaridad radica en la presencia de un ánimo que trasciende al dolo propio de las amenazas y que consiste en la finalidad de atemorizar a una pluralidad significativa de personas⁴⁸³. De ahí que esta agravante se vea restringida típicamente a las amenazas de mal constitutivo de delito,

⁴⁷⁹ Así MUÑOZ CONDE, 1996, p.145, REQUEJO CONDE, Carmen. “*El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista*” en AP núm. 34, semana 20 al 26 Sept. 1999, margs. 659-666.

⁴⁸⁰ Véase, p.ej., la undécima edición del Manual de DP. PE. de MUÑOZ CONDE, en que ya les denominaba “amenazas con finalidad terrorista” (1996, p. 145).

⁴⁸¹ Las críticas pertinentes a la consideración del terrorismo en cuanto fenómeno que “altera la paz social” ya han sido examinadas in extenso en el Cap. VI. Véase Apdos. 2º y 3º.

⁴⁸² Exposición de Motivos de la LO 2/1998, BOE núm 143 de 16 junio 1998, p. 19789.

⁴⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 806. Similar, MUÑOZ CONDE, 1996, p. 145.

pues carece de eficacia intimidatoria ante un grupo o pluralidad de personas, la amenaza de un mal no constitutivo de delito.

La relevancia al elemento subjetivo finalista queda plasmada en la utilización del vocablo “amenazar”, que integra el tipo subjetivo del art. 170. 1 y del art. 170.2 (“...con la misma finalidad”), y que incide directamente en el plano subjetivo tendencial del autor⁴⁸⁴. La pretensión de causar un sentimiento de temor en una pluralidad de sujetos es lo que va a diferenciarlo de otro tipo de amenazas. Se discute si las amenazas de este tipo penal han de ser objetivamente idóneas para producir la perturbación anímica en el colectivo de personas, o si se requiere la efectiva lesión en la voluntad del sujeto atemorizado.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias⁴⁸⁵, siguiendo el tenor literal del art. 170.1 se inclinan por exigir la idoneidad de la amenaza para producir el sentimiento de temor, con independencia de que el resultado se produzca o no. Otro sector, en cambio, estima que la idoneidad de la amenaza exige una puesta en peligro concreto de la libertad del amenazado, y por tanto se hace necesario que la voluntad del mismo se vea impactada, al punto de que tema con cierto fundamento en la producción del mal con que se amenaza. Si ello falta, la amenaza carecería de la gravedad necesaria que exige el tipo penal⁴⁸⁶. En opinión de REQUEJO CONDE⁴⁸⁷, esta parece ser la interpretación mas acorde con el tipo contenido en el art. 170.

Discrepamos de esta opinión ya que, la pretensión de atemorizar, como dice el precepto, ha de tener “la gravedad necesaria” para conseguir la producción de este sentimiento de temor, esto es, se exige la aptitud de los elementos objetivos de la acción para lograr el resultado pretendido por el autor, resultado que queda fuera del tipo, y por ende, es irrelevante a efectos de la consumación del delito. Entendemos que, en el tipo penal in comento, se mantiene la tesis de la eficacia objetiva del mal por la idoneidad abstracta de la lesión al bien jurídico, idoneidad que, por otra parte, puede deducirse de algo que la misma autora reconoce: la diferencia entre las amenazas a que se refiere el art. 170 del CP y el resto de las descritas en la misma sección del CP radica en el sujeto activo. En ellas (art. 170), el sujeto activo de la amenaza es una persona distinta del sujeto activo potencialmente causante del mal, que sería un sujeto activo que pertenece, colabora o actúa al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. En cambio. En el resto de las amenazas, la realización del mal depende principalmente de la voluntad del sujeto activo.

Por otra parte, y en la línea de estas consideraciones, estimamos que el fundamento de este tipo agravado de amenazas radica, no tanto en el plus de desvalor de acción que significa la formulación de una amenaza dirigida a una pluralidad de destinatarios, sino en el elemento subjetivo trascendente al dolo consistente en la finalidad de “atemorizar” a dicho colectivo. A este nos referiremos seguidamente.

Cabe destacar que por la modificación de la LO 2/1998 el círculo de personas protegidas por esta norma fue ampliado, y así de contemplarse tan solo a los habitantes de una población, al grupo étnico o al “amplio grupo de personas”, ahora se protege además a: grupos culturales o religiosos, colectivos social o profesional o a cualquier otro grupo de personas, todo lo cual encuentra su razón de ser en una línea político criminal que entiende como esencialmente graves los comportamientos delictivos por motivos xenófobos o racistas⁴⁸⁸, y los

484 DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.806.

485 Así DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 806, MUÑOZ CONDE, 1996, pp. 142, 145, POLAINO NAVARRETE, *Curso de DP. Español. PE*. Ed. Marcial Pons, 1996, p. 253; CARRETERO SÁNCHEZ, “*El delito de amenazas*”, en *LL*, 1996, p. 1309. DEL RÍO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 283 y ss. SSTS 18-9-1986 (RJ 1986/4680), 23-5-1989 (RJ 1989/4224), 20-11-1995 (RJ 1995/8531), 3-12-1997 (RJ 1997/8836).

486 En la jurisprudencia SSTS 18-1994 (RJ/1994/9209), 13-5-1995 (RJ 1995/ 4483).

487 REQUEJO CONDE, C., 1999, marg. 661.

488 Así PRATS CANUT, 1996 c), p. 833, refiriéndose a la ampliación que había efectuado el CP 1995 en relación al

comportamientos delictivos fundados en motivos terroristas: así por ejemplo, quedarían protegidos los integrantes de partidos políticos, de asociaciones o grupos contra el terrorismo, colegios profesionales, etc.

Por otra parte, el párrafo 2º del art. 170, introducido por la LO 2/1998 vino a cubrir un escalón intermedio entre un delito de amenazas con sujeto pasivo plural concreto, y un acto preparatorio punible de apología o defensa de actos terroristas, poniendo el acento en el bien jurídico colectivo que se pretende lesionar o poner en peligro, por sobre el bien jurídico individual de cada uno de los sujetos integrantes de la pluralidad de amenazados. Principalmente a éste nos referiremos a continuación por ser el que mayor interés suscita para los efectos de esta investigación.

a) Diferencias entre las “amenazas con finalidad terrorista” (art. 170.2) y los delitos de terrorismo.

Existe un problema de delimitación entre las amenazas a que se refiere el art. 170.2 y los delitos de terrorismo a que se refieren los arts. 572.1,3º, 577 y 578. De un lado, las amenazas del art. 170.2 pueden ser consideradas delitos de terrorismo cuando ellas son cometidas por sujetos relacionados con bandas armadas (art. 571.2, 3º) y por sujetos no relacionados con ellas (art. 577), o bien por quien hace apología del mismo (art. 578).

La primera distinción que cabe realizar surge de la comparación de los respectivos *tipos objetivos*.

Desde el punto de vista del *sujeto activo*, mientras que para la configuración típica del art. 572.1, nº3 se requiere que el sujeto actúe perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de organizaciones terroristas, en el art. 170 no se realiza esta exigencia⁴⁸⁹. Esta distinción, empero, no se presenta en el caso de las amenazas incriminadas a título de delitos de terrorismo en el art. 577 ya que, en ellas, el sujeto debe actuar al margen de las organizaciones terroristas. Tampoco existe en el caso del sujeto que hace apología del terrorismo en virtud de los arts. 578 y 18 del CP. La diferencia en estos casos, debe hacerse notar en el plano del tipo subjetivo.

Y es que la incriminación del art. 170 es genérica: “Los que...”; de donde puede deducirse que el sujeto activo perfectamente puede ser una persona que, a título individual, realice amenazas dirigidas a atemorizar, o reclame públicamente la comisión de actos violentos. No tiene por qué tratarse, necesariamente, de “ personas de grupos políticos radicales, o colectivos violentos, delincuentes comunes...”⁴⁹⁰. Cualquier persona es potencialmente sujeto activo de este delito, tanto el extraneus como al que hace apología de dichos delitos, especialmente si se considera, a la apología como delito autónomo y no como acto preparatorio, como parece haber sido la voluntad del legislador al establecer su punición cuando lo estima necesario⁴⁹¹.

Desde el punto de vista del *sujeto pasivo*, en los delitos de terrorismo sancionados en el art. 572.2,3º el sujeto pasivo, como se ha indicado, es la sociedad, y los destinatarios de las amenazas, sean ellos personas individualmente consideradas o amplios grupos de personas, constituyen el sujeto pasivo de la acción que, coincide, en algunos casos, con el *objeto material del delito*. En cambio, estos destinatarios plurales, que en los delitos de terrorismo son objeto material, en el art. 170 tienen la calidad de sujeto pasivo.

Desde el punto de vista de la *acción* también es distinto. El art. 572.1, 3º se refiere ampliamente a la acción de “amenazar” a otro, sin mayores especificaciones. De ahí que en

CP 1973.

⁴⁸⁹ REQUEJO CONDE, 1999, marg. 659,

⁴⁹⁰ En esta opinión REQUEJO CONDE, 1999, marg. 663.

⁴⁹¹ REQUEJO CONDE, 1999, marg. 664.

teoría cualquiera de las amenazas tipificadas en los arts. 169 y ss pueda ser cualificada como delito de terrorismo. En cambio, en el art. 170 la acción se encuentra perfectamente delimitada: “atemorizar a los habitantes de una población...” (art. 170.1), o “reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Por otra parte, y desde un punto de vista de *iure condendo*, es preciso recordar que los actos de terrorismo llevan implícitos el uso de medios violentos, característica que les diferenciaría de los delitos comunes junto a los restantes elementos básicos configuradores del terrorismo.

Empero, la distinción más importante radica en el **Tipo Subjetivo**⁴⁹². La configuración típica del art. 170 requiere un ánimo que trasciende al dolo propio de las amenazas, consistente en la finalidad de “atemorizar”, más allá de la de amenazar que requieren los tipos penales de amenazas⁴⁹³. En cambio, los arts. 572.1, 3º y 577 exigen, además del dolo propio de las amenazas, la presencia de elementos subjetivos específicos, distintos de un ánimo o móvil trascendente al dolo, y que consisten en la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

De inmediato puede advertirse que, en las amenazas a que se refiere el art. 170 CP, el legislador no reconoce directamente, al menos en el plano subjetivo tendencial del autor, la finalidad política propia de los delitos de terrorismo. Aunque en teoría ella se encontraría presente en el art. 170.2 cuando incrimina a los que reclamen públicamente la actuación de organizaciones terroristas. En nuestra opinión, no puede en esta parte prescindirse de la finalidad política que orienta la actuación del sujeto activo; quien reclama la comisión de este tipo de actos, al menos, en su fuero interno, comparte los objetivos de la organización, aunque no pertenezca ella. Sin embargo, desde el punto de vista de la ley penal, *no puede sostenerse*, sin violar el principio de legalidad, que ella sea parte integrante de lo injusto en el art. 170.2.

El legislador en momento alguno hace referencia a la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, elementos diferenciadores de los delitos de terrorismo. Si así fuese, debería el tipo penal haber señalado “los que con la misma finalidad de las organizaciones terroristas”, y no “los que con la misma finalidad...”, que, entendemos, se refiere a la finalidad de “atemorizar” que forma parte de lo injusto del art. 170.1.

Esta distinción es, a su vez, la que permite distinguir los supuestos a que se refiere el art. 577 del CP⁴⁹⁴. En ellos, si bien es cierto el sujeto debe actuar al margen de las organizaciones terroristas, debe realizar la conducta con las finalidades de dichas organizaciones. En los supuestos del art. 577, la subversión del orden constitucional o grave alteración de la paz pública, son también elementos subjetivos de tendencia interna intensificada. Lo mismo ocurre en el art. 578 que, independientemente de lo dispuesto en el art. 18 del CP, sanciona la apología del terrorismo.

b) Problemas de concurso de normas.

Realizadas que fueron las anteriores consideraciones, las amenazas terroristas pueden plantear un problema de concurso de normas entre las amenazas terroristas a que se refiere el art. 170.2 y las amenazas terroristas a que se refieren los arts. 572.1,3º, 577 y la apología, sea en virtud del art. 18 CP, o del tipo autónomo del art. 578.

En virtud del principio de especialidad, este concurso deberá resolverse a favor de los delitos de terrorismo cuando en la conducta se dieron los elementos configuradores de los dichos tipos penales. Así, cuando las amenazas son cometidas por sujetos pertenecientes, colaboradores o al servicio de organizaciones terroristas, con la finalidad de subvertir el orden

⁴⁹² En esta opinión, que compartimos, REQUEJO CONDE, 1999, marg. 659.

⁴⁹³ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 806.

⁴⁹⁴ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1233.

constitucional o alterar gravemente la paz pública, será de preferente aplicación el art. 572.1, 3°. Cuando son cometidas por sujetos no pertenecientes a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero con las finalidades propias de las mismas, será de aplicación el art. 577.

En cuanto al concurso de normas que pudiere plantearse entre el art. 170.2 y la apología del terrorismo, según lo dispuesto por el art. 18 CP, hay que destacar que la acción de reclamar públicamente la actuación de organizaciones terroristas, con la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, parece indicar una vinculación más estrecha, “una actitud más rigurosa de adhesión terrorista”⁴⁹⁵ que la que se prevé para el que hace apología del mismo. De acuerdo al art. 18.1 del CP se entiende por apología “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”, y solo será punible como forma de provocación en los casos en que expresamente lo señale la ley, como ocurre en el caso del art. 578 del CP.

En este sentido cabe recordar que la doctrina se ha manifestado a favor de una postura garantista exigiendo para la apología algo más que una mera adhesión ideológica o una mera influencia en el intelecto de aquel a quien se dirige. Concordamos con esta opinión ya que la apología debe decir relación con una conducta adecuada para interferir en la voluntad del destinatario, una incitación directa a cometer un delito (provocación), y por tanto, carece de sentido en cuanto delito autónomo.

El concurso de normas entre la apología y el resto de los delitos comunes ya había sido previsto en la anterior legislación antiterrorista. Recordemos que la LO 9/1984 de 26 de diciembre, refiriéndose al delito de amenazas cometido en el margo de la estrategia terrorista establecía que el tipo penal común llevaba siempre asignada una penalidad mayor que la del delito de apología. Esta misma tendencia se sigue en el CP de 1995 desde que establece una penalidad mayor para el delito de amenazas terroristas que para la apología. Mientras las amenazas con finalidad terrorista son sancionadas con la pena asignada al delito común en su mitad superior, la apología de actos terroristas, en cuanto forma de provocación es sancionada en el art. 579.1 con la pena asignada al delito cometido rebajada en uno o dos grados.

Más problemático resulta el concurso de normas entre las amenazas con finalidad terrorista y el delito de apología contenido en el art. 578 CP. En éste, como se verá, se castiga el “enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión...” de delitos de terrorismo. La frontera se torna difusa ya que uno de los supuestos de amenazas con finalidad terrorista es el de “reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas”. Tal supuesto, dada la amplitud de la redacción del art. 578, puede caber perfectamente dentro de este último. En nuestra opinión, la aplicación del art. 170.2 queda reservada para las amenazas de un mal constitutivo de delito, realizadas en contra de un sujeto pasivo plural, que, sin finalidad de subvertir el orden constitucional, pero sí con alteración de la paz pública, sean realizadas por un sujeto no relacionado con organizaciones terroristas, reclamando públicamente la actuación de los mismos⁴⁹⁶.

c) Digresión: ¿Es posible asimilar la finalidad de “atemorizar” exigida en el art. 170 con la finalidad de “alterar gravemente la paz pública”?

Como hemos examinado latamente en el capítulo anterior, algunos tratadistas, y en ocasiones la jurisprudencia, han realizado como característica principal de los delitos de terrorismo el propósito de crear una situación de inseguridad, alarma o temor en la población, haciendo asimilables estos conceptos al de grave alteración de la paz pública. Hemos rebatido estas posiciones desde un punto de vista de *iure condendo*, argumentando que la paz pública y su alteración, la inseguridad o alarma, no son factores que permitan identificar el bien jurídico

⁴⁹⁵ REQUEJO CONDE, 1999, marg. 665.

⁴⁹⁶ En esta opinión, REQUEJO CONDE, 1999, marg. 663.

que se pretende proteger con los delitos de terrorismo, tanto por que al ser exigida alternativamente por el legislador implica un desconocimiento a la finalidad política en el terrorismo, como por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, difícilmente medible desde un punto de vista objetivo.

Sin embargo, una cosa es lo que nosotros estimamos debería ser (*iure condendo*), y otra cosa distinta es lo que existe en la ley penal (*iure condito*). El legislador establece de manera alternativa dichas finalidades, introduciendo en el art. 571 la conjunción “o”. De allí que es perfectamente posible aceptar que, de *iure condito*, puedan construirse hipótesis delictivas que prescindan del elemento subjetivo político (subvertir el orden constitucional) y se limiten a cualificar como delitos de terrorismo aquellos delitos comunes que son realizados con la sola finalidad de alterar gravemente la paz pública. Y en este contexto la grave alteración de la paz social es perfectamente asimilable al concepto de “atemorizar a los habitantes de una población”.

Construyamos las hipótesis delictivas posibles:

- a) Los que perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional, realizaren *amenazas* de un mal constitutivo de delito dirigidas a *atemorizar* a los habitantes de una población (art. 572.1, 3º en relación art 170.1).
- b) Los que perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con la finalidad de alterar gravemente la paz pública, realizaren *amenazas* de un mal constitutivo de delito dirigidas a *atemorizar* a los habitantes de una población (art. 572.1, 3º en relación art 170.1).
- c) Los que perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional, reclamaren públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas para atemorizar a los habitantes de una población (art. 572.1, 3º en relación art 170.2).
- d) Los que perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con la finalidad de alterar gravemente la paz pública, reclamaren públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas para atemorizar a los habitantes de una población (art. 572.1, 3º en relación art 170.2).

Hemos excluido ex profeso las hipótesis que se refieran a “grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas” puesto que en estos casos el objeto material⁴⁹⁷ se encuentra circunscrito a una pluralidad de personas específicas susceptibles de agruparse en función de determinadas características: raciales, profesionales, religiosas, etc. Todos ellos constituyen grupos diferenciados y conceptualmente mas restringidos que el de “habitantes de una población”.

De acuerdo a las consideraciones que antes hemos realizado, existiría una doble fuente de incriminación cuando la amenaza del art. 170 y cualificada como terrorista (art. 572.1, 3º) se realiza con la finalidad de alterar gravemente la paz pública. El tipo subjetivo en los casos b) y d) exigiría, de un lado, un ánimo trascendente al dolo consistente en la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, y un elemento subjetivo de tendencia intensificada consistente en la finalidad de alterar gravemente la paz pública. Tal construcción atentaría contra el principio de non bis in ídem ya que la creación de una situación de inseguridad social, concepto al que se asimilan “atemorizar” y “alteración de la paz pública”, no puede ser a la vez móvil del delito y elemento subjetivo específico.

⁴⁹⁷ Nos referimos al objeto material del delito de terrorismo, que a su vez es el sujeto pasivo del delito común contemplado en el art. 170.

Por otra parte, estas mismas hipótesis pueden plantearse teóricamente cuando se trata de las conductas incriminadas por el art. 577. Y en este caso el problema sería aún mayor. Tanto en los supuestos b) y d) coincidirían el sujeto activo (sujeto que actúa al margen de la banda armada) y la finalidad de crear una situación de inseguridad social, como se ha explicado.

3.b.5.- A modo de sugerencia.

De acuerdo al examen realizado, y a objeto de evitar problemas de concurso de leyes, caso del art. 169, 1º (agravante específica), y de doble fuente de incriminación (art., 170), como *lege ferenda*, las únicas conductas susceptibles de ser incriminadas como delitos de terrorismo del art. 572.1, 3º serían:

1.- Amenazas del art. 169, 2º, esto es, las amenazas de mal constitutivo de delito no condicionales. Ello porque, las amenazas de mal constitutivo de delito condicionales que realizan bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, ya se encuentran previstas en el art. 169, 1º. A esto podría objetarse que en el delito común in comento, no se exige la presencia de ningún elemento subjetivo específico relativo a las finalidades propias de las organizaciones terroristas, y que sobre la base de esta diferencia, cuando dichos elementos subjetivos de tendencia intensificada se hicieren presentes, cabría aplicar el art. 572.1, 3º. Contestando a esta objeción, hay que tener presente que dentro de la expresión “entidades o grupos reales o supuestos” a que se refiere el art. 169,1º pueden caber también las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y éstas, de acuerdo a lo que de *lege data* expresa el legislador en el art. 571, son aquellas cuya finalidad es la de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, que son los elementos subjetivos específicos de tendencia interna intensificada a que hemos venido haciendo referencia.

2. Amenazas del art. 170 en las siguientes hipótesis:

2.1. Art. 572.1, 3º en relación con art. 170.1, cuando el sujeto activo perteneciere, colaborare, o actuare al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y realizare el delito de amenazas del art. 170.1 con la finalidad de subvertir el orden constitucional.

2.2. Art. 572.1, 3º en relación con art. 170.2 cuando el sujeto activo perteneciere, colaborare, o actuare al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y reclamare públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas con la finalidad de subvertir el orden constitucional.

3.c.- Coacciones (art. 572.1, nº3)

Tipificado en el art. 572.1, nº3 a continuación de las amenazas, el precepto indica “*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:*

3º En la pena de prisión de diez a quince años si...amenazaran o coaccionaran a una persona”.

3.c.1. Tipo Objetivo.

El *sujeto activo* en las coacciones terroristas, conforme a lo que señala el art. 572.1, 3º debe ser un sujeto que pertenezca, colabore o actúe al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. El *sujeto pasivo* será la sociedad, mientras que la persona sobre la cual recaen las coacciones es el sujeto pasivo de la acción, que coincide con el *objeto material* del delito. Esta persona puede ser toda aquella que tenga una voluntad capaz de ser doblegada por la coacción. En principio no es necesario que sea imputable, pero deberán ponderarse aquellos casos en que el inimputable no tenga una mínima capacidad volitiva, por faltarle la capacidad de acción. En consecuencia, en este caso, la persona no puede ser objeto

material del delito de terrorismo, así como no puede ser sujeto pasivo del delito común de coacciones.⁴⁹⁸

Al igual que en el caso de las amenazas, el art. 572.1,3º no realiza remisión normativa alguna para la determinación de *la conducta* que se incrimina a título de terrorismo (como sí hace p.ej. tratándose de las lesiones del art. 572,2º). En consecuencia deberemos acudir a la normativa penal común de las mismas. Las coacciones en cuanto infracciones penales comunes tienen una doble fuente de incriminación: De un lado, se tipifican como delito en el art. 172, y de otro, como falta en el art. 620,2º.

Nuevamente nos encontramos ante un problema político criminal más que dogmático: pueden ser consideradas coacciones terroristas- y sancionadas con la misma y grave pena- tanto las coacciones graves (delito) como las coacciones leves (falta). Como se ha dicho, acarrea por una parte, una transgresión al principio de igualdad desde que el legislador equipara supuestos delictivos de distinta gravedad, y por la otra, al principio de proporcionalidad ya que les asigna una misma y grave pena.

Esta transgresión al principio de proporcionalidad tiene lugar tanto en el caso que se considere, por los amplios términos de la incriminación, que las coacciones leves (art. 620,2º) puedan ser sancionadas en virtud del art. 572.1,3º; así como en el caso de que estas últimas puedan ser incriminadas a título de terrorismo en virtud de la cláusula genérica del art. 574. Esta última interpretación parece adecuarse más al espíritu del legislador, que menciona expresamente las faltas en el art. 574. También parece adecuarse al principio de proporcionalidad pues la penalidad asignada ya no es diez a quince años de prisión (art.572.1,3º), sino la correspondiente a la falta ejecutada en su mitad superior (art. 574).

Pero nuestra crítica apunta más allá: calificar como delito de terrorismo una mera falta, resulta contraproducente desde un punto de vista político criminal, ya que no se está considerando la gravedad del hecho cometido para fundamentar el merecimiento de tan graves penas. Y con mayor razón cuando se duda del respeto al principio de legalidad en la tipificación de las coacciones como falta, ya que, en teoría, el tipo penal del art. 172 incluiría todas las formas posibles de violencia, desde la fuerza física hasta *la vis in rebus*⁴⁹⁹.

A este respecto cabe destacar que uno de los temas más ampliamente discutidos por la doctrina y la jurisprudencia ha sido la delimitación entre el delito de coacciones y la falta de coacciones ya que, los tipos del delito y de la falta son idénticos en su estructura⁵⁰⁰. Los criterios jurisprudenciales para captar esta diferencia se basan en las circunstancias que rodean el caso concreto. En principio la diferencia estriba en la intensidad y en el cuántum de la violencia, que ha de ser grave en el delito y leve en la falta. A ello hay que agregar que la importancia y trascendencia de las coacciones deben apreciarse según criterios sociales (posibilidad de reparación posterior), elementos subjetivos personales (intensidad del dolo), objetivos de tiempo y lugar concurrentes y circunstancias específicas en cada caso⁵⁰¹.

Conforme a estos razonamientos, el ámbito de punibilidad del art. 572.1,3º, en nuestra opinión quedaría restringido a las coacciones del art. 172 del CP, cuyo tenor es el siguiente: “*El que sin estar legítimamente autorizado compeliere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...*”

⁴⁹⁸ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 138, refiriéndose a las coacciones en cuanto delitos comunes.

⁴⁹⁹ En esta última apreciación, DELGADO LÓPEZ, Luis María; “*El delito de coacciones (las reformas del código de 1995)*”, en AA.VV. *Delitos contra la libertad y Seguridad*, dirig. por J.M. Terradillos, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, pp. 199-219, esp. pp.205-206.

⁵⁰⁰ Ampliamente sobre la discusión doctrinal PRATS CANUT, 1996 c), p.847, cfr. 1999, pp. 202 y ss.

⁵⁰¹ STS 11-7-1984 (RJ 1984/3893).

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este código”.

En la primera parte se establecen dos tipos básicos de las coacciones, mientras que en el párrafo segundo, se contemplan los dos tipos agravados. Permanece el problema antes planteado: el legislador en el art. 572.1,3º no valora las diversas hipótesis delictivas, aplicándoles un tratamiento igualitario tanto en la configuración típica como en la penalidad.

La característica esencial del delito de coacciones es la de ser un atentado contra la libertad de la persona: la libertad de ejecutar decisiones en el marco de la libertad de obrar externo. Esta consideración permite identificar en un primer momento al bien jurídico protegido en el art. 172 con la libertad de actuación del sujeto⁵⁰², al igual que en el caso de las amenazas, debiendo recordar que en ellas se protege también la seguridad como presupuesto de la libertad.

Algunos autores han pretendido distinguir las amenazas de las coacciones argumentando la protección de bienes jurídicos distintos. Así, para HIGUERA GUIMERÁ⁵⁰³, la capacidad de resolución del sujeto sería el bien jurídico protegido en las amenazas condicionales, mientras que en las coacciones es la capacidad de actuación del sujeto. Tal diferencia es irrelevante en el entendido que la libertad de resolución presupone la existencia de la libertad de actuación, de manera tal que siempre será esta última la que en definitiva se vea atacada⁵⁰⁴. Luego, en ambos casos el bien jurídico protegido es el mismo: la libertad de actuación, y la seguridad como presupuesto de la libertad.

Los elementos básicos de este atentado contra la libertad, pueden resumirse en:

- a) En cuanto a la acción; el empleo de la violencia como medio⁵⁰⁵. Los verbos rectores “impedir, compeler”, determinan cuál es la acción ilícita. Se trata de un choque violento de dos voluntades: la voluntad del sujeto activo que somete la de la víctima. Esta violencia, de acuerdo al criterio jurisprudencial comprende desde la fuerza física o material (vis absoluta) hasta la presión, constreñimiento moral o intimidación en las personas (vis compulsiva), y también la fuerza en las cosas, como elemento material.

Pero para llegar a esta solución la jurisprudencia hubo de recorrer un largo camino. En un principio consideró como sinónimo de violencia para la relevancia típica tan solo a la fuerza física o material ejercida sobre la persona, y más tarde consideró válidos los medios intimidatorios de orden moral ya que, lo importante es que se venza la voluntad del ofendido, sin que sea preciso que la fuerza o intimidación sea absoluta o irresistible. Basta la fuerza relativa capaz de producir un constreñimiento⁵⁰⁶. Y finalmente amplió su ámbito a “las violencias extrapersonales realizadas sobre las cosas como *vis in rebus*, que se refleja en los derechos del sujeto pasivo”⁵⁰⁷.

⁵⁰² DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.816. Similar, PRATS CANUT, 1996 c), p.828, cfr. 1999, pp.202 y ss.

⁵⁰³ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *El delito de coacciones*, 2ª ed., Edit. Bosch, 1983. En similar opinión MIR PUIG, “*el delito de coacciones en el Código penal*”, *ADPCP*, 1977, pp.269-306, esp. pp.270, 284 y ss., GARCÍA PABLOS, A. “*Sobre el delito de coacciones*”, en *EPC*, Cursos y Congresos de la Univ. de Santiago de Compostela, 1983, pp. 103-151, esp. pp.115 y ss.

⁵⁰⁴ Así, TORÍO LÓPEZ, “*La estructura típica del delito de coacción*”, en *ADPCP*, 1977, pp. 19-39, esp. pp. 26-28, 29, 33, BUSTOS, J. 1991, p. 100.

⁵⁰⁵ Así, la doctrina mayoritaria, PRATS CANUT, 1996 c), p. 828, 842 y ss., cfr. 1999, p.p. 201 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, 1997, pp.820 y ss., BUSTOS, J., 1991, p. 100, MUÑOZ CONDE, 1996. pp.136-137, DELGADO LÓPEZ, L.Mª. 1996, pp.200-203. En la jurisprudencia: SSTS 23-5-1975 (RJ 1975/2290), 28-4-1988 (RJ 1988/ 2898).

⁵⁰⁶ STS 12-3-1990 (RJ 1990/2457). En sentido similar SSTS 1-7-1983 (RJ 1983/4012), 7-11-18983 (RJ 1983/5463).

⁵⁰⁷ SSTS 1-7-1983 (RJ 1983/4012), 7-11-1983 (RJ 1983/5463).

Este criterio de ampliación no siempre ha sido aceptado por la doctrina, especialmente cuando se trata de incluir dentro del concepto de violencia a la fuerza ejercida en las cosas⁵⁰⁸. Y en casos aislados, tampoco por la jurisprudencia: “el cambio de una cerradura, o el corte del suministro de energía eléctrica o de agua no pueden equipararse en modo alguno a las violencias ejercidas directamente sobre personas”⁵⁰⁹. Existe unanimidad en la doctrina en excluir del ámbito de la acción violenta a los medios fraudulentos o engañosos⁵¹⁰, y en algunos casos ha discutido la inclusión de la fuerza en las cosas.

- b) El sujeto activo realiza una acción violenta como medio de lograr *un resultado* consistente en que otro haga o deje de hacer algo. Esto es lo que constituye el desvalor de resultado⁵¹¹.
- c) La ausencia de toda legítima autorización en el sujeto activo (“sin estar legítimamente autorizado”), elemento condicionante de la antijuridicidad puesto que, se entiende como una referencia expresa superflua a la posible concurrencia de causas de justificación⁵¹².
- d) La justicia o injusticia de aquello a que se compele al ofendido en cuanto presupuesto característico y finalístico de la acción⁵¹³.

Estas son las características del delito de coacciones tipificado en el art. 172, cuya delimitación del delito de amenazas ha sido objeto de discrepancias entre la jurisprudencia y la doctrina. Para la jurisprudencia, la delimitación se basa en un criterio temporal: mientras las amenazas significan el aplazamiento de un mal futuro, en las coacciones se valora la mayor o menor inmediatez de la coacción⁵¹⁴. Para la doctrina, en cambio, el criterio de distinción no debe atender a la mediatez o inmediatez de la conminación, sino a los distintos elementos integrantes de la libertad atacados: la formación de la voluntad en el delito de amenazas y la libertad de obrar en el delito de coacciones⁵¹⁵. Sin embargo, y como advierte MUÑOZ CONDE⁵¹⁶, la problemática se acentúa cuando se trata de las amenazas condicionales, por ejemplo, cuando se golpea a alguien (ejercicio de fuerza física) para que haga o deje de hacer algo que la ley no prohíbe, y se le amenaza con seguir golpéandole de no conseguir ese resultado en la conducta del ofendido. En este caso la solución se traslada al ámbito del concurso de leyes.

Las conductas en los dos tipos básicos se diferencian por el uso de distintos verbos rectores: De un lado se tipifica el “impedir” a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, y de otro lado, “compeler” a efectuar lo que no quiere. Tanto impedir como compeler llevan implícito el uso de la fuerza, y por tanto, suponen la violencia. La pena varía de acuerdo a “la gravedad y los medios empleados”. Los “medios empleados” se refieren a la violencia, y “la gravedad de la coacción” se refiere al resultado, bastando para elevar la sanción con que uno de los dos, “medios” y “resultado” tenga mayor gravedad, de donde resulta que el legislador fundamenta la punición tanto en el desvalor de acto como en el desvalor de resultado⁵¹⁷.

La cualificación de los tipos agravados se fundamenta en la clase de derecho que resultare lesionado por la coacción. Así, cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental”, se aplican las penas en su mitad superior. En el tipo

⁵⁰⁸ Así MUÑOZ CONDE, 1996, p.137.

⁵⁰⁹ SSTS 20-1-1969, 10-2-1970, 23-5-1975 (RJ 1975/2290). Cita de MUÑOZ CONDE, 1996, P.137.

⁵¹⁰ Así, GARCÍA PABLOS, 1983, p.271, TORÍO LÓPEZ, 1977, pp.22-23, MIR PUIG, 1977, p.279, DIEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 828, PRATS CANUT, 1996 c), pp. 843-844.

⁵¹¹ DELGADO LÓPEZ, L.M^a. 1996, p. 202.

⁵¹² PRATS CANUT, 1995 c), pp.828, 845-846, cfr. 1999, pp. 202 y ss. DELGADO LÓPEZ, L.M^a, 1996, p.201, DIEZ RIPOLLÉS, 1997, pp.836 y ss.

⁵¹³ PRATS CANUT, 1996 C), p.828.

⁵¹⁴ STS 23-11-1989 (RJ 1989/8705).

⁵¹⁵ Por todos, PRATS CANUT, 1996 c), pp.828, 840 y ss.

⁵¹⁶ MUÑOZ CONDE, 1996, p.137.

⁵¹⁷ DELGADO LÓPEZ, L.M^a.1996, p.207

objetivo, la acción consiste en “ejercer una coacción”, lo que alguna doctrina⁵¹⁸ interpreta como “acción impuesta, la impedida o aquella a que se ha compelido”. El objeto de la acción, es decir, de la coacción ejercida, es la privación de un derecho fundamental. El tipo subjetivo exige el conocimiento de que se trata de un derecho fundamental y de que se impide ejercer ese derecho.

Esta distinción que el legislador realiza seriamente en el art. 172, pierde toda su significación en los delitos de terrorismo (art. 5672.1,3º). En ellos el legislador no valora las diversas hipótesis. Da igual que la coacción se hiciera para privar de un derecho fundamental que de uno no fundamental. La pena en ambos casos es la misma: diez a quince años de prisión.

3.c.2. Tipo Subjetivo.

El dolo debe abarcar el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena. Hasta aquí la unanimidad entre la doctrina y la jurisprudencia. Mientras para algunos autores⁵¹⁹ el dolo debe abarcar además la intención del sujeto activo de doblegar la voluntad, lo que lleva a excluir el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, otro sector estima que no existen motivos para restringir las especies de dolo⁵²⁰. La jurisprudencia se ha inclinado por exigir además un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la tendencia de atentar contra la libertad de actuación ajena⁵²¹, criterio que ha sido acogido medianamente en algún otro sector de la doctrina exigiendo como elemento subjetivo de lo injusto la abierta oposición a la libertad de actuación ajena⁵²².

La exigencia de este elemento subjetivo no aparece calara en la ley, y su consideración como finalidad última haría atípicos todos los comportamientos que persiguieran otros fines⁵²³. De allí que compartimos las tesis que sostienen que el dolo debe abarcar el empleo de la fuerza o la violencia, y la intención del autor de doblegar la voluntad ajena. Estos serían los elementos del “dolo genérico” en el delito de terrorismo, siendo los únicos elementos subjetivos de lo injusto, que el legislador expresamente determina en el tipo penal, la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Son elementos de tendencia interna intensificada.

3.c.3. Naturaleza y clasificación del delito.

a) *De acuerdo a las modalidades de la acción*, en su parte objetiva, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el delito común de coacciones, es un *delito de conducta y de resultado*, no de mera actividad⁵²⁴. Un resultado/lesión o resultado material que exige alternativamente: que se impida hacer lo que la ley no prohíbe o se obligue a efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto. Cuestión distinta es si este resultado, así concebido, como la imposición de una conducta no querida, lleva consigo una efectiva lesión al bien jurídico protegido, o si esta efectiva lesión requiere además la consecución del propósito final del autor. A ello nos referiremos al hablar de la consumación.

b) *Según la relación con el bien jurídico*: El hecho de que el legislador exija para la consumación un “resultado” de lesión o peligro para el bien jurídico individual, determinaría, de acuerdo al esquema seguido, la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico colectivo, ordenamiento constitucional democrático. Sin embargo, no siempre nos encontraremos ante un

⁵¹⁸ DELGADO LÓPEZ, L.M^a. 1996, p.211.

⁵¹⁹ Así MUÑOZ CONDE, 1996, p. 139, MIR PUIG, 1977, pp.292-293.

⁵²⁰ Así DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.836, BUSTOS, J., 1991, p. 102, GARCÍA PABLOS, 1977, p.278

⁵²¹ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.836, y PRATS CANUT, 1996 c), p. 847.

⁵²² Así HIGUERA GUIMERÁ, 1983, p.173.

⁵²³ DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p. 838, MIR PUIG, 1977, p. 292-293, GARCÍA PABLOS, 1977, p. 278.

⁵²⁴ PRATS CANUT, 1996 c), pp. 841, 845, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), pp. 831 y ss., BUSTOS, J. 1991, pp.100, 102. SSTS 22-11-1990 (RJ 1990/9081), 19-7-1993 (RJ 1993/6488), 15-2-1994 (RJ 1994/925).

delito de peligro concreto. Para que efectivamente se produzca un resultado de peligro, hay que tener presente que ese “resultado” de lesión en el bien jurídico individual se refiere a “coacción ejercida” y no a “violencia ejercida”. De allí que para ponderar la gravedad deberá partirse por entender que el resultado que se exige en torno al delito de coacciones comunes se refiere a la acción impuesta, aquello a lo que se compele, debiendo ponderarse en cada caso la específica gravedad del resultado (impedir un derecho fundamental).

c) Continuando con la clasificación *según las modalidades de la parte objetiva*, resulta discutible la apreciación de las coacciones como delito continuado. Tratándose de las coacciones comunes, la doctrina coincide en que no es posible su consideración como delito continuado, dado el carácter eminentemente personal del bien jurídico protegido (la libertad)⁵²⁵. Sin embargo, en algunas ocasiones, la jurisprudencia ha admitido la continuidad delictiva, ya que “..este delito no ataca directamente a la persona, aunque ésta quede afectada, al limitar con el comportamiento de quien coacciona determinadas situaciones de la misma, con lo que hay que afirmar que en este caso específico se daban las exigencias objetivas y subjetivas para apreciar la continuidad delictiva. Por otra parte toda la expresión ‘bienes eminentemente personales’ no puede interpretarse en sentido tan amplio que prácticamente deje sin vigencia el citado art. 69 bis”⁵²⁶.

Coincidimos con la doctrina en cuanto a que, como delito común, no procede su apreciación en cuanto delito continuado ya que éste, según le define la jurisprudencia y la doctrina científica “es una figura de concurso de infracciones punibles que agrupa en una sola figura penal una serie de acciones homogéneas realizadas en distintos momentos temporales, pero presididas por la idea de una unidad de resolución”⁵²⁷. El delito continuado se caracteriza por la existencia de una decisión única, frente a un fraccionamiento de los hechos, de manera tal que “cada uno de los actos se presentan como parte sucesiva y progresivamente realizadas dentro, al mismo tiempo, del presupuesto único y del resultado global”⁵²⁸. Sin embargo, si consideramos que, conforme al art. 74 del CP no cabe el delito continuado en “las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales”, tendríamos que concluir que cuando se trata de coacciones terroristas, sí cabría su apreciación como delito continuado, ya que en él, el bien jurídico protegido, por excelencia tiene un carácter colectivo y no personal. Las coacciones terroristas son además un *delito de formas alternativas*⁵²⁹, ya que, pueden ejecutarse a través de compeler como impedir hacer, según los términos de la conducta que describe el art. 172.

d) En lo demás comparte las mismas características que los otros delitos examinados, así, según la relación de la parte subjetiva con la objetiva, nos encontramos ante *un delito de tendencia interna intensificada*, y según los sujetos, ante un *delito especial impropio*.

3.c.4. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

La consumación del delito de coacciones terroristas se produce con el resultado de lesión o puesta en peligro (concreto) del bien jurídico colectivo. En nuestra opinión, esta consumación se producirá, por regla general, cuando se da meramente el “resultado de peligro” para el mismo ya que, difícilmente el ordenamiento constitucional democrático será efectivamente lesionado en virtud de las coacciones ejercidas a una persona determinada.

a) En esta línea, hay que precisar entonces, cuándo se entiende producido este peligro concreto, que será con la consumación del delito de coacciones, y por ende, ver cuáles son los criterios

⁵²⁵ Por todos, DIEZ RIPOLLÉS, 1997 b), p.843, PRATS CANUT, 1996 c), pp. 850 y ss.

⁵²⁶ STS 9-6-1993 (RJ 1993/4862). En similar sentido STS 11-2-1993 (RJ 1993/1048).

⁵²⁷ PRATS CANUT, 1996 c), p. 850.

⁵²⁸ PRATS CANUT, 1996 c), p. 850.

⁵²⁹ PRATS CANUT, 1995 c), p.844

que la doctrina ha vertido para considerar consumado el delito común. La consumación de las coacciones en cuanto delitos comunes se produce con la efectiva lesión del bien jurídico individual. La pregunta es si esta efectiva lesión se agota con la sola producción del resultado material “coacción ejercida” o si se requiere además la consecución del propósito del sujeto activo. Para PRATS CANUT, no debe confundirse este resultado material, que se impida hacer lo que la ley no prohíbe o se obligue a efectuar lo que no se quiere, con la consecución del propósito final del sujeto activo. Lo primero pertenece a la fase de consumación del delito, mientras que el segundo a la del agotamiento del delito⁵³⁰. Opinión distinta es la que sostiene MUÑOZ CONDE desde que exige para la consumación la efectiva consecución del propósito; “Si, a pesar del empleo de la violencia, no se consigue que el sujeto pasivo omita o haga algo, el delito no se consuma y se aplicarán los preceptos de tentativa acabada o inacabada.

Si consideramos las coacciones terroristas, y la necesidad de que se produzca un “peligro concreto” para el bien jurídico colectivo, nos parece mucho más acertada la opinión de MUÑOZ CONDE, ya que el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo exige una mayor afección, o una afección más concreta, si se quiere, al bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado, y esto solo se conseguiría en la medida en que la víctima, la persona individual, resulte efectivamente coaccionada omitiendo o haciendo algo. Luego, cuando el sujeto activo no consiguiera su propósito cabría apreciar las formas imperfectas de ejecución.

3.d. Penalidad en los delitos de detenciones ilegales, amenazas y coacciones.

La pena establecida en el art. 572.1,3º es única para todos los supuestos delictivos: diez a quince años de prisión. Cabría preguntarse cuál fue la intención del legislador para equiparar la pena a supuestos tan distintos: lesiones menos graves, detenciones ilegales, amenazas y coacciones. Y aún revistiendo cada una de ellas una multiformidad de hipótesis: tipos básicos y agravados de detenciones ilegales, de amenazas, de las coacciones. Y la consideración de las “faltas” de lesiones, amenazas y coacciones. Pensemos que en teoría ellas pueden ser incriminadas a título de terrorismo por el art. 572.1,3º ya que la descripción típica es abierta, aunque lo correcto sería enmarcarlas dentro del ámbito de punibilidad del art. 574.

Observemos las penas asignadas, a lo menos a los distintos tipos básicos de los delitos “comunes” que se incriminan:

Las lesiones menos graves pueden ser sancionadas, conforme al art. 147 CP, con penas que van desde el arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, hasta la de prisión de seis meses a tres años. La detención ilegal, en términos generales y abstractos y valorando cada uno de sus figuras básicas y agravadas, es sancionada con prisión de dos a ocho años. Las amenazas pueden ser sancionadas (arts. 169 y 170) con penas de prisión que van desde seis meses a siete y medio años, mientras que a las coacciones, según los casos, les corresponde la pena de multa de seis a treinta y seis meses, o con la pena de prisión de seis meses a cuatro y medio años. Las *faltas* de “lesiones”, “amenazas” y “coacciones” tienen asignada la pena de multa de diez a veinte días.

La omisión en la valoración de las distintas hipótesis delictivas acarrea una infracción al principio de igualdad. Esta omisión acarrea asimismo una transgresión al principio de proporcionalidad⁵³¹ ya que, de una parte, se aplica la misma pena a supuestos cuya estructura típica difiere, y no tanto en el bien jurídico que resulta inmediatamente afectado, porque si bien es el mismo en las detenciones ilegales, amenazas y coacciones, es distinto en el de lesiones menos graves. Supuestos cuyas estructuras típicas difieren entre sí, y dentro de sí mismas: así los tipos básicos y agravados de cada delito común. Por otra parte, la pena si bien puede resultar

⁵³⁰ PRATS CANUT, 1996 c), p.845.

⁵³¹ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 908, 910.

agravada de manera adecuada a la proporcionalidad, en otros casos resulta exacerbada⁵³². Así es posible que, una detención ilegal cuya pena máxima es la de ocho años, por las características terroristas de su comisión, puede merecer la pena de diez años. Y es posible también que una coacción sancionada comúnmente con una pena de multa pueda ser sancionada con diez años de prisión. Hay, por tanto, una exasperación punitiva que desconoce el principio de proporcionalidad.

B.- TIPOS CUALIFICADOS (ART. 572.2)

El art. 572.2 establece una agravación de la pena cuando la comisión de los delitos de lesión personal reseñados en el art. 572.1. se ejecutare contra un “sujeto pasivo” especial: miembros de las Fuerzas armadas, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Policía de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, o de personas que ostenten determinados cargos políticos enumerados en el art. 551.2 (miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional).

Sobre el problema político criminal que contempla esta figura, nos remitimos a lo ya señalado en otro lugar⁵³³. Hay que tener presente que la LO 7/2000 modificó el art. 551 del CP extendiendo la protección penal a los miembros de las Corporaciones locales. Luego, los delitos cometidos en su contra son castigables por la vía del tipo cualificado (art. 571.2), y no por la vía del tipo básico (art. 572.1), como era la situación antes de la reforma.

El tipo agravado en función del “sujeto pasivo” posee una estructura típica igual a la de los anteriormente examinados, consistiendo la diferencia en la calidad que reviste la persona sobre la cual recae la acción, es decir, el *sujeto pasivo de la acción*, que sabemos coincide con el *objeto material del delito*.

En principio nada obsta a considerar que es correcta la agravación de la pena en función del sujeto pasivo, puesto que, al ser blancos directos de la violencia insurgente, se constituirían en una fuente de peligro mayor para el bien jurídico colectivo que se protege. Lo que llama la atención es que, en parte alguna, el legislador indica si la autoridad, para ser protegida de esta forma, debe hallarse en el ejercicio de sus funciones. Ciertamente es que la mayoría de los atentados terroristas se cometen en contra de estas personas, estén o no en ejercicio de sus funciones. Pero ¿es suficiente esta consideración como para otorgar protección en función del “cargo” que se ostenta?. En nuestra opinión, esto significa que de alguna manera se está diciendo que la vida, la integridad, la libertad, de estas personas (autoridades) vale más que la del resto cuando se encuentran en idéntica posición frente a ataques terroristas, esto es, la autoridad fuera del ejercicio de sus funciones. Se vulneraría en alguna medida el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la CE.

¿Por qué proteger de manera desigual a una autoridad que es objeto de una amenaza o coacción, que, por ejemplo a los empresarios vascos, si contra ellos se cometen delitos casi en la misma proporción que contra autoridades?. No se está diciendo que deba reformarse la ley en orden a proteger a los empresarios más que al resto de las personas. Simplemente dejando entrever que, a mayor frecuencia de atentados contra determinados sujetos, no siempre ha de responderse ampliando la protección penal. De lo contrario nos encontraríamos con una serie de reformas a la ley penal, cuya única contribución sería la de una hiperinflación legislativa.

⁵³² Destacando la exacerbación punitiva: LAMARCA, 1999, p.16, POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.910.

⁵³³ Supra **Cap. III**, punto III, 2.a.3. *Comentarios acerca de la última reforma la ley penal española...*, y **Cap.VI**. Apdo.3º, I. 2. Sujeto pasivo, 2.2.b. *El problema de los “sujetos pasivos especiales”*.

En nuestra opinión, la existencia de un tipo cualificado de terrorismo, y con tan grave penalidad, basado tan solo en la calidad o cargo que la persona ostenta, no parece adecuarse al principio de igualdad. Por la misma razón tampoco nos parece correcto, desde esta perspectiva, extender este privilegio a otras autoridades, como lo hizo la LO 7/2000. Sin embargo, no podemos desconocer que la existencia de este tipo cualificado, y su reforma tienen su lógica, considerando que las autoridades que se protegen son representantes de los ciudadanos, servidores del Estado, contra los cuales los actos de terrorismo se han dirigido preferentemente. Lo que aquí se está cuestionando es *la exasperación punitiva*⁵³⁴ que supone asignar la pena correspondiente al delito cometido en su mitad superior.

El tipo básico contenido en el art. 572.1 nos dice que el homicidio terrorista, por ejemplo, se sanciona con la pena de veinte a treinta años. ¿Es acaso que treinta años de prisión no parecen suficientes para castigar por el hecho cometido?. Y consideremos que el límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad es precisamente de treinta años. El efecto criminógeno que producen las penas privativas de libertad de larga duración, es una cuestión sobre la que la doctrina ha discutido ampliamente. Nadie, medianamente racional y con una opinión cualificada en derecho puede estimar que treinta años por un homicidio es una pena insuficiente para cumplir con la retribución al mal causado o con la prevención general. No puede sostenerse jurídicamente que quince años de prisión por unas amenazas o coacciones por mucho que se cometan en el marco de una organización terrorista, son insuficientes como para cumplir con los efectos de la pena.

La protección, que sin duda, merecen quienes son los primeros objetivos del terrorismo, no puede profitar del derecho penal en términos tales de romper *el principio de proporcionalidad*. Y quizás, sería mejor buscar una solución por otras vías, como por ejemplo, otorgar a dichas personas una mayor protección policial. El terrorismo, por grave que fuere la sanción, no dejará de considerarles blancos de ataque directo. Hay que procurar poner a salvo los principios del Estado de derecho.

⁵³⁴ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 910.

2.3. DELITOS DE PELIGRO A LA SEGURIDAD PÚBLICA (ART. 573 CP)

Art. 573: “El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores”.

En la misma óptica de exasperación punitiva que se establece para los delitos anteriormente examinados, el art. 573 configura un tipo cualificado de los delitos sancionados en la Sección 1ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP que dentro de los delitos contra el Orden Público, tipifica la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos. La interrogante que surge es si el art. 573 debe remitirse normativamente a todos los delitos contenidos en esta Sección 1ª, o si debe referirse a solo algunos de ellos. En todo caso, lo que sí puede advertirse es que se equiparan supuestos de diversa índole bajo un solo delito de terrorismo, aplicando una misma pena a todas estas situaciones que, consideradas en cuanto delitos comunes, son sancionadas con penas distintas en atención a la gravedad que significan¹. Al tenor del art. 573 pueden distinguirse cuatro supuestos²:

- a) Depósito de armas o municiones
- b) Tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma “de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados”.
- c) Mera colocación o empleo de “de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados”.

A partir de esta distinción es que podemos arribar a una determinación del referente normativo del art. 573, cuestión que no ha sido pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia. En algunas ocasiones otorgan un amplio margen de punibilidad, remitiéndose a los “arts. 566 y ss”³, o a los “arts. 563 y ss”⁴. En otras, en cambio, restringen el ámbito de punibilidad, remitiéndose al “art. 567”⁵, al “art. 568”⁶, a los “arts. 566-568”⁷, o a los arts. “566,567 y 568”⁸, posición esta última que consideramos correcta por las razones que se explicarán.

El **art. 563** se refiere a la tenencia de las armas prohibidas y aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas. Las armas prohibidas son las que aparecen en el art. 4 del Reglamento de armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 enero (RCL 1993\788). El **art. 564** se refiere a la tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, distinguiendo a efectos de penalidad si se trata de armas cortas o largas⁹. A continuación este precepto establece unos tipos agravados, en función de que carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados

¹ En esta opinión, críticamente: PRATS CANUT, 1999, p. 1627, POLAINO NAVERRETE, 1997 a), pp. 910-911, LAMARCA PÉREZ, C. 1999, p. 16.

² POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.910. LANDECHO VELASCO, 1996, p.580. Otros autores distinguen solo tres supuestos, englobando el depósito de armas y la tenencia de sustancias explosivas en una sola hipótesis. Así, PRATS CANUT, 1999, p.1627; BARÓN QUINTERO, 1999, pp.275-276. LUZÓN CUESTA, 1998, p.363.

³ Así PRATS CANUT, 1999, p.1627, BARÓN QUINTERO, 1999, p.276.

⁴ Así, SAN 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

⁵ Así, LUZÓN CUESTA, 1998, p.363.

⁶ LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.580

⁷ MORA ALARCÓN, 1996, p. 699.

⁸ MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p. 1970.

⁹ El art. 2.º del Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 enero (RCL 1993\788) define las armas cortas como aquellas armas de fuego cuyo cañón no exceda de 30 cm o cuya longitud total no exceda de 60 cm.

o borrados, que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español, y que hayan sido transformadas modificando sus características originales. Estos tipos requiere ser apreciados por el portador, aunque no haya sido él el causante de la misma. El **art. 566** incrimina como comportamiento delictivo de mayor gravedad la fabricación, comercio o establecimientos de depósitos de armas o municiones, graduando la penalidad según la clase de armas de que se trate (armas o municiones de guerra o armas químicas, armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas), y la calidad en la que se participa (promotores, organizadores, cooperadores). El **art. 567** tipifica la tenencia de cualquier arma de guerra, su fabricación o comercialización, que es considerada como depósito de estas armas, sea cual sea su modelo o clase, incluso si se encuentra desmontada. El **art. 568** contempla la tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro, distinguiendo entre promotores y organizadores, de una parte y simples cooperadores, de otra.

En nuestra opinión, para determinar *el ámbito de punibilidad del art. 573 CP* habrá que partir de los supuestos antes mencionados para determinar cuáles de los delitos comunes se corresponden para conformar las respectivas conductas típicas del delito de terrorismo.

El primer supuesto se refiere al “depósito de armas o municiones”. Nótese que no aparece en parte alguna referencia a la “tenencia de armas o municiones”. De esta suerte, quedarían excluidas en nuestra opinión las conductas tipificadas en los arts. 563 y 564, las que, en todo caso, podrían ser incriminadas como delitos de terrorismo por la vía del art. 574 CP¹⁰, que señala el “tipo de recogida” de cualesquiera otras infracciones penales previstas en el CP (delitos y faltas). Luego, la remisión normativa habrá de hacerse, por una parte, al **art. 566** en la hipótesis de establecimiento de depósito de armas o municiones; y por otra parte, al **567** que considera depósito la tenencia de armas de guerra.

El segundo supuesto se refiere a la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como la fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma de estas sustancias explosivas o inflamables, o de los medios o artificios adecuados, cuya remisión normativa es al **art. 568 CP**. El tercer y último supuesto “mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados” ha sido una innovación que el legislador introduce en el CP 1995 ya que no cuenta con figura común análoga¹¹.

Bien Jurídico protegido.

Si fijamos nuestra atención en los delitos comunes, descriptores de las conductas del art. 573 CP, puede observarse que esos delitos “comunes” tienen una ubicación geográfica similar a la de los delitos de terrorismo. Ambos se encuentran en el capítulo V del Título XXII del Libro II del CP, dentro de los “delitos contra el orden público”. Y si consideramos, como parece querer decir el legislador, que es el orden público el objeto de tutela penal en todos estos delitos, incluidos los de terrorismo, existiría una dificultad para diferenciar, desde el bien jurídico, a los delitos de tenencia y depósito de armas “comunes” de los delitos de “tenencia y depósito de armas de terrorismo.

En opinión de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, el bien jurídico protegido en los delitos “comunes” de los arts. 563 y ss. es la seguridad pública o colectiva¹²: “la seguridad

¹⁰ En esta interpretación, SAN de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095).

¹¹ En esta opinión POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.910.

¹² POLAINO NAVARRETE, M. “*Delitos contra el orden público (I)*” en *Curso de DP.español. PE.*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.828, DE LUCA, J.A. *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 23; GARCÍA ALBERO, R. “*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y

de la comunidad frente a los riesgos que representaría la libre circulación y tenencia de armas, concretados en una más frecuente utilización de las mismas”¹³. Otros autores consideran la “paz social” asimilando su concepto al de seguridad pública¹⁴, “la seguridad interior del Estado”¹⁵, o el “Orden Público” en su aspecto de tranquilidad social y organización institucional que le sirve de marco¹⁶. De allí que, pareciera existir una identificación entre el delito común y el delito de terrorismo, toda vez que el art. 573 hace suyo el concepto de banda armada, organización o grupo terrorista, esto es, los que “tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. Seguridad pública, seguridad colectiva, paz social, son todos bienes jurídicos individuales de una generalidad indeterminada de personas en sociedad, es decir, de la colectividad¹⁷.

Sin embargo, de acuerdo a la posición que hemos asumido, dicha identificación en el objeto de tutela penal no sería procedente. Los delitos tipificados en el art. 573 contienen, como sabemos, un objeto de tutela penal que va más allá de la mera paz social, de la mera seguridad colectiva. El ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico colectivo) se yergue, por tanto, en fundamento de la incriminación a título de delito de terrorismo, de esos delitos “comunes” (arts. 563 y ss) que también protegen un bien colectivo. La “seguridad colectiva” se encontraría en un segundo nivel en la estructura del objeto de tutela penal.

A. *Tipo Objetivo.*

En cuanto a los sujetos del delito, coinciden con los de los anteriormente examinados artículos. La calidad de sujeto activo solo puede tenerla el que realiza la conducta perteneciendo, colaborando o actuando al servicio con bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas. Sujeto pasivo es la sociedad. En cuanto a la conducta y el objeto material deberemos distinguir los tres supuestos ya señalados:

a) *Depósito de Armas o municiones:*

De acuerdo a lo señalado por el art. 566 del CP, *la conducta típica* consiste en fabricar, comercializar o establecer depósitos de armas no autorizados. Tres son por tanto, los verbos rectores, que determinan una incriminación penal alternativa. La *fabricación* alude a la producción, confección o elaboración de los respectivos objetos materiales de la acción (armas o municiones). La *comercialización* se refiere al proceso de compra-venta del producto en el tráfico mercantil, mientras que el *establecimiento de depósito* de armas o municiones, lo que debe ser interpretado acudiendo a un criterio sistemático y fijando la atención en el precepto: existe establecimiento de depósito cuando conste su constitución como tal, independientemente de si ha tenido o no lugar un “auténtico acto fundacional” del mismo¹⁸.

El art. 567 considera como depósito la tenencia de cualquier arma de guerra, su fabricación, comercialización, o la tenencia de dichas armas independientemente de cual sea su modelo o clase, incluso si se encuentra desmontada. Lo mismo ocurre en el caso de las armas químicas.

coord. por VALLE MUÑOZ, Edit. Aranzadi, 1996 pp. 2196 y ss. esp. p. 2197. También en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 1593 y ss. MIRANDA STRAMPES, Manuel, “*Delitos contra el Orden Público*”, en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, p. 1940.

¹³ SAN de 27-11-1997, núm. 73/1997 (ARP 1997/1860).

¹⁴ PIEDRA BUENA LEÓN, E. *EL delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el Nuevo Código Penal*, en AP, 1997, I. margs. 479-501, esp. marg. 480.

¹⁵ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Edit. Colex, 1987, p.60.

¹⁶ BUSTOS, J. 1991, p.411.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra el orden público (IV)*” en *Curso...*, ob.cit. 1997, p. 883.

¹⁸ POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra el Orden Público (IV)*”..., 1997, p. 890-891.

El *objeto material* está constituido por: armas y municiones de guerra, armas químicas (art. 566.1), armas de fuego reglamentadas, municiones para las mismas (art. 566.2). El CP no define lo que debe entenderse por tales, pero sí efectúa una remisión normativa para determinar al menos el concepto de armas de guerra y químicas. Así, se entiende por armas y municiones de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la Defensa Nacional, y por armas químicas las determinadas como tales en los Tratados o Convenios Internacionales en lo que España sea parte (art. 567.2). Para las armas de fuego reglamentadas y sus municiones habrá que ir al Reglamento de armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 enero (RCL 1993\788)¹⁹ y modificado por RD de 25 de marzo de 1994 y Orden de 29 de julio de 1993. Puede tratarse asimismo de armas modificadas, pero con idoneidad para cumplir con los requisitos de las armas de fuego y de producir lesiones²⁰, de armas en condiciones de ser utilizadas conforme a su función, en estado de funcionamiento²¹, sin que se exija por el contrario, que el arma se halle en perfecto estado de conservación y funcionamiento²², basta con que ella tenga aptitud para disparar²³.

La determinación del concepto de depósito exige distinguir entre armas de guerra y armas de fuego reglamentadas. Tratándose de armas de guerra, el TS considera que existe depósito con la reunión de *tres o más armas de guerra*, salvo que se trate de ametralladoras, pistolas y fusiles²⁴. Cuando se trata de *armas de fuego reglamentadas* por específica previsión normativa del apartado 3 del art. 567 CP será preciso para la consideración de depósito la existencia de *cinco* o más de dichas armas²⁵. En el caso de las municiones, teniendo en cuenta la cantidad o clase, la calificación de depósito corresponde a los Tribunales²⁶.

El depósito de armas no exige el contacto físico con las mismas, sino tan solo la disponibilidad de ellas por parte del autor para su eventual utilización. No requiere que efectivamente hayan sido utilizados, basta con que el sujeto activo tenga capacidad de decisión sobre el destino de las mismas, el "*animus possidendi o detinendi*"²⁷.

b) Tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes. Fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma "de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados".

Conforme a lo que indica el art. 568 CP la conducta típica está constituida de manera alternativa a través de la "tenencia, "depósito", "fabricación", "tráfico", "transporte" o "suministro" de cualquier forma de sustancias o aparatos "explosivos", "inflamables", "incendiarios" o "asfixiantes" o de sus respectivos componentes. En opinión de la doctrina, la

¹⁹ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860). Mas ampliamente sobre el objeto material del delito, GARCÍA ALBERO, R 1996, pp.2204 y ss., 2216 y ss., 1999, pp.1593 y ss., DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO. 1987, pp.105 y ss., DE LUCA, J.A. 1993 pp.45 y ss.

²⁰ STS 22-12-1995. En similar opinión, la AN que consideró tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, la tenencia de una pistola marca FN modelo HP-1935 recamarada para cartuchos de 9 mm. "parabellum" sin ningún tipo de autorización y con número de fábrica borrado. SAN de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095).

²¹ SSTS 27-10-1995 y de 3-4-1995 (RJ 1995/2805)

²² STS 28-9-1995.

²³ SSTS 22-1-1988 (RJ 1988/435), 18-6-1988 (RJ 1988/6628).

²⁴ Así, SSTS 9-10-1986 (RJ 1986/5583), 17-4-1996. Opinión distinta ha sostenido la AN quien conociendo de delitos cometidos por ETA estimó que *un subfusil MAT* era constitutiva del "delito de depósito de armas cometido por miembros de una organización terrorista, de los arts. 566, 567 y 573". SAN núm 73/1997 de 27-11-1997 (ARP 1997/1860).

²⁵ SAN núm. 124/1999 de 4-6-1999 (ARP 1999\2194). En la doctrina, GARCÍA ALBERO, 1996, p. 2218, POLAINO NAVARRETE, "*Delitos contra el Orden Público (IV)*...", 1997, p. 892.

²⁶ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

²⁷ SSTS 9-10-1986 (RJ 1986/5583), 12-11-1986 (RJ 1986/6936), 18-3-1991 (1991/2173), 24-1-1992. PRATS CANUT, 1999, p. 1628.

tenencia es una conducta de *mera posesión* de las sustancias o aparatos señalados en la norma²⁸. De ahí que, a nuestro entender, ella se distinguiría del “depósito” por cuanto éste exige la “disponibilidad” del objeto material por parte del autor, aunque no tenga contacto físico con ellas²⁹. En cambio, la tenencia sí exigiría el contacto físico con el objeto material, aunque no fuese permanente. No es ésta la interpretación jurisprudencia. Así la AN estima que la “tenencia de armas” se hace constar por “la posesión no meramente instantánea y sin licencia, de un arma de fuego...”³⁰, y en otras ocasiones hace análogos los conceptos de “tenencia” y “depósito” exigiendo en ambos casos la “disponibilidad”³¹. Debe estimarse, en todo caso, que existiendo el depósito, éste absorbe la mera tenencia³².

La fabricación se refiere a la producción o elaboración de las sustancias o aparatos mencionados. Por “tráfico” habrá de entenderse la comercialización ilícita de las mismas, remitiéndonos en este sentido a lo ya señalado en cuanto al depósito de armas. El “transporte” se refiere, en su sentido natural y obvio, al traslado de un lugar a otro de tales sustancias. El “suministro de cualquier forma” habrá de entenderse como una cláusula genérica que permite englobar otros conceptos no comprendidos en la norma, como por ejemplo, la donación de tales sustancias por parte de un grupo a otro, dentro de la misma organización terrorista, o de una organización terrorista a otra.

En opinión de POLAINO NAVARRETE³³, resulta inverosímil la incriminación autónoma del “tráfico”, “transporte” y “el suministro de cualquier forma” de las variadas sustancias o aparatos que la norma especifica, ya que al ser, a su juicio, la tenencia una conducta de mera posesión sobre dichas sustancias o aparatos, nos encontramos ante un concepto suficientemente amplio como para abarcar las hipótesis cuya autonomía se discute. Sin perjuicio de compartir este criterio, parece ser que con la incriminación autónoma del tráfico, transporte y suministro de las sustancias y aparatos se quiso evitar la no punición de la posesión *meramente instantánea* de tales sustancias, habida cuenta de la interpretación jurisprudencial que hemos reseñado y que exige también en la tenencia la “disponibilidad”.

El objeto material lo constituyen las sustancias o aparatos “explosivos”, “inflamables”, “incendiarios” o “asfixiantes” y sus respectivos componentes. El Reglamento de explosivos, de 2 marzo 1978 (RCL 1978\1915) entiende por *explosivo*, en el ámbito de su regulación “toda sustancia o mezcla de sustancias que, por liberación súbita de energía, produce o puede producir en ciertas condiciones una sobre-presión en sus alrededores, acompañada generalmente de llama y ruido con independencia del mecanismo físico-químico de liberación de energía”. También considera explosivos los objetos cargados con productos explosivos, excepto la cartuchería y artificios pirotécnicos. Por *sustancias inflamables* no han de entenderse todas las que pudieran arder, sino sólo las que ardan y propaguen el fuego con especial facilidad³⁴.

²⁸ POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra el Orden Público (IV)...*”, 1997. p.897

²⁹ Exigen la “disponibilidad” en el depósito: SSTS 9-10-1986 (RJ 1986/5583), 12-11-1986 (RJ 1986/6936), 18-3-1991 (1991/2173), 24-1-1992, SAN 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654). BARÓN QUINTERO, 1999, p.276. PRATS CANUT, 1996, p. 1628.

³⁰ SAN 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095).

³¹ Así la AN estimó que “Los hechos declarados probados son constitutivos de *un delito de depósito de armas*, cometido por miembros de una organización terrorista, de los arts. 566, 567 y 573, pues se ha estimado probado que *disponían* de un subfusil MAT... También son constitutivos de *un delito de tenencia de explosivos*, cometido por miembros de una organización terrorista, de los arts. 568 y 573, pues se ha estimado probado que *disponían* de amonal, temporizadores, detonadores, cartuchos de hexolita, de dinamita y todo tipo de elementos para fabricar aparatos explosivos”. SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860). Lo subrayado es nuestro.

³² En la misma sentencia de 27-11-199, la AN estimó que el depósito del subfusil MAT absorbe la tenencia de dos pistolas. SAN num.73/1997 (ARP1997/1860).

³³ POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra el Orden Público (IV)...*”, 1997. p.897

³⁴ SAN de 27-11-1997, n°73/1997 (ARP 1997/1860). Se comprenden entre tales sustancias: cargas explosivas de amonal, cloratita, dinamita, cartuchos de hexolita. Como componentes se consideran los dispositivos de iniciación:

De acuerdo a la descripción típica del último párrafo del art. 573, la fabricación, el tráfico, el transporte o suministro de las sustancias o aparatos descritos, adquieren la condición de punibles, no como consecuencia de la ilegalidad del comportamiento mismo, sino por la mera pertenencia al servicio del autor para con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. De allí que, como aguzadamente observa PRATS CANUT³⁵, sea perfectamente posible sancionar a quien, trabajando legalmente en empresas dedicadas a la fabricación, transporte o suministro de armas o explosivos, perteneciese además a una organización terrorista.

Ante esta posibilidad un importante sector doctrinal reclama una interpretación en el sentido que la fabricación, transporte o suministro estén relacionados con la actividad terrorista. No basta con la mera pertenencia y la realización objetiva de la conducta, es preciso que ésta se realice al servicio o en colaboración con banda armada, especialmente si se considera la amplitud del supuesto de recogida “suministro en cualquier otra forma”³⁶. Esta interpretación ha sido sostenida en algunas ocasiones por la jurisprudencia señalando que “es necesario que estas conductas (las del art. 573 CP) estén relacionadas con las actividades de la banda armada”³⁷.

c) Mera colocación o empleo “de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados”.

A diferencia de los dos supuestos anteriores, esta hipótesis no cuenta con un delito común análogo al cual deba remitirse la conducta. El legislador equipara las conductas de “mera colocación” y “empleo”, conductas que si bien podrían diferenciarse desde el punto de vista semántico, en el contexto del art. 573 y de los delitos de terrorismo son comportamientos idénticos³⁸, y que se refieren a la utilización de las sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus medios o artificios.

Resulta difícil encontrar un fundamento a la incriminación autónoma de una conducta que, mas bien es un acto ejecutivo de otros delitos. La mera colocación, el empleo de objetos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus medios o artificios puede ser un acto ejecutivo de un delito de incendio del art. 351, o del art. 571: la combustión del elemento utilizado para encender fuego a un objeto no tiene relevancia típica, y sí la tiene el incendio del objeto al cual se aplica la combustión³⁹. De igual manera, puede tratarse de un acto ejecutivo del delito de estragos del art. 346 o del art. 571 en relación art. 346; o de un delito de daños. Esta interpretación es la que parece sostener la Audiencia Nacional cuando consideró la colocación de un artefacto explosivo en un cajero automático por parte de sujeto perteneciente a banda armada, era el “medio necesario” para cometer el delito de daños⁴⁰.

De acuerdo a lo que de *lege data* aparece en el art. 573, la consumación se produce con la sola realización de la conducta de “colocar o emplear”, sin que se exija resultado alguno. De allí que, si este resultado llegara a producirse se daría el correspondiente concurso de infracciones⁴¹.

Llama la atención en este supuesto, la ausencia de una exigencia expresa de un riesgo para las personas, característica que le distingue de los estragos y el incendio. De allí que este

pilas y temporizadores, y detonadores. SSTS de 24-10-1998, núm. 1237/1998 (RJ 1998/8321), de 8-3-1999, núm. 73/1999 (RJ 1999/1299), SAN 27-3-1997, núm. 73/1997, 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654).

³⁵ PRATS CANUT, 1999, p.1628

³⁶ Así PRATS CANUT, 1999, p.1628, CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 804.

³⁷ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

³⁸ En esta opinión, PRATS CANUT, 1999, p. 1628.

³⁹ Así GONZÁLEZ RUS, 1997, p. 116.

⁴⁰ SAN 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654).

⁴¹ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.804.

supuesto sea, a nuestro entender, un tipo penal “de recogida” para todas aquellas conductas que no pudieren cumplir mínimamente con los requisitos de la parte objetiva de los delitos de estragos e incendio. Así, por ejemplo, el TS declaró: “Es un elemento objetivo del tipo de estragos, en efecto, que los mismos comporten ‘necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas’... Nada se dice en el ‘factum’ de la sentencia recurrida sobre el peligro para la vida o integridad de las personas que pudieron comportar las explosiones provocadas por los acusados, por lo que...el precepto del nuevo Código Penal en que sí pueden y deben ser subsumidos los hechos enjuiciados es el art. 573 en que están previstas y castigadas, entre otras conductas, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos..., así como su mera colocación o empleo, cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”⁴².

La mera colocación o empleo de “tales sustancias” que no llega a producir el resultado requerido por los delitos de estragos e incendio, perfectamente puede ser sancionada como forma imperfecta de ejecución (tentativa acabada o inacabada). Y si no existe riesgo para las personas, sino tan solo daños a la propiedad, según lo que de *iure condendo* sostenemos, dicha conducta no podría ser incriminada a título de terrorismo.

B) Tipo Subjetivo.

Tratándose del depósito de armas y municiones, el dolo exige el conocimiento y voluntad por parte del sujeto de la reunión de las armas, o de su constitución en depósito, el fin ilícito de utilización, y la *disponibilidad* de ellas para su eventual u efectivo uso, aunque no hayan sido efectivamente utilizadas⁴³. Lo mismo ocurre tratándose de la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes. En el supuesto de mera colocación o empleo de tales sustancias, el dolo exige además la voluntad de utilización para fines ilícitos.

El dolo en cada uno de estos supuestos está teñido por especiales elementos subjetivos que determinan la dirección de la acción en un determinado sentido: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La presencia de estos elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, unido al requisito objetivo de pertenencia, colaboración o actuación al servicio de organización terrorista, son los que distinguen a los delitos de terrorismo in comento de sus análogos comunes.

C) Penalidad.

La sanción que corresponde por la comisión de cualquiera de las conductas descritas es la de prisión de seis a diez años. El legislador, a diferencia de lo que sucede en estas mismas conductas tratadas como delitos comunes, no distingue según la diversa gravedad de las conductas, como por ejemplo, entre el depósito y la mera tenencia, o la colocación. No existe en este sentido una atención a la proximidad o lejanía del riesgo para las personas, que sería el factor determinante en la comprobación de un concreto peligro para el bien jurídico colectivo. La misma sanción se aplica tanto al que meramente posee un explosivo en un lugar x, como al que coloca ese mismo explosivo para estallar un cajero automático, con riesgo para las personas.

Tampoco distingue la clase de armas o municiones de que se trate. Así merece la pena de prisión de seis a diez años tanto el que mantenga un depósito de subfusiles de guerra, como aquel que tenga un depósito con sustancias o componentes de explosivos de mínima gravedad (vr.gr. cocteles molotov). Por último, prescinde también el legislador de los títulos de autores,

⁴² STS 3-12-1999 (RJ 1999/1299). Lo subrayado es nuestro.

⁴³ SSTS 9-10-1986 (RJ 1986/5583), 12-11-1986 (RJ 1986/6936), 18-3-1991 (1991/2173), 24-1-1992, 14-12-1993; SSAN 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860), 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654), 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095). En la doctrina, BARÓN QUINTERO, 1999, p.276. PRATS CANUT, 1996, p. 1628, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros.1998, pp. 347-348.

promotores u organizadores o cooperadores de formación, y de las respectivas penas que los tipos básicos establecen⁴⁴.

D) Naturaleza y Clasificación del delito.

a) Según las modalidades de acción, modalidades de la parte objetiva, nos encontramos ante una ley penal mixta alternativa que incorpora varias modalidades posibles de acción típica: se conjugan formas ejecutivas tanto de mera actividad como de resultado material, destacándose además de la alternatividad de las conductas típicas, la multiplicidad y heterogeneidad del objeto material de las mismas⁴⁵.

b) Ello determinará que, en su relación con *el bien jurídico ordenamiento constitucional democrático* nos encontremos ante un *delito de peligro abstracto*. Para argumentar esta posición atenderemos a la relación de afección del bien jurídico “seguridad pública” que se produce en las diversas modalidades de conducta.

Tratándose de *la tenencia y el depósito de armas o sustancias explosivas*, al ser conductas de *mera actividad*⁴⁶, en relación con la “seguridad pública”, estamos ante un *delito de peligro abstracto*⁴⁷, pues la seguridad, en definitiva, remite a aquel estado de cosas que garantiza la indemnidad de bienes jurídicos individuales primordiales: vida, salud, libertad, que no se ven “lesionados” sino meramente puestos en peligro⁴⁸. Si existe un peligro abstracto para el bien jurídico que se supone resulta inmediatamente “afectado”, con mayor razón existirá un peligro abstracto en relación al ordenamiento constitucional democrático.

Pareciera ser que, tratándose de la “mera colocación o empleo de tales sustancias” nos encontramos ante una hipótesis que exige un resultado, si bien no un resultado materialmente separable del tipo, un “resultado de peligro” para la seguridad pública. Adviértase que no se habla de un resultado de peligro para los bienes jurídicos individuales a que se remite la seguridad pública, puesto que el tipo penal descrito en el art. 573 en ningún momento exige el riesgo para las personas, sino de resultado de peligro para la “seguridad pública”. De ser cierta esta conclusión, tendríamos que asumir que se trata de un delito de peligro concreto respecto de este bien jurídico. En cualquier caso, y tal como hemos señalado al referirnos al delito de amenaza; no parece deseable la posibilidad de construir tipos penales basados en la “probabilidad de la probabilidad” y no en la “probabilidad de lesión”. Se trata también de un delito de peligro abstracto en relación al bien jurídico ordenamiento constitucional democrático ya que, el legislador construye el tipo penal sobre la base del “peligro sobre el peligro”.

c) La alternatividad de conductas típicas determina su naturaleza en cuanto *delito alternativo*. Es un *delito de acción* porque requiere un hacer (tenencia, depósito, colocación). En los supuestos de la tenencia y el depósito, estamos ante *delitos de tracto continuado*⁴⁹, que permanecen hasta su descubrimiento; mientras que en el supuesto de la mera colocación o empleo estamos ante un *delito instantáneo*. Comparte con los anteriormente examinados la naturaleza de *delito de tendencia interna intensificada*, y *delito especial impropio*.

⁴⁴ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 911.

⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, “*Delitos contra el Orden Público (IV)*”, 1997, p. 897.

⁴⁶ Así el TS indica: “el delito de tenencia ilícita de armas constituye una infracción de actividad o de mero riesgo o peligro general abstracto o comunitario, objetivo y de propia mano...”. STS DE 30-6-1993 (RJ 1993/5321). En la doctrina, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO.1987, p.96, GARCÍA ALBERO. 1996, p.2197, LUZÓN CUESTA, 1998, pp.362 y ss.

⁴⁷ STS DE 30-6-1993 (RJ 1993/5321). En la doctrina, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO.1987, p.97, GARCÍA ALBERO. 1996, p.2197, cfr.1999, pp.1593 y ss. DE LUCA, J.1993, pp.33 y ss., LUZÓN CUESTA, 1998, pp.362 y ss. En contra y estimando que se trata de delitos de peligro concreto. BUSTOS, J. 1991, p.411.

⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R. 1996, p. 2197. Cfr. 1999, pp.1593 y ss.

⁴⁹ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

E) Consumación.

La tenencia y el depósito terroristas se perfeccionan cuando el agente posee o dispone de las armas para sí, lo que constituye el elemento subjetivo del tipo (dolo)⁵⁰, situación que determina la existencia de “peligro” (aunque abstracto) para el ordenamiento constitucional democrático. No es necesario que el agente haya efectivamente utilizado las armas, siendo incuestionable que el uso de ellas no es necesario para la configuración típica⁵¹.

En el supuesto de la mera colocación o empleo, la consumación de da cuando se ejecuta esta acción. En principio, si no se llega a utilizar las sustancias o aparatos explosivos, la conducta debía calificarse como tentativa del delito tipificado en el art. 573. Sin embargo, muchas veces podrá estimarse la conducta bajo el supuesto de “tenencia” o “depósito” de sustancias o aparatos explosivos, con lo que la probable forma imperfecta de ejecución carece de sentido. La tenencia de varias armas no de guerra, que no llegue a estimarse depósito, por ser inferior a cinco, no constituye varios delitos, uno por cada arma, sino una única infracción, un único delito de tenencia de armas⁵², y que, como sabemos, no puede ser inculpada a título de delitos de terrorismo por la vía del art. 573, sino del art. 574 (cláusula residual). En el caso del depósito también existirá una única infracción, aunque se trate de gran número de armas, y si existe un depósito de armas de guerra, lo que ya se da con una sola de esta clase, este delito absorbe la tenencia de otras armas que pudiera existir. Así por ejemplo, el depósito (terrorista) de armas de guerra, absorbería la “tenencia” de dos pistolas⁵³.

F) Problemas concursales.

1º Supuesto: concurrencia de dos o más de las conductas (delitos) descritos en el art. 573.

Siguiendo con los razonamientos inmediatamente anteriores, ¿qué ocurre cuando se ejecutan a la vez dos o más de las conductas descritas?. ¿Que ocurre en el caso del sujeto que pertenece a organización terrorista y posee armas de guerra y sustancias o aparatos explosivos?. ¿Existe un único delito? ¿o deben tratarse como dos delitos distintos?. La respuesta a estas interrogantes requiere un breve examen a la naturaleza jurídica del art. 573. El TS estima que el art. 573 es “una agravación específica que se proyecta sobre cada uno de los delitos y conductas típicas que se incluyen en su texto”, las que podrán apreciarse, en su caso, en *concurso real*⁵⁴. La AN también se ha manifestado de manera similar: “*La tenencia de explosivos cuando concorra con la tenencia de armas se encontrará en situación de concurso real de delitos, ya que son infracciones distintas, tipos penales diferentes, aunque de la misma naturaleza y con un mismo bien jurídico protegido*”⁵⁵.

Es decir, aunque en el art. 573 se mencionen en el mismo precepto el depósito de armas y la tenencia o depósito de explosivos, no por ello puede estimarse que se trata de una única infracción, si concurre el depósito de armas con la tenencia de explosivos, es preciso acudir a los arts. 566, 567, 568 y 569, que los configuran como tipos distintos, por lo que en ese caso existirá una situación de concurso real.

⁵⁰ SSTS 9-10-1986 (RJ 1986/5583), 12-11-1986 (RJ 1986/6936), 18-3-1991 (1991/2173), 24-1-1992, 17-6-1994, 24-10-1998, SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860). En la doctrina, PRATS CANUT, 1999, p. 1628, BARÓN QUINTERO, 1999, p.276.

⁵¹ SSTS 24-1-1992, 24-10-1998, núm. 1237/1998 (RJ 1998/8321). En la doctrina, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.345-346.

⁵² SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

⁵³ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

⁵⁴ SSTS 24-1-1992, 24-10-1998, núm. 1237/1998 (RJ 1998/8321). En la doctrina se manifiesta a favor de esta posición CALDERÓN CERESO_CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1234.

⁵⁵ SAN, 27-11-1997, num.73/1997 (ARP1997/1860).

Pero si, en lugar de entender el art. 573 como una agravación específica que se proyecta sobre las modalidades delictivas de los arts. 566 y 568, entendemos que el delito descrito por el art. 573 se consuma con la ejecución de cualquiera de las conductas allí mencionadas, estamos suponiendo una *unidad de delito* que se compone de varias conductas alternativas. Esto implica considerar que *el art. 573 es una modalidad o un subtipo agravado*, que refunde en su texto varias conductas que, consideradas aisladamente serían penadas y calificadas con independencia. En consecuencia, si en poder del sujeto se encuentran armas de guerra y aparatos explosivos, ambos supuestos se concentran en la descripción típica, de tal manera que existiría una unidad delictiva que obligaría a sancionar por un solo delito.

La objeción que podría plantearse a esta posición es que, en el caso de que los supuestos de depósito de armas y explosivos fuesen cometidos por personas no relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas (situación de delitos comunes o del art. 577, terrorismo 2individual), se abriría paso al concurso real, mientras que, cuando ellos fueren cometidos por personas relacionadas con organizaciones terroristas, se produciría una incomprensible unidad delictiva que favorecería a estos autores⁵⁶. Con ello se desvirtuarían los criterios político criminales relativos a la agravación de las sanciones considerando el terrorismo en cuanto estrategia diseñada en el marco de una organización.

2º Supuesto: Concurso de leyes.

El concurso puede plantearse en relación con otros delitos en los que el medio empleado es idéntico, pero se actúa, o fuera del marco de la organización terrorista, o con otra finalidad. El art. 573 se encuentra en relación de “especialidad”⁵⁷ frente a esos otros delitos, siendo de aplicación preferente el art. 573 cuando el delito fuere cometido por sujetos pertenecientes o colaboradores con organizaciones terroristas, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional. A falta del elemento estructural, cuestión que acaece en el art. 577 que incrimina estos mismos delitos, pero cometidos por sujeto no relacionado con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la especialidad del delito de terrorismo viene dada por la presencia del elemento subjetivo de tendencia intensificada relativo a las finalidades perseguidas.

3º Supuesto: Colocación o empleo de sustancias o aparatos explosivos cuando se produjeren resultados típicos.

El delito descrito en el art. 573 se consuma con la mera colocación o empleo de las sustancias descritas, ello ya importa la aplicación de pena. En caso de que se produjeren resultados típicos, por ejemplo, daños y riesgo para las personas, deberá recurrirse al correspondiente concurso de infracciones⁵⁸. Entre el delito de terrorismo y el delito común a que lleva el resultado típico. En este sentido el TS señala: “no habiéndose cometido el delito de terrorismo mediante la producción de unos estragos” que exige, de acuerdo a la descripción típica “necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas”, la conducta debe calificarse como “un delito continuado de terrorismo del art. 573 en concurso con un delito común de estragos”⁵⁹.

A pesar de esta opinión mayoritaria, también existe otra posibilidad, que ya esbozó la Audiencia Nacional⁶⁰, y que consiste en ponderar no la mera colocación o empleo como

⁵⁶ SSTS 24-1-1992, 24-10-1998, núm. 1237/1998 (RJ 1998/8321).

⁵⁷ En la doctrina, MORA ALARCÓN, 1996, p.699, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.580.

⁵⁸ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 804.

⁵⁹ STS 8-3-1999, núm. 73/1999 (RJ 1999/12999).

⁶⁰ SAN 3-12-1998, núm. 49/1998 (ARP 1998/5654).

conducta típica, sino la tenencia o depósito de artefacto explosivo del art. 573, como medio necesario para producir el delito de daños, lo que llevaría a resolver el problema por la vía del art. 77 del CP.

2.4. CLÁUSULA RESIDUAL: “CUALESQUIERA OTROS DELITOS O FALTAS” (art. 574 CP).

Art. 574: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el art. 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior”.

A) Tipo objetivo: El art. 574 establece una incriminación genérica y cualificada para cualquier clase de delitos previstos en el CP. El *sujeto activo* es también cualquiera que pertenezca, colabore o actúe al servicio con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. El *sujeto pasivo* es la sociedad.

En cuanto a la *conducta*, puede observarse que ella está constituida por “cualquier otra infracción” contenida en el CP, que debe ser entendida como delito o falta. Se trata de un supuesto de recogida, una cláusula residual⁶¹, de aplicación subsidiaria, en el sentido de la regla 2ª del art. 8 CP, respecto de los tipos penales contenidos en los arts. 571, 572, 573, 575, 576 y 577 del CP⁶², salvo en cuanto a los supuestos examinados y que no pueden ser incriminados bajo estos delitos. Así es como, tratándose de los *delitos de estragos e incendio* que tipifica el art. 571, pueden sancionarse todos los de esta índole a excepción de los tipificados en los arts. 346 y 351 CP. Es decir, pueden ser incriminados a título de terrorismo: a) la conducta descrita en el art. 347 (estragos imprudentes), b) cualquier otro delito de riesgo provocados por otros agentes (arts 348 y ss.), c) incendios forestales (art. 352 y ss.), d) e incluso los incendios en bienes propios (art. 357).

En cuanto a los *delitos de lesión contra las personas*, se incriminarán por la vía del art. 574: a) las faltas de lesiones contempladas en el art. 617 del CP y cuya sanción es meramente de arresto de tres a seis fines de semana o multa de diez a treinta días, b) las faltas de amenazas del art. 620, 1º y 2º CP que tienen pena de multa de diez a veinte días, c) las coacciones leves del art. 620, 2º que tienen también pena de multa de diez a veinte días. En cuanto a las particularidades de cada una de estas infracciones nos remitimos a lo señalado en su oportunidad al examinar las conductas del art. 572. En los *delitos de peligro a la seguridad pública*, queda comprendida dentro de los términos de la incriminación la *tenencia* de armas o municiones a que se refieren los arts. 563 y 564⁶³. Y, en general, “cualquier otra infracción” que deberá entenderse como “infracción penal” esto es, delito o falta, habida consideración de la amplitud de la incriminación y la expresa referencia a las “faltas” para determinar la penalidad aplicable.

B) Tipo subjetivo: El legislador atiende de manera expresa a la finalidad con la que han de ser cometidas cualquiera de las “infracciones”: subvertir el orden constitucional o alterar

⁶¹ Así la doctrina mayoritaria: PRATS CANUT, 1999, p.1628; LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 580, BARÓN QUINTERO, 1999, p.277; CARBONELL MATEU, 1996 a), p.804, DE PRADA SOALES, 1996, p.76, LAMARCA, C.1999, p.17.

⁶² En una interpretación restrictiva, CARBONELL estima que el art. 574 CP es de aplicación subsidiaria solo respecto de los arts. 571 y 572. CARBONELL MATEU, 1996 a). p.804. Le sigue, MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p. 1970.

⁶³ Así la AN estima la existencia de “un delito de tenencia ilícita de arma de fuego corta, con número de fábrica borrado, comprendido en el art. 564.1.1 y 2.1, en relación con el art. 574, Código Penal. Pues consta la posesión, no meramente instantánea y sin licencia, de un arma de fuego corta y con el número de fabricación hecho desaparecer (lo que el poseedor conocía) mediante una fresadora; al servicio de la organización armada”. AN de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095).

gravemente la paz pública, finalidades que alternativamente cumplen la función de ser elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, que matizan el dolo genérico de cada conducta, y dirigen la acción en un determinado sentido. Nótese que, en este precepto se advierte claramente la primacía que el legislador otorga al elemento teleológico para la incriminación de los delitos de terrorismo.

C) Penalidad: Constituye un acierto del legislador el establecimiento, al menos en este delito, de un criterio que se adecua a los principios garantistas, un criterio “uniforme y ponderado de cualificación”⁶⁴ que obliga a aplicar la pena correspondiente al tipo básico, en su mitad superior.

D) Comentario: Atendida la amplitud de la incriminación, entendemos que con esta disposición se abre una puerta para que entre bajo la rúbrica de terrorismo cualquier supuesto (siempre que se cumpla con la citada finalidad). Y los tribunales han utilizado con largueza esta posibilidad para cualificar como delitos de terrorismo todas aquellas conductas que, realizadas en el marco de una organización terrorista, no se encontraren comprendidas en los arts. 571, 572 y 573. Al menos esa ha sido la posición mantenida por la Audiencia Nacional que ha sancionado con la agravación del art. 574, entre otros, los delitos de: tenencia ilícita de arma de fuego del art. 564.1.1 y 2.1⁶⁵, delito contra la Corona en la modalidad de conspiración para matar al Rey de los arts. 485.1º, 488 y 17.1 CP, delito de falsificación en documento oficial, en la modalidad de fabricación de placa de vehículo de motor falsa de los arts. 392 y 390.2º CP⁶⁶.

De allí que el precepto exige una interpretación restrictiva en el sentido que la conducta típica debe estar constituida, en todos los casos, de infracciones que tengan relación con los fines perseguidos⁶⁷. Existen muchas infracciones en la Parte Especial que carecen de relación con los delitos de terrorismo (vrg. aborto, delitos sexuales, delitos contra las relaciones familiares). De allí que para la relevancia típica habrá que establecer su vinculación con la subversión del orden público o la grave alteración de la paz pública, que son los propósitos del agente.

No obstante, como de *lege data*, la incriminación es genérica y cualificada para todos y cada uno de los delitos y faltas sancionados en el CP, la ponderación de los hechos para realizar esta restricción lógica queda a criterio del Tribunal correspondiente; el que deberá decidir la idoneidad de la conducta para ser incriminada a título de terrorismo. Esto trae como consecuencia una pérdida en la seguridad jurídica, con lo que se transgrede dicho principio.

El exceso de amplitud del art. 574 trae como consecuencia el reconocimiento que la incriminación de las conductas a títulos de delitos de terrorismo, no se vincula necesariamente a la comisión de delitos de especial gravedad⁶⁸. Tanto es así que el legislador emplea el término “infracción” en lugar de “delitos”, y seguidamente para determinar la pena, menciona las “faltas”. Como se ha venido insistiendo en este capítulo, la cualificación como delito de terrorismo de una “falta” implica desconocer que el terrorismo es una de las más graves formas de criminalidad, razón por la cual la gravedad “del hecho” cometido debe ser, en todo caso, considerada para fundamentar el merecimiento de tan graves penas.

Por último, la amplitud de la incriminación plantea la posibilidad de que se produzcan problemas concursales, tal como los que se plantean en cada uno de los delitos examinados. Así, a veces nos encontraremos con la posibilidad de un concurso aparente de normas, que deberá resolverse conforme al art. 8 CP; y otras veces nos encontraremos con concursos de delitos

⁶⁴ En este sentido POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p.911.

⁶⁵ SAN de 30-3-1998, núm. 17/1998 (ARP 1998/2095)

⁶⁶ SAN de 18-5-1999, núm. 22/1999 (ARP 1999/2161).

⁶⁷ Así, PRATS CANUT, 1999, p. 1628, LAMARCA, C. 1999, p. 17, BARÓN QUINTERO, 1999, p.277, MIRANDA STRAMPES, M.1999, p. 1971.

⁶⁸ En esta opinión CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1234.

debiendo resolverse conforme a los arts. 73 a 77 CP, en función de los criterios asentados por el principio de “non bis in ídem”⁶⁹.

3. TIPOS AUTÓNOMOS DE COOPERACIÓN CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS.

3.1. TIPOS DE RECAUDACIÓN ECONÓMICA (ART. 575 CP)

Art. 575: “Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración”.

El precepto tipifica una forma específica de colaboración con las organizaciones terroristas que se define por el contenido material del apoyo a la organización. Dicha cooperación consiste en la realización de cualesquiera de los delitos contra el patrimonio, que serán cualificados como delitos de terrorismo en la medida que sean cometidos con fines de favorecimiento económico a las mencionadas organizaciones o a los fines que les son propios. De acuerdo a los términos de la incriminación pueden distinguirse dos supuestos alternativos:

- a) Atentar contra el patrimonio con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
- b) Atentar contra el patrimonio con el propósito de favorecer las finalidades de dichas organizaciones, esto es, la subversión del orden constitucional o la grave alteración de la paz pública.

La diferencia entre este tipo penal y los anteriormente examinados radica en lo no exigencia de los elementos típicos propios de los delitos de terrorismo: la pertenencia, colaboración o actuación al servicio de organizaciones terroristas, y la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Ello trae como consecuencia la dificultad de identificarle como un auténtico delito de terrorismo, como podrá advertirse a continuación.

A) Bien jurídico protegido.

En el art. 575 las notas características de los delitos de terrorismo no se encuentran presentes ya que, a diferencia de los tipos contenidos en los arts. 571, 572 y 573, no es necesario que el sujeto pertenezca, colabore o actúe al servicio de organizaciones terroristas (“Los que...”), ni tampoco que persiga las mismas finalidades de aquellas, bastando solo con que actúe para “allegarles fondos” o “favorecer sus finalidades”. Y si el terrorismo se define jurídicamente en el CP, al menos por el elemento finalístico de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, resulta difícil aceptar que el bien jurídico protegido en el presente tipo penal sea el ordenamiento constitucional democrático.

La conducta consiste en “atentar contra el patrimonio”. Parece ser que debe identificarse el objeto de tutela penal con los respectivos bienes que protegen los delitos contemplados en el título XIII del Libro II del CP, y no con el ordenamiento constitucional democrático, como sí lo es en los clásicos delitos de terrorismo. Excede los límites de esta investigación la discusión sobre la extensión del bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio, y el concepto mismo de éste. Baste señalar que en el Título XII se comienza por la infracción patrimonial básica que es el hurto, para continuar con los delitos de apoderamiento directo, los de apoderamiento fraudulento, las insolvencias (en las cuales ya comienza a ampliarse el significado del bien jurídico afectado), para llegar finalmente a los delitos relativos al mercado y

⁶⁹ PRATS CANUT. 1999, pp.1628-1629; CARBONELL MATEU, 1996 a), p.806.

a las sociedades mercantiles, donde el bien jurídico ya comienza a tener un sentido más económico que patrimonial⁷⁰.

Más allá de los típicos delitos de robos para financiar a la organización terrorista, se conoce que conforme avanzan las sociedades, éstas se van procurando toda una infraestructura destinada a encubrir las actividades ilícitas (creación de empresas, sociedades, etc.). Y el legislador responde, por tanto, creando un tipo penal ad-hoc para la sanción de este tipo de actos. Las dificultades que surgen para identificar el bien jurídico protegido por el art. 575 con el ordenamiento constitucional democrático, y el sentido económico y/o patrimonial que puede tener el que resulta inmediatamente afectado es, a nuestro parecer, una consecuencia necesaria del carácter de crimen organizado que el legislador atribuye al terrorismo.

B) Tipo Objetivo.

Para que el tipo se configure es indiferente que su autor pertenezca o sea integrante de una organización terrorista, basta que realice actos con el fin de “allegar fondos” o “favorecer sus finalidades”. De allí que, la calidad de *Sujeto Activo* puede tenerla cualquiera⁷¹, tanto el intraneus a la organización (perteneciente), como el extraneus a ella, sea colaborador, sea que actúe al servicio, o en ninguna de estas calidades siempre que actúe con el propósito de favorecer económicamente o ayudar a la consecución de las finalidades propias de las organizaciones terroristas.

Por las razones señaladas en torno al bien jurídico protegido, el *Sujeto Pasivo* se identifica en este caso ya no con la sociedad, sino con los titulares de los bienes jurídicos patrimoniales protegidos⁷², lo que se encuentra en directa relación con la imposibilidad de identificar claramente como objeto de tutela penal, al ordenamiento constitucional democrático, bien jurídico que es el que, por excelencia, protegen los delitos de terrorismo.

La acción consiste en “atentar contra el patrimonio”⁷³ debiendo hacerse la remisión normativa correspondiente a “cualesquiera”⁷⁴ de los delitos contra el patrimonio previstos en el Título XIII, del Libro II, del CP, a saber: *hurtos* (arts.234 ss.); *robos* (arts.237 ss.); *extorsión* (art.243); *robo y hurto de uso de vehículos* (art.234); *usurpación* (arts.245 ss.); *defraudaciones* (estafas, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogos, arts.248 ss.); *insolvencias punibles* (arts.257 y ss.); *alteraciones de precios en concursos y subastas públicas* (arts. 262 y ss.), delitos de *daños* (art. 263 y ss.), *delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores* (arts.270 ss.), *delitos societarios* (arts.290 ss.), etc.

Como puede observarse, el abanico de posibilidades delictivas se amplía tanto que, en teoría, podrían ser calificados como delitos de terrorismo, conductas que poco o nada parecen tener que ver con el fenómeno. Por otra parte, el hecho de que el legislador deje abierto el tipo penal con la expresión “atentaren contra el patrimonio” permite, a juicio de alguna doctrina⁷⁵, encuadrar aquí la conducta del llamado cobro del *impuesto revolucionario*, dentro del tipo penal de extorsión. En nuestra opinión, y según el examen realizado anteriormente, las conductas que se realizan en el marco del coro del impuesto revolucionario son técnicamente delitos de

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G. “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp.473 y ss.

⁷¹ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 912, BARÓN QUINTERO, 1999, p.277. SAN de 29-9-1987, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 581, CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 805, LAMARCA, C. 1999, p. 17, MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p.1971.

⁷² Así lo consideran LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.581.

⁷³ LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 581, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1971.

⁷⁴ En esta interpretación, POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 912, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1971.

⁷⁵ Así LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.581.

“amenazas” del art. 572 del CP⁷⁶, o bien actos de colaboración con banda armada, cuando se tratare de la “mediación”, expresamente tipificados en el art. 576 CP.

Al igual que ocurre en el caso del art. 574, estimamos que, en este sentido, el precepto reclama una interpretación que diga relación con conductas afines al mismo, como por ejemplo, el delito de robo a objeto de proveer de la infraestructura necesaria a la banda armada.

C) Tipo subjetivo

El dolo (genérico) consiste en el conocimiento y voluntad de atentar contra la propiedad, y por tanto, deberá verse las especificidades de cada una de las conductas susceptibles de ser calificadas como delitos de terrorismo. Por ejemplo, robos, hurtos, usurpaciones, etc.

Lo más importante radica en los elementos subjetivos de lo injusto. El legislador ya no exige la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sino una doble intención alternativa: “allegar fondos” o “favorecer sus finalidades”. Por “allegar fondos” entendemos, una especie de favorecimiento económico directo a la actividad terrorista. Por “favorecer sus finalidades” entendemos sus *finalidades delictivas*⁷⁷, y no necesariamente las finalidades propias de las organizaciones terroristas, a que se refiere el art. 571. De esta forma, la conducta de atentar contra el patrimonio no necesariamente tiene que perseguir las finalidades propias del terrorismo⁷⁸, sino que, como acierta POLAINO NAVARRETE⁷⁹ puede sustanciarse en una sola: favorecer económicamente a la actividad terrorista, sea de manera directa, allegando fondos a las organizaciones terroristas, o bien indirectamente, recaudando dichos fondos para fomentar por sí las finalidades que éstas persiguen.

Así, el legislador decae en su pretensión de elevar a rango de primacía al elemento teleológico en la definición jurídica del terrorismo, y por el contrario parece estar dando mayor valor al elemento organizativo. Lo que importa no es ya la finalidad política en el terrorismo, sino la “organización criminal”. Otra manifestación de que el terrorismo es considerado – erradamente- una forma de crimen organizado.

Las finalidades que el legislador exige son verdaderos elementos subjetivos de lo injusto⁸⁰ en el entendido que matizan el dolo con una especial intención o propósito. Pero a diferencia de los delitos de terrorismo hasta ahora examinados, son *elementos de tendencia interna trascendente*, por la siguiente razón:

De acuerdo a los términos de la incriminación, el legislador está anteponiendo en la conducta, la finalidad o propósito. No dice “los que atentaren contra el patrimonio...”, sino “los con el fin de allegar fondos... o con el propósito de favorecer...”. Esto implica que ha de existir en el autor la “intención” de contribuir económicamente a la banda armada u organización terrorista, independientemente de que lo logre o no. Esto es, para que el tipo penal se perfeccione basta con atentar contra el patrimonio con dicha intención, independientemente de que la organización terrorista se vea efectivamente lucrada. De allí que el tipo penal in comento se configure como una hipótesis de *delito intencional de resultado cortado*⁸¹.

D) Naturaleza y clasificación del delito:

⁷⁶ En esta interpretación también MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p. 1973.

⁷⁷ En esta interpretación LAMARCA, 1999, p. 17. Similar POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 912.

⁷⁸ En esta interpretación, PRATS CANUT, 1999, p. 1629.

⁷⁹ Similar POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 912.

⁸⁰ MIRANDA STRAMPES, M. 1999, p. 1972, POLAINO NAVARRETE, 1997, p. 912, LAMARCA, 1999, P.17., LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.581.

⁸¹ POLAINO NAVARRETE, 1997 a), p. 912.

1.- De acuerdo a las *modalidades de la parte objetiva*, nos encontramos ante un *delito de mera actividad* ya que su consumación se produce cuando se atenta contra el patrimonio, independientemente de que lleguen a conseguirse los bienes patrimoniales, o que la organización terrorista se vea efectivamente favorecida⁸². Será de acción o de omisión, instantáneo, permanente o de estado según el tipo de conducta que se ejecute (hurto, estafa, etc). La multiplicidad de conductas que pueden integrar el tipo penal lo determina como un delito de medios alternativos.

2.- En su relación con el bien jurídico hay que precisar que el tipo penal se configura como un delito de peligro concreto para los bienes jurídicos patrimoniales, y como un delito de peligro abstracto respecto del ordenamiento constitucional democrático.

Si atendemos al tenor literal veremos que se emplea la frase "...atentaren contra el patrimonio", de donde resulta que la consumación se produce con independencia del resultado material que consistiría en apropiarse de los bienes. Incluso alguna doctrina ha estimado que podría decirse que se tipifica la tentativa de un delito patrimonial⁸³. Siendo así, nos encontraríamos ante un resultado de peligro en relación a los bienes patrimoniales. La contribución a la mantención de la estructura organizativa contribuye indirectamente a la lesión del bien jurídico colectivo. No es el delito patrimonial cometido el que va a afectar a dicho bien, ni siquiera la existencia de la asociación ilícita. Lo que realmente puede producir un resultado de peligro para el ordenamiento constitucional democrático es la comisión de auténticos delitos de terrorismo (p.ej. un delito de estragos en el que resultan lesiones o muerte de personas).

En la doctrina, la opinión mas clara a este respecto, la proporciona MIRANDA STRAMPES, para quien, la acción de atentar contra el patrimonio del art. 575 "se traduce, frecuentemente, en la realización de delitos de robo con la finalidad de obtener dinero para hacer frente a las necesidades de la banda armada, organización o grupo terrorista (p.ej. la compra de armamento)"⁸⁴. La comisión de un delito contra el patrimonio adquiere, por tanto, el carácter de "*medio*" para facilitar la comisión de auténticos delitos de terrorismo.

3.- De acuerdo a *las modalidades de la parte subjetiva*, es un tipo incongruente por exceso subjetivo. Técnicamente se corresponde, como se ha dicho, con un delito intencional de resultado cortado.

E) Penalidad: el concurso con el art. 576.

Si la intención que se exige en este delito es la de favorecer la actividad terrorista, no cabe duda que el tipo penal contenido en el art. 575 constituye un auténtico, pero específico, acto de colaboración⁸⁵, que perfectamente podría encuadrar dentro de la incriminación genérica "cualquier acto de colaboración" que señala el art. 576. De hecho el art. 575 no describe otra cosa que una conducta de favorecimiento a las organizaciones terroristas, entendiendo que éstas se definen, según el art. 571, por la finalidad que persiguen. Por ello es que resulta incomprensible el recurso del legislador relativo al concurso para la determinación de la sanción aplicable. En el art. 575 se señala que la pena será la superior en grado a la que correspondiere por el delito patrimonial cometido, y que ella se impondrá "sin perjuicio" de la que corresponda por el acto de colaboración.

Esto significa que el legislador quiere establecer un concurso real entre el art. 575 y el

⁸² MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1972, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 582.

⁸³ Así LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 582.

⁸⁴ MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1971.

⁸⁵ Así la doctrina mayoritaria CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1234, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1971, PRATS CANUT, 1999, p. 1629, CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 805.

art. 576, que se resolvería en base a la acumulación de penas. La doctrina mayoritaria⁸⁶ estima que esto supondría una clara vulneración al principio de non bis in ídem porque el sujeto al actuar contra el patrimonio teniendo la finalidad de “favorecer” la actividad terrorista, implícitamente está realizando un acto de colaboración. Esto es, el plus de desvalor que comporta la colaboración con banda armada, o el facilitar sus finalidades, ya se encuentra contemplada en la agravación prevista en el art. 575, razón por la cual, la infracción al non bis in ídem nace desde el momento en que se pretende sancionar además por el acto de colaboración previsto en el art. 576.

Por esta razón, deberá atenderse a la naturaleza del acto de colaboración. Si el sujeto colabora en el delito patrimonial cometido, la conducta deberá ser castigada en relación a éste delito y no otro, sea como autor o partícipe. Solo cuando el acto de colaboración no puede vincularse a ningún delito concreto, cabría aplicar el art. 576⁸⁷.

Para CARBONELL MATEU, y como lege ferenda, lo más adecuado sería asimilar los delitos contra el patrimonio llevados a cabo con la finalidad típica, a los actos de terrorismo, distinguiendo según si el sujeto pertenece o no a banda armada. En nuestra opinión, lo más adecuado sería eliminar los delitos contra el patrimonio toda vez que no consideramos que la propiedad sea un bien jurídico merecedor de una agravación punitiva como la que tienen los delitos de terrorismo. Argumentamos esta consideración en el hecho de constituir los delitos contra el patrimonio, un “medio” para la comisión de otros delitos, debiendo resolverse mediante la vía del art. 77 del CP, que señala que cuando una de las infracciones (vr.gr. robo de vehículo) sea el medio necesario para cometer la otra (vr. gr. delito de secuestro terrorista), deberá aplicarse la pena prevista para la infracción más grave, a menos que exceda la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3.2. DELITOS DE COLABORACIÓN CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS (Art. 576)

Art. 576: 1. *Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.*

2. *Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes, instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos, depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.*

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.”

A diferencia de lo que ocurre en los arts. 571.572 y 574 la colaboración en este precepto (art. 576) se tipifica como un delito autónomo⁸⁸, especial y cualificado⁸⁹, sancionando actos que en sí mismos no son conductas constitutivas de delitos, sino más bien actos de favorecimiento de la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Sigue en este sentido

⁸⁶ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.805, LAMARCA, C. 1999, p. 18, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1971, PRATS CANUT, 1999, p. 1629, LUZÓN CUESTA, 1998, p. 362.

⁸⁷ En este sentido, LAMARCA, 1999, p.18.

⁸⁸ LAMARCA, 1985, p.249, GARCÍA PABLOS, 1978, pp.270-271. Así también la jurisprudencia STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*)

⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, 1981, p. 408, LAMARCA, 1985, p. 249.

una tendencia común en la legislación comparada y en la española desde el DL 10/1975. La jurisprudencia les conceptualiza como “actos preparatorios especialmente castigados como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla de impunidad de tales actos... radica en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas, con desvinculación del hecho delictivo concreto⁹⁰.

A) Tipo Objetivo.

A.1.- El *sujeto activo* es un extraneus⁹¹ a la banda armada, organización o grupo terrorista, y que se diferencia del integrante o perteneciente en que no forma parte de la organización, pero contribuye o ayuda mediante la ejecución de delitos a los objetivos y propósitos perseguidos por la misma, es decir, al desarrollo de su estrategia que se orienta por la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública⁹². No es aplicable este precepto a los casos de colaboración en el terrorismo individual del art. 577, el que se rige por las reglas generales de participación criminal⁹³.

Parece ser que estamos frente a una extensión de las modalidades de participación en las asociaciones ilícitas que responde a los lineamientos político criminales que orientan la legislación antiterrorista en orden a la agravación de la pena supliendo la falta de pruebas mediante la ampliación del ámbito de la responsabilidad criminal⁹⁴. Si decimos que el sujeto activo es un “extraneus” a la organización, significa que no hace falta probar la pertenencia o integración en banda armada, y que por tanto, el tipo penal tiene un carácter subsidiario, y está “pensado para fundamentar la responsabilidad criminal de quienes no pueden ser considerados ni meros individuos, ni miembros activos, ni dirigentes”⁹⁵.

A.2.. La *conducta típica* consiste en “llevar a cabo”, “recabar o facilitar” actos de colaboración. La doctrina mayoritaria⁹⁶ ha interpretado la norma como “realización de conductas de colaboración”, siendo mas preciso en este aspecto que el art. 174 bis) del anterior CP en el que no se sancionaba “la prestación de actos de colaboración, sino el obtenerlos, recabarlos o facilitarlos”⁹⁷. Modestamente entendemos que no es ésta la interpretación que debe darse al precepto, ya que, si bien es cierto, parece más preciso que el CP anterior en orden a contemplar la “realización” de dichos actos, mantiene la posibilidad de castigar una colaboración genérica⁹⁸, desde que se sanciona tanto al que “lleve a cabo actos de colaboración”, como al que “los recabe o facilite”, con lo que continúa produciéndose la situación que un sector de la

⁹⁰ SSTS 2-2-1987 (RJ 1987/1181). En el mismo sentido, SSTS 17-3-1983, 21-12-1983, 8-4-1985, 23-6-1986. Así también en la doctrina LAMARCA, 1989, p. 966, MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783, PRATS CANUT, 1999, pp. 1630-1631.

⁹¹CARBONELL MATEU, 1996 a), pp.802-803, LAMARCA,1985, p.251, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1228; FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.347; BARÓN QUINTERO, 1999, p.278, GARCÍA PABLOS, 1978, p.271, MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1972.

⁹²CARBONELL MATEU, 1996 a), pp.802-803. Similar, LAMARCA, 1999, p.12. CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1228; FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.347. SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197).

⁹³ En esta interpretación MUÑOZ CONDE, **DP.PE.** 1996, p.783. Supra además Cap. VI: 3.2. Legislación española: La conducta, b.- actos realizados por sujetos no relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

⁹⁴ Así LAMARCA, 1985, pp. 248-250.

⁹⁵ Así GARCÍA PABLOS, 1978, p. 278.

⁹⁶ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.802, MUÑOZ CONDE, **DP.PE.**, 1996, p.782, PRATS CANUT, 1999, p.1630, LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1973.

⁹⁷ En esta interpretación, ARROYO ZAPATERO, 1985, p.163.

⁹⁸ En esta interpretación CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1235. Similar L'COPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN, 1996, p.205.

doctrina⁹⁹ cree superada en orden a la calificación y sanción de la conducta de quien realiza auténticos actos de colaboración frente a quien solamente se limita a recabar o a facilitar cualquier otro acto de colaboración que es llevado a cabo por otra persona, ya que ambos responderían por el tipo agravado del art. 576 del CP.

Así, no parece feliz la redacción del precepto en orden a la utilización del vocablo “recabar” ya que éste puede ser interpretado de maneras distintas. Recabar según su significado natural y obvio significa: 1. “alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que se desea”, 2. “pedir, reclamar algo alegando o suponiendo un derecho”, y 3. “recoger, recaudar, guardar”. De acuerdo a este significado, colaborador es, p.ej. tanto quien solicita la información o ayuda, como quien la guarda o recopila, conductas que, a nuestro entender, difieren en su desvalor ya que, naturalmente no puede ser lo mismo la conducta de quien “meramente solicita” ayuda para una organización terrorista, como quien *efectivamente* “ayuda o colabora recopilando y guardando información”, según veremos después de mencionar qué actos han sido considerados jurisprudencialmente como colaboración.

Cuando decimos que el colaborador ayuda a los fines u objetivos de la organización puede plantearse en problema en torno a la posibilidad de estar sancionando con esta norma la adhesión a determinada postura ideológica. La jurisprudencia ha indicado que en caso alguno se produciría esta situación ya que la esencia del delito de colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas consiste en poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, es decir, “acciones que, realizadas voluntariamente... facilitan cualquiera de las actividades de la organización..., y no solamente las acciones armadas”, con prescindencia de la prosecución o adhesión a determinados objetivos políticos o ideológicos. En suma, lo que se sanciona es el “poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia”¹⁰⁰.

En palabras de la doctrina, la colaboración que se sanciona es aquella que se traduce en actos materiales¹⁰¹, y que tiene una finalidad próxima o inmediata, llegando a ser irrelevante la colaboración con la finalidad mediata (política)¹⁰². Sin embargo esto no parece quedar tan claro atendida la redacción del precepto ya que se refiere a “cualquier acto de colaboración con las actividades ‘o’ las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”, que normalmente se traducirán en actos preparatorios- impunes por regla general- fuera de contener elementos genéricos (“cualquier otro acto”) que atentan contra el principio de taxatividad de las normas. El abanico posible de actividades delictivas puede desplegarse entonces contemplando la posibilidad de un acto preparatorio que tiene por objeto favorecer la actividad de la organización terrorista, o bien actos preparatorios que tienen por objeto favorecer su finalidad. Tratándose de esta última opción hay que hacer presente que nos encontraríamos ante una doble excepcionalidad en material penal y que no puede admitirse en un Estado de derecho, y que es el castigo de un acto preparatorio por la sola finalidad política perseguida.

De lege ferenda estimamos que no puede admitirse que se sanciona en este precepto la exclusiva colaboración con los fines mediatos o últimos de la organización, la incriminación penal ha de dirigirse hacia una efectiva colaboración en actividades delictivas, y ha de tratarse de actos idóneos o eficaces para lesionar el bien jurídico protegido, ordenamiento constitucional democrático. Lo contrario implicaría aplicar un verdadero derecho penal de autor ya que se estaría sancionando el mero deseo del sujeto o la mera intención de que se cumplan las

⁹⁹ Para CARBONELL la nueva regulación del art. 576 subsana este defecto. CARBONELL MATEU, 1996 a), p.806. Similar, MUÑOZ CONDE, 1996, p.782, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1973.

¹⁰⁰ STS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999\1281), STS de 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997\6970).

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, DP.PE. 1996, p.783, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235.

¹⁰² DE PRADA SOLAESA, 1996, p. 76.

finalidades perseguidas por el terrorismo. Como ha puesto de manifiesto Carmen LAMARCA, “el título básico para la incriminación del terrorismo no es su finalidad política, sino la actividad que el mismo diseña y ejecuta para obtenerla. Por consiguiente, la única colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre esa actividad delictiva”¹⁰³, cuestión que también ha entendido la jurisprudencia desde que estima atípica “la disposición a prestar la colaboración concretada en intenciones, ya que la tipicidad de estas conductas requieren algo más, que sobrepase de la mera intención o afinidad ideológica”¹⁰⁴.

Finalmente, cabe destacar que, de acuerdo a la redacción del art. 576, subsiste la posibilidad de considerar el favorecimiento a las actividades o finalidades de las organizaciones terroristas a través de una conducta omisiva¹⁰⁵. Hemos puesto como ejemplo que se equiparan las conductas del que “solicita” información y del que la “recoge o guarda”, todo ello a consecuencia del verbo rector “recabar”. Como ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia, el delito de colaboración no admite la comisión por omisión, ya que se exige un comportamiento activo por parte del sujeto en donde la posición de garante resulta irrelevante¹⁰⁶. Es en este sentido que constituye un acierto del legislador la intención de deslindar el favorecimiento en torno a la “realización de actos”, ya que permite reafirmar esta tesis. Sin embargo, no deja de ser innecesaria y confusa la redacción casuística de la norma (“recabar”, “facilitar”) ya que solo puede haber colaboración cuando hay conducta principal.

A.2.a. Conductas de colaboración.

El nº2 del art. 576 contiene una enumeración de los supuestos de colaboración, que según la doctrina mayoritaria¹⁰⁷, mas bien tiene un valor ejemplificativo ya que finaliza con una cláusula abierta: “cualquier otra forma *equivalente* de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género”, que en todo caso es más precisa que la contenida en el antiguo art. 174 bis a) que hacía referencia a “cualquier otro acto de colaboración”. De todas maneras, se trata de un tipo penal abierto contrario al principio de tipicidad, ya que su contenido es vago, difuso, y difícilmente determinable. Es preciso interpretar de maneras restrictiva entendiendo que, la aplicación de esta cláusula de ampliación debe ir acompañada de una motivación acerca de la conducta que se considera equivalente y el por qué de esta equivalencia¹⁰⁸.

Los actos de colaboración han de ser idóneos y “potencialmente” eficaces para los fines y actividades de la banda armada, organización o grupo terrorista¹⁰⁹, puesto que en caso contrario desaparecería cualquier referencia al desvalor de resultado. Es este sentido de “eficacia” y “potencialidad” que estimamos ha de dársele a la expresión “cualquier otra forma de cooperación equivalente”, cuyo fundamento no parece ser otro que el de reducir al máximo toda forma de apoyo posible para una banda armada, organización o grupo terrorista¹¹⁰.

¹⁰³ LAMARCA, 1985, p. 254, similar en ob. cit. 1989, p.966. También POLAINO NAVARRETE, 1997, p. 912.

¹⁰⁴ STS 9-3-1990.

¹⁰⁵ Para GARCÍA PABLOS es posible admitir la comisión por omisión dependiendo de la calidad de la posición de garante del sujeto activo. GARCÍA PABLOS, “*Delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas*”, en *Escritos Penales*, Ed. Bosch, 1984, pp. 357 y ss.

¹⁰⁶ En esta posición LAMARCA, 1985, pp. 251 y ss, ARROYO ZAPATERO, 1981, p.411. En Contra sosteniendo la posibilidad de sancionar la conducta omisiva cuya viabilidad dependerá de la intensidad que pueda tener la situación de garante

¹⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, 1997, p. 913, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.806, MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783, PRATS CANUT, 1999, p. 1630, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1973.

¹⁰⁸ PRATS CANUT, 1999, p.1630.

¹⁰⁹ SSTS, 17-3-1983 (RJ 1983/2142), 21-10- 1983 (RJ 1983/ 4775), 23-6-1986 (RJ 1986/3185), 2-2-1987 (RJ 1987/1181), 24-1 1992 (RJ 1992/ 441), 18-10-1993 (RJ 1993/7789). En la doctrina PRATS CANUTS, 1999, p.1631, LAMARCA, 1985, p.251.

¹¹⁰ STS 2-2-1993. Cfr. BARÓN QUINTERO, 1999, p.279, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER, 1998, p.355.

Estos actos relevantes para un eficaz favorecimiento, deben encontrarse desligados de un acto terrorista determinado, pues si se realiza éste en conexión con el favorecimiento, ya entra la conducta en el área de la participación criminal (encubrimiento, cooperación necesaria o complicidad) del delito concreto cometido, que absorbe la colaboración, en el caso de estar más gravemente penado¹¹¹. El delito de colaboración a efectos del art. 576 del CP solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, siendo un error limitarle a los exclusivos supuestos de colaboración en actividades armadas¹¹². Al ser acciones de las denominadas “funcionalmente terroristas”¹¹³, el tipo despliega su más intensa funcionalidad en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Luego, es una colaboración genérica que no se vincula causalmente a la producción de un resultado delictivo concreto¹¹⁴.

Deben descartarse, por tanto, los actos de ejecución material que darían lugar a la colaboración a que se refieren los arts. 571, 572, 574 del CP¹¹⁵, y también los actos de colaboración psicológica, simple apoyo o respaldo moral¹¹⁶, ya que, como ha señalado la jurisprudencia la colaboración debe encontrarse en relación con las actividades y finalidades de la banda armada, organización o grupo terrorista¹¹⁷, siempre que no llegue a alcanzar el rango de pertenencia a la asociación ilícita terrorista tipificada en el art. 515.2 y sancionada en el art. 516 CP. Ello porque, según lo señala la jurisprudencia, la diferencia entre la integración en banda armada (asociación ilícita) y la colaboración a ella, reside en el hecho de que la integración se configura normalmente a través de actos de cooperación a sus fines de forma permanente. En cambio, la colaboración si bien se exterioriza en actividades de esta misma naturaleza, no revelan una integración en la organización armada, con carácter de permanente¹¹⁸. Sin embargo, a juicio de la jurisprudencia nada obstaría para que pudiera condenarse por el delito de colaboración con banda armada existiendo acusación por un delito de pertenencia a ella¹¹⁹.

La jurisprudencia ha enfatizado que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la organización armada, tanto si es una información específica sobre una víctima determinada, como si se trata de informaciones genéricas sobre víctimas posibles e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda¹²⁰. Desglosando el precepto podemos obtener las siguientes modalidades de colaboración:

1.- *Información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones.* Así la jurisprudencia ha considerado actos de colaboración: a) La obtención de datos de miembros de las fuerzas y

¹¹¹ SSTS 17-3-1992, (RJ 1992\2147), 26-1-1993 (RJ 1993/181), 18-10-1993 (RJ 1993/7789), 15-2-1994 (RJ 1994/1419). SAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197), En la doctrina FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER o otros, 1998, p. 350, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1973.

¹¹² SSTS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999\1281), 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997\6970), STS 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997\6970).

¹¹³ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235

¹¹⁴ Así la jurisprudencia: SSTS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999\1281), 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997\6970), 27-6-1994, 8-4-1995, 22-3-1995, 18-10-1993 (RJ 1993/7789), 16-5-1995, 6-7-1990, SSAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197), 22-6-1998, núm. 37/1998 (ARP 1998/3024), y la doctrina: CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1235, BARÓN QUINTERO, 1999, p.278, PRATS CANUT, 1999, p.1630.

¹¹⁵ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.806.

¹¹⁶ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235, MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783.

¹¹⁷ STS 2-2-1987 (RJ 1987/1181).

¹¹⁸ STS 15-2-1991 (RJ 1991/1070).

¹¹⁹ SSTS 15-2-1991 (RJ 1991/1070), 16-5-1995 (RJ 1995/4484).

¹²⁰ STS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999\1281), STS de 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997\6970)

cuerpos de seguridad, siempre que se haga con el objeto de traspasarlos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas¹²¹. En este sentido, salvo excepciones¹²², la jurisprudencia ha tendido- correctamente- a vincular la obtención de la información al acto concreto de colaborar con la organización mediante el traspaso de ella, aunque esto no le priva de su carácter de mero acto preparatorio, tema al que nos referiremos más adelante, b) Recabar información al servicio de la organización o grupo terrorista para ejecutar un delito de asesinato¹²³, y c) Facilitar información sobre determinadas personas y al servicio de la organización terrorista¹²⁴, ya genéricamente o para ejecutar otros delitos como lesiones o secuestro¹²⁵.

2.- *La construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos.* Así, la preparación de escondites y la posesión de armas para banda armada, esto es, prestar apoyo logístico para favorecer las actividades de la banda armada u organización terrorista¹²⁶.

3.- *La ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.* Y en este sentido la jurisprudencia estima que son actos de colaboración: a) Dar alojamiento u ocultar a personas vinculadas a las bandas armadas¹²⁷, que determina que una forma concreta de participación criminal, el encubrimiento, sea considerado un acto de colaboración, como excepción a las reglas generales sobre participación criminal, b) El traslado de personas vinculadas a bandas armadas¹²⁸, que presenta la misma situación anterior.

4.- *La organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas,* conducta que estimamos parece mas bien ser propia de integrantes de una banda armada u organización terrorista, y no de colaboradores.

5.- *En general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género.*

Valiéndose de cláusulas abiertas como ésta la jurisprudencia ha considerado punibles conforme a esta figura delictiva: a) La conducta de transmisión de mensajes entre integrantes de la banda¹²⁹, b) La solicitud de colaboración en la liberación de un preso integrante de banda armada conducta que a juicio de la jurisprudencia realizaría el tipo pues “la libertad de los componentes de la organización armada...sirve directamente al mantenimiento de la misma, en la medida en la que es condición de existencia de ésta que sus integrantes tengan capacidad de actuación”¹³⁰, c) Prestar apoyo económico para favorecer la actuación de la banda armada u

¹²¹ STS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999/1281), STS 22-3-1995, STS 17-3-1997, SAN 22-6-1998, núm. 37/1998 (ARP 1998/3034)

¹²² STS de 17-3-1997. Ponente, Sr. Enrique Bacigalupo Zapater: “es pertenencia a banda armada la conducta del que durante largo espacio de tiempo facilita información a ETA sobre policías y guardias civiles”.

¹²³ STS 5-3-1987

¹²⁴ STS 5-5-1987.

¹²⁵ SAN 2-6-1998, núm. 30/1998 (ARP 1998/3076).

¹²⁶ SSTS de 25-4-1997, 8-1995, 18-10-1993 (RJ 1993/7789),

¹²⁷ SSTS 6-7-1990, 26-1-1993 (RJ 1993/181), 18-10-1993 (RJ 1993/7789), 14-05-1999, núm. 772/1999 (RJ 1999/5391), SAN de 24-6-1999, núm. 24/1999 (ARP 1999/2197), SAN 17-3-1998, núm. 6(1998 (ARP 1998/2098).

¹²⁸ SSTS 18-10-1993 (RJ 1993/7789), 26-1-1993 (RJ 1993/181), 14-05-1999, núm. 772/1999 (RJ 1999/5391)

¹²⁹ STS de 25-11-1995.: “dada la amplitud a la que el...artículo define la colaboración con banda armada, es claro que la transmisión de mensajes entre integrantes de la banda implica una aportación que contribuye al funcionamiento de la misma...”. En igual sentido STS de 16-2-1999, núm. 197/1999 (RJ 1999/1281), STS de 10-10-1997, núm. 1230/1997 (RJ 1997/6970)

¹³⁰ STS 2-2-1993. Cfr. FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.354 y ss, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 278.

organización terrorista¹³¹, d) La redacción de un manual de instrucciones sobre preparación de explosivos¹³², e) La mediación en la detención ilegal¹³³, d) La difusión de videocintas continentales de la propuesta al gobierno de una organización terrorista por parte de una asociación política legal en plena campaña electoral¹³⁴.

El fundamento político criminal de la utilización de esta cláusula abierta reside en “la necesidad de defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social...frente a la irracionalidad de la actividad terrorista...porque la prevalencia de aquellos bienes personales y comunitarios obliga a anticipar la barrera de protección penal”¹³⁵.

En nuestra opinión, el carácter de *numerus apertus* de la cláusula in comento, supone la utilización de un concepto vago y no “ejemplificativo” como ha sostenido el TS¹³⁶. Es justo reconocer que en relación a la anterior legislación parece mostrar mayor determinación con el empleo de la expresión “cualquier otra forma de cooperación *equivalente*”, sin embargo ello no significa que permita determinar con claridad cuáles son las acciones prohibidas, como exige el principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE) y el de seguridad jurídica. Si a ello sumamos la existencia en el precepto de penas únicas para los actos de colaboración, prisión de cinco a diez años y multa (art. 576.1) y prisión de siete y medio a diez años (art. 576. 2) nos encontraremos con situaciones en las que muchas veces en los denominados actos genéricos de colaboración el desvalor de la conducta no tendrá una entidad suficiente como para merecer una sanción tan significativa, por lo que podría llegar a existir también una infracción al principio de proporcionalidad. Pensemos por ejemplo, en actos que entran mas bien en el ámbito de la libertad de expresión e información y que el TS ha calificado como “actos de colaboración con banda armada”¹³⁷.

De allí que dicha cláusula abierta deba interpretarse considerando el núcleo de la conducta típica y que es el concepto de colaboración entendido como “actos de favorecimiento” a las “actividades terroristas”, por cierto, no meramente como adhesión a sus finalidades, lo que no obstante, poco o nada ayuda a la delimitación de las conductas que han de considerarse como actos de favorecimiento convirtiendo a esta cláusula en un “verdadero cajón de sastre” para la incriminación de conductas constitutivas de actos preparatorios (impunes) o de encubrimiento, y cuya existencia ayuda a soslayar problemas de prueba, especialmente cuando no puede probarse la pertenencia a una organización terrorista, o el favorecimiento a un delito determinado¹³⁸.

Todas estas conductas heterogéneas se encuentran sancionadas con la misma y severa penalidad (cinco a diez años de prisión y multa). El legislador parece otorgar el mismo desvalor de acción a actos disímiles¹³⁹. Entendemos que es distinto el desvalor de acción de quien obtiene datos de ciertas autoridades y los traspasa a organizaciones o bandas armadas (que ya en sí es un acto preparatorio, supuesto que la organización ni siquiera ha manifestado al autor de la colaboración si va a cometer o no delito) del desvalor de acción de quien meramente solicita la

¹³¹ STS 4-4-1998.

¹³² STS 24-1-1992 (RJ 1992/441). Cfr. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.403 y ss.

¹³³ SSAN de 14-11-1993, núm. 19/1993, 3-2-1994, núm. 5/1994, STSJ del País Vasco de 28-3-1994,

¹³⁴ STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional HB*).

¹³⁵ STS de 8-3-1995 (RJ 1995/1910)

¹³⁶ STS 29-11-1997, núm 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional HB*),

¹³⁷ STS 29-11-1997, núm 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional HB*),

¹³⁸En esta última interpretación y a propósito de la cláusula genérica contenida en el art. 174 bis a) CP 1973; LAMARCA, C. “*La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*”, en *JpD* nº20, 3/1993 b), pp.51- 65., esp. p.56.

¹³⁹ En interpretación similar: LÓPEZ GARRIDO- GARCÍA ARÁN, 1996, p. 205, MUÑOZ CONDE, DP.PE. 1996, p.782.

colaboración para una evasión de presos, conducta que perfectamente puede entrar en el ámbito de la cláusula abierta antes explicitada. Nos encontramos una vez más ante una extensión de la punibilidad de actos que en principio son impunes, resultando inadmisibles desde el derecho penal garantista que sea sancionada tan severamente (cinco a diez años de prisión y multa) la mera solicitud que en todo caso debía ser calificada como tentativa de evasión de presos cuando se hubiere iniciado la ejecución. Pareciera ser que se utiliza la legislación antiterrorista para salvar otros problemas relativos al grado de desarrollo del delito porque si la ejecución no se ha iniciado, la conducta puede ser tipificada como delito de colaboración con banda armada.

B) Tipo Subjetivo.

La colaboración precisa la concurrencia de dolo, entendiendo que éste se presenta cuando se tiene conciencia de que con la acción se está contribuyendo al favorecimiento de los fines y logros de la organización¹⁴⁰. Es necesario por tanto, además de la idoneidad de los actos y su potencial eficacia, para un debido respeto al principio de culpabilidad, que exista conciencia de ese favorecimiento y de la finalidad perseguida por el terrorista, y además la voluntad o intención preeminente de prestar ayuda, contribuir o beneficiar a una banda armada o grupo terrorista, pero desligados de un acto terrorista determinado. Se trata de un “dolo de cooperación, contribución o ayuda”¹⁴¹.

La existencia de otros móviles, p.ej. relación personal entre el colaborador y la persona concreta con la que se colabora, o los móviles altruistas y pietistas, no elimina el dolo ya que éste se satisface con la conciencia de colaborar con miembros de una organización terrorista en cuanto tales y por causa de esa pertenencia, favoreciendo sus finalidades, “independientemente de la concurrencia de una posible relación personal previa o vínculos de afectividad”¹⁴². La relación de afectividad solo puede ser considerada en cuanto atenuante o agravante genérica o específica que lo recoja¹⁴³, y los móviles altruistas o pietistas en cuanto eximente incompleta de estado de necesidad, cuestión que en ocasiones ha sido negada por la jurisprudencia¹⁴⁴. Empero, es necesario para que se de el tipo penal que la colaboración se traduzca en actos eficaces para el favorecimiento delictivo¹⁴⁵. Si el dolo no concurre, la acción debe reputarse atípica por carecer de antijuridicidad¹⁴⁶, lo que ocurre cuando la colaboración se presta bajo presión o amenaza (caso del impuesto revolucionario).

C) Naturaleza y clasificación del delito:

¹⁴⁰ Así, SSTS de 17-3-1983, 21-10-1983, 21-12-1983, 8-4-1985, 23-6-1986 (RJ 1986/3185), 2-2-1987 (RJ 1987/1181), 4-4-1988, 6-7-1990, 24-1-1992 (RJ 1992/441), 21-7-1993, 18-10-1993 (RJ 1993/7789), 8-3-1995, 17-3-1997, 29-11-1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*), de 14-05-1999, núm. 772/1999 (RJ 1999/5391). SSAN 24-6-1999, núm 24/199 (ARP 1999/2197), de 4-06-1999, núm. 124/ 1999 (ARP 1999/2194). Así también en la doctrina: CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235, MUÑOZ CONDE, 1996, p.783, LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, PRATS CANUT, 1999, p.1631, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.347 y 404-405, LAMARCA, 1989, p.966, 1985, p.252; BARÓN QUINTERO, 1999, p.278, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974.

¹⁴¹ STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*)

¹⁴² Así, STS 25-1-1993, 24-05-1993 (RJ 1993/4237), 8-03-1995 (RJ 1995/1910), 14-05-1999, núm. 772/1999 (RJ 1999/5391). Así también en la doctrina: MUÑOZ CONDE, 1996, p. 783, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp. 351-352, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974.

¹⁴³ STS 2-02-1987 (RJ 1987/1181),. Así también la doctrina MUÑOZ CONDE, 1996, p. 783.

¹⁴⁴ Así STS 21-7-1993 que condena a un sacerdote por el delito de colaboración con banda armada por haber permitido a integrante de ETA pernoctar en un edificio pastoral. Niega la concurrencia de eximente incompleta de estado de necesidad, soslayando el conflicto psicológico de deberes que se produjo en la persona en su calidad de representante de la Iglesia Católica y motivado por valores humanitarios de solidaridad. Cfr. FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER, y otros, 1998, pp. 407-410.

¹⁴⁵ Así LAMARCA, 1985, p.251, quien enfatiza que mientras no existan estos actos “no son punibles las relaciones personales entre los miembros de estas organizaciones, ni siquiera la conducta del simpatizante”.

¹⁴⁶ STS 4-4-1987. Así también la doctrina BARÓN QUINTERO, 1999, p. 278, LAMARCA, 1985, p.252.

c.1. *Según la relación con el bien jurídico:* Es un delito de peligro abstracto¹⁴⁷ ya que no requiere la lesión o puesta en peligro concreta de un bien jurídico, cuestión que queda demostrada con el último párrafo del art. 576.2, al que nos referiremos más adelante.

c.2. *Según las modalidades de la parte objetiva:* La punición de estas conductas obedece en cuanto a que son preparación de otro comportamiento singularmente grave¹⁴⁸, sea que éste se produzca o no, caso último en el cual es aplicable la agravante contenida en el último inciso del precepto “si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido” que considera el acto como coautoría o complicidad en el delito concreto cometido, y no colaboración (art. 576). Así por ejemplo, la vigilancia de una persona para cometer el delito de asesinato, si éste se produce, se sanciona conforme al art. 572.1 y las reglas generales de participación criminal, si ella el delito no llega a iniciar la fase de ejecución, la responsabilidad recae en virtud del art. 576.

Aquí el desvalor de la acción cobra especial relieve sancionándose la acción con independencia de los resultados. Se trata, por tanto, de un delito de mera actividad¹⁴⁹ ya que no se precisa que la banda armada, organización o grupo terrorista resulte beneficiada con el acto de colaboración, con lo que se elimina el problema de prueba en relación a este aprovechamiento, ni que el colaborador haya tenido una participación especialmente importante ni jerarquizada en la banda armada, caso en el cual su conducta rayaría los límites de la integración en banda armada, así como tampoco que el colaborador con su conducta logre su objetivo. Luego, es un tipo residual o subsidiario, ya que con él solo se castigan los hechos si no constituyen una figura de mayor entidad¹⁵⁰.

Es además un delito de medios alternativos ya que la colaboración puede prestarse en cualquier forma. El legislador señala un catálogo de conductas a modo meramente ejemplificativo.

c.3. *Según la relación de la parte objetiva con la subjetiva:* Si el tipo subjetivo se satisface con el dolo de contribución o de favorecimiento a las actividades o finalidades de una banda armada, cabe concluir que en el autor ha de existir una “intención” de contribuir con su acto para con la banda armada u organización terrorista, independientemente de que la organización terrorista se beneficie o no con dicho acto, al igual que en el caso del art. 575 nos encontramos con una hipótesis de delito intencional de resultado cortado.

D) Consumación y formas imperfectas de ejecución.

El delito se consuma con la mera conducta de colaborar, independientemente de un resultado concreto. No es necesario que la banda armada efectivamente se vea beneficiada de la conducta de colaboración¹⁵¹. Su carácter de delito de mera actividad así como de delito de

¹⁴⁷ CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1235, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974, PRATS CANUT, 1999, p.1630, BARÓN QUINTERO., 1999, p.278, LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.347, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76. Así lo considera también la jurisprudencia: STS 24-01-1992, STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

¹⁴⁸ Así la doctrina mayoritaria PRATS CANUT, 1999, p.1630, LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, LAMARCA, 1989, p.966,. También la jurisprudencia: STS 2-2-1987 (RJ 1987/1181), 2-12-1997.

¹⁴⁹ SSTS 20-1-1989, 24-1-1992 (RJ 1992/441), 18-10-1993 (RJ 1993/7789), STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*). MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.403, BARÓN QUINTERO, 1999, p.278, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1235, PRATS CANUT, 1999, p. 1630, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974.

¹⁵⁰ STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

¹⁵¹ SSTS 20-1-1989, 24-1-1992 (RJ 1992/441), 2-2-1993 (RJ 1993/634), 18-10-1993 (RJ 1993/7789), STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*). MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p. 783, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.403, BARÓN QUINTERO, 1999, p.278, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1235, PRATS CANUT, 1999, p. 1630-1631, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974.

peligro abstracto implica que no admite las formas imperfectas de ejecución como tentativa acabada e inacabada, así como las “formas reducidas de participación”¹⁵².

E) Penalidad: el tipo cualificado.

La sanción aplicable por los actos de colaboración es la de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro sueldos vitales. Dicha pena se aplica en todos los supuestos, a pesar de su disímil naturaleza. Salvo que se trate de los casos previstos en el inciso final del art. 576. Aquí el CP de 1995 introduce dos importantes novedades: por la primera se impone la pena en su mitad superior (prisión de siete y medio a diez años y multa de veintiún a veinticuatro meses) a las conductas de información o vigilancia de personas, si con ellas se pone en peligro la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio; y por la segunda se atribuye la condición de partícipe (coautoría o complicidad) si “llegara a ejecutarse el riesgo prevenido”, es decir, si llegara a producirse el resultado lesivo.

Se trata de *un tipo cualificado y agravado de colaboración*¹⁵³, que ante la posibilidad de concurso de leyes consume al tipo básico del art. 576.1. Más no se sabe si se está ante una tipificación expresa de la tentativa¹⁵⁴ supuesto que nos encontramos ante comportamientos dolosos o si en realidad se está introduciendo un delito de peligro o riesgo que pretende ser de peligro concreto¹⁵⁵. Tal parece ser, como han puesto de manifiesto algunos autores, que nos encontramos en esta última situación puesto que la conducta de vigilancia supone ya un riesgo “in abstracto”, existiendo dificultades de prueba en orden a la producción del peligro concreto que se exige para aumentar la pena¹⁵⁶. Este peligro concreto solo podría probarse a través de la objetividad en la producción del resultado, es decir, si la colaboración se traduce en una forma de participación en el delito, caso en el cual nos encontraríamos ante la segunda hipótesis que castiga el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

Siendo así, este inciso resulta innecesario o inútil¹⁵⁷, pues al ser prácticamente imposible la prueba del “riesgo” sin una objetivación concreta en el resultado, no puede hablarse de tentativa, ya que no puede entenderse en qué momento se da la consumación, esto es, en qué momento se produciría el “concreto peligro”, y por último, aún cuando castigue el hecho como coautoría o complicidad, entendemos que no por ello se derogan las normas de la Parte General del CP.

Cabe destacar además que no parece adecuada la expresión “si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido” ya que el agente normalmente no trata de “prevenir un riesgo” sino de ejecutarlo, por lo que sería más adecuado emplear otro tipo de expresión p.ej. “si llegara a producirse el resultado”¹⁵⁸. Y por último no se sabe en relación a qué delito se refiere la sanción como coautoría o complicidad. Para LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ, se refiere a los delitos contenidos en el art. 572. En nuestra opinión se está refiriendo a todos los delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las personas que se cometen en el marco de una asociación ilícita terrorista. Esta conclusión

¹⁵² SSTS 13-7-1987, 20-11-1991 (RJ 19991/85/98). En la doctrina PRATS CANUT, 1996 a), pp. 1630-1631, BARÓN QUINTERO, 1999, p.278.

¹⁵³ POLAINO NAVARRETE, 1997, p. 913. CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, P. 1235 LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, pp.583-584. Estos últimos autores distinguen entre *tipo cualificado de primer grado* (información o vigilancia que pone en peligro la vida, integridad física, libertad o patrimonio), y *tipo cualificado de segundo grado* (si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido)

¹⁵⁴ En esta interpretación CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.p.1235-1236.

¹⁵⁵ Así LAMARCA, 1999, p.19, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76. Para otros se trata derechamente de un delito de peligro concreto. Así LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 584.

¹⁵⁶ Así LAMARCA, 1999, p.19, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76.

¹⁵⁷ En esta interpretación LAMARCA, 1999, p.19, DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76.

¹⁵⁸ En esta propuesta LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 584.

surge de la necesaria conexión entre el mismo párrafo final del art. 576 nº2 inc. 2, que se refiere a estos bienes jurídicos individuales, y los delitos tipificados en los arts. 571, 572 y 575 del CP.

F. ¿Delito de colaboración o actos preparatorios?

Es cierto que las conductas de colaboración que el art. 576 enumera y con mayor razón las que pueden entrar dentro de la extensa área de punición de la cláusula abierta, son actos preparatorios que el legislador sanciona en atención a la gravedad que los delitos de terrorismo significan, pero ¿es esto suficiente para ampliar el ámbito de punibilidad?. La legislación española adopta en esta materia la teoría objetiva¹⁵⁹, siendo impunes los actos preparatorios salvo cuando se entiende que revisten una peligrosidad objetiva particular. De allí que se sancione la conspiración, proposición o provocación para delinquir¹⁶⁰. De acuerdo al art. 17 CP la conspiración existe cuando “dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” y existe proposición “cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlos”. Según el art. 18 CP la provocación existe “cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad., o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquier delito”.

La naturaleza de las conductas que a manera de ejemplo tipifica el art. 576 no permite equipararlas a estas fases anteriores a la consumación, ni tampoco a las de tentativa idónea ni inidónea, de donde hay que buscar el fundamento de su punición en razones de política criminal que sustentan un tratamiento agravatorio para las conductas relacionadas con el terrorismo. Sin embargo, en nuestra opinión, no existe objeción alguna para aplicar aquí el criterio de la peligrosidad objetiva, criterio que es el que fundamenta la punición de actos anteriores a la consumación. Esta peligrosidad objetiva, como indica MIR PUIG “no significa que tal como han ido las cosas en el caso concreto, los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que en otras circunstancias hubieren podido conducir a ella”¹⁶¹. Es por tanto, una *peligrosidad estadística*.

Sobre esta base y atendiendo a la posibilidad de riesgo o lesión del ordenamiento constitucional democrático es que no hay aparentemente razón (salvo político criminal) para sancionar ciertos actos que “potencialmente” servirían a la preparación de otros delitos¹⁶². Cuesta pensar que la conducta de quien “solicita” (recaba) ayuda para una organización terrorista, independientemente de que consiga o no dicha colaboración, ponga en peligro el bien jurídico protegido. Distinto es el caso de quien organiza prácticas de entrenamiento ya que aquí el riesgo de lesión al bien jurídico parece más cercano. Y considérese que conforme al art. 576 la sanción para ambos tipos de conductas puede ser de cinco a diez años de prisión, pena que aparece como desproporcionada en relación al desvalor de la primera de ellas. Lo que resulta claro es que la distinta naturaleza de los actos de colaboración exige un tratamiento diferenciado para cada uno de ellos. Existe, en nuestra opinión, una *anticipación “excesiva”* de la punición en ciertos casos puesto que resultan alcanzados comportamientos que por su propia estructura y naturaleza se encuentran alejados no solo de la lesión del bien jurídico, sino también de la idea de peligro concreto, y en otros casos existe una clara confusión entre lo que en realidad son

¹⁵⁹ La teoría objetiva fundamenta el castigo de los actos preparatorios en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, lo que explicaría la diversa forma en que se castigan la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación, basándose en la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la lesión del bien jurídico. BUSTOS, J., 1984, pp. 308-309, MIR PUIG, 1996, p. 327.

¹⁶⁰ MIR PUIG, 1996, pp.329 y ss.

¹⁶¹ MIR PUIG, 1996, p. 329.

¹⁶² En opinión similar QUINTERO OLIVARES, quien estima que “lo más atinado” habría sido en el CP 1995 “la supresión de los actos preparatorios”. QUINTERO OLIVARES, G. “*la criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”, en AA.VV. *Delincuencia Organizada*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds., Public. Universidad de Huelva, 1999, pp.177-190, esp. p. 186.

formas de participación en el delito (vr.gr. la ocultación de personas) con una colaboración con banda armada.

G) Calificación técnico jurídica de las conductas de colaboración: Límites entre la participación y la colaboración.

La distinción entre la condición de partícipe en un concreto delito y la condición de colaborador debe realizarse según la doctrina mayoritaria atendiendo a la fase delictual en la que se preste la colaboración¹⁶³, puesto que así lo exige (*de lege data*) la redacción del precepto, que castiga como coautoría o complicidad el hecho “si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido”. Luego, la conducta, en sí misma, acto preparatorio, es sancionada como delito de colaboración con banda armada del art. 576.1¹⁶⁴ cuando no ha llegado a iniciarse la ejecución del delito principal, y si ésta se ha iniciado, se castiga conforme a las reglas generales de participación en materia penal, salvo en cuanto se trate de la conducta de “información o vigilancia de personas” que “ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, caso en el cual se castigará el hecho como coautoría o complicidad en el delito concreto que se comete (que obviamente no será del delito común previsto sino del agravado den virtud de los arts. 571, 572 y 574). Así la jurisprudencia ha sancionado en calidad de cómplice a quien suministra información sobre una persona la cual posteriormente es víctima de un secuestro¹⁶⁵.

Con ello parece indicarse que se sigue la *teoría del dominio del hecho* en materia de autoría ya que si la colaboración se transforma en un acto de participación en un concreto delito, ésta se castiga según las reglas de participación criminal, respetando el principio de accesoriadad de la participación. Cabe destacar a este respecto que el precepto castiga como “coautoría o complicidad” y no como “cooperación necesaria”, criterio que ha sostenido la doctrina minoritaria¹⁶⁶, y en alguna ocasión la jurisprudencia¹⁶⁷. Parece necesario destacar que la cooperación necesaria es distinta de la complicidad. Los cómplices son cooperadores en el hecho principal con actos anteriores o simultáneos, y en este sentido es una cooperación “no necesaria” que requiere de la concurrencia de elementos fundamentales¹⁶⁸: un concierto de voluntades coetáneo, inicial o sobrevenido, expreso o tácito; un elemento subjetivo relativo a la conciencia de la antijuridicidad, y un elemento objetivo relativo a la aportación de actos simultáneos o anteriores de carácter auxiliar. El cómplice ejecuta un “hecho ajeno” en tanto que el cooperador necesario, en cuanto, autor ejecuta “un hecho propio”¹⁶⁹ siendo la aportación de sus actos trascendente, fundamental y esencial para la ejecución del delito, como sería la conducta de quien prepara y facilita, antes y después, la consumación de un delito.

La dificultad surge en cuanto a la posibilidad de que la colaboración absorba una determinada forma de participación en el delito concreto que se comete con posterioridad a ella, ya que de no producirse esta absorción y existir la posibilidad de doble sanción nos encontraríamos ante una infracción al principio de non bis in ídem. La jurisprudencia no ha sido unánime, y mientras para el TS, en una ocasión, no infringía el principio mencionado la condena por colaboración con banda armada y además la condena por complicidad en un atentado con resultado de muerte¹⁷⁰, en otra oportunidad estimó que la complicidad en el delito de secuestro

¹⁶³ LAMARCA, 1985, pp.253, 255. Similar MUÑOZ CONDE, DP.PE., 1996, p.783.

¹⁶⁴ LAMARCA destaca que se sanciona como “favorecimiento genérico”, ob. cit. 1985, p. 255.

¹⁶⁵ SAN de 2-6-1998, núm. 30/1998.

¹⁶⁶ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.805, estima que estas conductas técnicamente pueden ser calificadas como actos de cooperación necesaria o complicidad en relación a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

¹⁶⁷ Así STS de 6-6-1997 que considera como cooperación necesaria los actos de vigilancia, fotografías y horarios del secuestrado, además de alquilar el piso donde se cobijó el comando de ETA.

¹⁶⁸ Así STS 3-11-1992.

¹⁶⁹ STS 3-11-1992.

¹⁷⁰ STS 7-7-1997. Cfr. FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.359.

absorbía la colaboración genérica de proporcionar información¹⁷¹. La Audiencia Nacional, en un criterio que nos parece más acorde a lo que *lege data* dispone el art. 576 estima como acto de colaboración el dar alojamiento a integrante de una organización terrorista, a sabiendas de que éste ha cometido un delito, acto de colaboración que absorbe el encubrimiento¹⁷².

En nuestra opinión los criterios que deben orientar son: en primer término, las hipótesis de conductas que el art. 576 plantea, es decir, si se trata de proporcionar información o vigilancia, ocultar o trasladar a miembros de organizaciones terroristas, etc., y solo cuando se trata de la información o vigilancia de personas atender al grado de desarrollo del delito. De *lege data*, como hemos indicado, cuando estos actos pusieren en peligro la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio de las personas, se castigarán como actos preparatorios con la pena en su mitad superior, y como coautoría o complicidad, en caso de producirse el resultado lesivo. De *lege ferenda* estimamos innecesarias estas previsiones por las razones expuestas.

H) El concurso con los arts. 571,572 y 574.

Quizá el mayor problema que pueda plantear el delito de colaboración con banda armada es el relativo a un concurso de normas con la conducta de colaboración que tipifican los arts. 571, 572 y 574 del CP, por ello es que, como acierta CARBONELL¹⁷³ “no parece afortunada esta utilización dual de la expresión”.

Ello se encuentra en estrecha relación con el problema comentado anteriormente en relación a la producción de un determinado resultado lesivo. ¿Qué ocurre por ejemplo cuando “colaborando” con bandas armadas u organizaciones terroristas se “come” un delito de estragos?. Como hemos indicado antes, las conductas de colaboración descritas en los arts. 571, 572, 574 son de “autoría directa”¹⁷⁴, ya que están referidas a una “colaboración ejecutiva”¹⁷⁵ en un concreto acto delictivo, mientras que los actos de colaboración descritos en el art. 576 se refieren a una colaboración genérica, no ejecutiva, o desligada de un acto delictivo concreto. Hasta aquí puede resolverse el problema sin mayores complicaciones, todo dependerá de si la conducta desplegada se vincula o no a un hecho delictivo concreto.

Si la conducta de colaboración se vincula a un hecho delictivo concreto cuya ejecución se ha iniciado ¿cuál es el precepto aplicable?, ¿el art. 576.2 o los arts. 571,572 y 574 según sea el caso?. Aquí encontramos otro argumento para sostener la innecesariedad de la previsión del último inciso del art. 576.2, ya que no tiene sentido sancionar como coautoría o complicidad la producción del resultado lesivo, si esta situación teóricamente ya se encuentra prevista en los delitos concretos (arts. 571,572, 574). Es justo, empero, destacar que en relación a la anterior legislación, al menos ya no puede llegar a sancionarse con mayor severidad el acto de colaboración que la autoría o complicidad en la ejecución de un delito concreto¹⁷⁶, ya que se sancionan con la misma pena.

Lo primero que debemos dilucidar es si nos encontramos ante un concurso ideal o un concurso de leyes, recordando que la diferencia entre ambos consiste en que en este último “aparentemente” son aplicables diversos preceptos penales, pero luego de una correcta interpretación se deduce que uno solo de ellos es realmente aplicable; mientras que en el primero (concurso ideal) todos los preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con limitaciones en torno a la pena total a imponer. A su vez, el concurso ideal puede ser

¹⁷¹ SAN de 2-6-1998, núm. 30/1998.

¹⁷² Así SAN de 17-3-1998, núm. 6/1988 (ARP 1998/2098).

¹⁷³ CARBONELL, 1996 a), p.806. Similar, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1974.

¹⁷⁴ CARBONELL, 1996 a), p. 801.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.352.

¹⁷⁶ Mas ampliamente y en relación al art. 174 del CP 1973 LAMARCA, 1985, p.253.

impropio o medial, esto es, cuando una de las infracciones sea el medio necesario para cometer la otra¹⁷⁷. Es poco probable que nos encontremos ante un concurso ideal ya que la conducta de colaboración cuando se ha iniciado la ejecución de un concreto delito no constituye una acción autónoma que sirve como medio para cometer la otra, sino que es un elemento integrante de lo injusto. En nuestra opinión nos encontramos frente a un *concurso aparente de normas penales* para cuya resolución deberemos recurrir a los principios generales en esta materia¹⁷⁸:

- a) Principio de especialidad: el precepto especial deroga o se aplica con preferencia al general;
- b) Principio de subsidiariedad: el precepto subsidiario se aplica en defecto del principal; existiendo una subsidiariedad expresa cuando un precepto concreto condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave; y subsidiariedad tácita cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra calificación más grave del hecho.
- c) Principio de la consunción: un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye (consume) ya el desvalor que éste supone, es decir, el precepto que contiene de manera más total el desvalor de acción se aplica con preferencia al que lo contiene de manera parcial.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han indicado que la colaboración es subsidiaria respecto de la pertenencia, encontrándose ambas en una relación de subsidiariedad tácita¹⁷⁹. Entendemos que es el criterio adecuado para dar solución a este concurso aparente de normas penales ya que del tenor del art. 576 que configura el delito autónomo de colaboración puede desprenderse que el mismo deberá ser aplicado solo cuando la conducta no reviste respecto del hecho “una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico”¹⁸⁰, cuestión que sí ocurre tratándose de los arts. 571, 572 y 574 que contemplan precisamente formas delictivas de mayor entidad. A este respecto MUÑOZ CONDE¹⁸¹ refiriéndose al anterior art. 174 bis a) estimó que su aplicación procede o bien cuando el delito con el que se colabora no llega a cometerse o no es posible probar la participación en el mismo. Entendemos que nada obsta a seguir este mismo criterio, excepto cuando se haya iniciado la ejecución del delito concreto ya que en este caso el art. 576 establece claramente que sancionará la conducta como coautoría o complicidad “si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido”, lo que es aplicable tan solo a los delitos contra las personas que se derivaren de la información o vigilancia de las mismas.

Por tanto, el concurso de normas debe resolverse de conformidad con el art. 8 CP, es decir, la conducta concreta de colaboración a que se refiere el delito de terrorismo autónomo del art. 576 y que sabemos es una colaboración genérica, sólo se aplicará en subsidio de la conducta de colaboración a que se refieren los delitos de terrorismo comunes de los arts. 571, 572 y 574. Se cumple así el principio de especialidad ya que los tipos penales específicos de los arts. 571, 572 y 574 comprenden en su injusto el desvalor de la conducta desplazando a la colaboración genérica, pues, resulta difícil estimar que la colaboración a que se refieren dichos tipos penales tiene una menor gravedad que aquella a que se refiere el delito autónomo del art. 576.

I) Algunas consideraciones sobre la penalidad aplicable.

Aún cuando sea ésta la interpretación más acorde a los principios generales del derecho penal, subsisten los problemas en torno a la severa penalidad que se asigna a estas conductas.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, *DP.PG.*, 1996, pp. 481-482.

¹⁷⁸ En lo que sigue nos hemos guiado por MIR PUIG, *DP.PG.*, 1996, pp. 669 y ss., MUÑOZ CONDE, *DP.PG.*, 1996, pp. 488 y ss.

¹⁷⁹ STS. 17-3-1992, (RJ 1992\2147). En la doctrina DE PRADA SOLAESA, 1996, p.76, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp. 352-353.

¹⁸⁰ MIR PUIG, 1996, p.670.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, *DP.PG.*, 5ª ed. Sevilla, 1983, p. 576.

Primero, la sanción del colaborador, en los arts. 571,572, 574 es equiparada a la conducta del miembro o integrante de una organización, lo que no parece razonable. MUÑOZ CONDE¹⁸², estima que en relación a la anterior legislación, el delito de colaboración con banda armada presenta una rebaja de la pena ya que la sanción ahora es menor que la prevista para los integrantes. En parte tiene razón ya que la colaboración genérica a que se refiere el art. 576, la desligada de un hecho delictivo concreto, tiene una pena efectivamente menor que la que se asigna a los integrantes o pertenecientes. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de la colaboración vinculada a un delito concreto, como ha quedado demostrado. En el art. 576.2 inciso final se nos dice que el hecho se castigará como coautoría o complicidad, y por tanto la pena aplicable es la del autor o la del cómplice de los delitos contenidos en los arts. 571, 572 y 574, y en estos mismos, la conducta de colaboración tiene una pena específica asignada, la misma que la del integrante.

Segundo, no puede dejar de reconocerse que tratándose de actos preparatorios – en principio- impunes, su sanción se opone tanto al principio del bien jurídico como al derecho penal del hecho, y que cinco a diez años de prisión y multa, no deja de resultar desproporcionada si consideramos a cada conducta en su desvalor. Naturalmente no es lo mismo “entrenar militarmente a un grupo terrorista” que “alojar a uno de sus integrantes”¹⁸³, o que “recabar datos de policías o guardias civiles”. La jurisprudencia y un sector de la doctrina estiman que la severa penalidad que se asigna a estas conductas no está en contra del principio de proporcionalidad de la pena ya que guarda la debida adecuación a la gravedad de los tipos de terrorismo¹⁸⁴. En nuestra opinión, sí resulta desproporcionado al menos en cuanto a señalar la misma y tan rigurosa pena para conductas de distinta gravedad, por lo que habría que tener en cuenta las exigencias de este principio al momento de informar la aplicación de este precepto. Como ha puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia, deberá ponderarse de manera adecuada la conducta con la adecuación a la gravedad intrínseca de estos delitos¹⁸⁵.

Es cierto, como señaló en su día LAMARCA¹⁸⁶ que en principio, el fundamento de la norma es el castigo de determinadas conductas de colaboración que, por no haberse producido el resultado lesivo (delito concreto) o por la dificultad de probar el correspondiente nexo causal, podrían quedar impunes. No obstante, al igual que en la anterior legislación, tal parece que no es sólo la necesidad de prevenir actos de terrorismo lo que ha motivado la norma, sino también, la intención de severidad penal, aumentando con ello los efectos criminógenos de este tipo de legislaciones¹⁸⁷. Esto porque si la colaboración puede ser sancionada tanto en cuanto conducta en los arts. 571, 572,574 CP equiparando su sanción a la de los integrantes de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, como a título de delito especial y cualificado del art. 576, y especialmente en el caso del art. 576.2, no parece existir diferencia real entre los actos que se despliegan por el intraneus a la organización armada, y los que se despliegan por el extraneus a ella.

J) Digresión sobre actos de colaboración y libertad de expresión (caso Mesa Nacional de HB).

La tendencia conocida en la legislación de dejar una cláusula abierta en el tipo penal de colaboración ha permitido en numerosos casos la extensión de la punibilidad hacia conductas que en sí mismas parecieran ser el ejercicio legítimo de derechos constitucionalmente reconocidos, como la libertad de expresión. Esto fue lo que ocurrió con el denominado Caso de

¹⁸² MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.784.

¹⁸³ Así, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p.782.

¹⁸⁴ LANDECHO VELASCO- MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p.583, STS 17-03-1992

¹⁸⁵ Así STS 17-3-1992, (RJ 1992\2147), PRATS CANUT, 1999, p. 1631.

¹⁸⁶ LAMARCA, 1985, p. 256.

¹⁸⁷ LAMARCA, 1989, p. 966.

la Mesa nacional de HB, por actos cometidos bajo la vigencia del art. 174 bis a) del anterior CP. Por su trascendencia y repercusión pública le comentaremos brevemente:

El Tribunal Supremo en STS 2/1997 de 29 de nov. 1997 condenó a 23 de los integrantes de la Mesa nacional de HB como autores de un delito de colaboración con banda armada por la difusión de una video cinta de ETA durante la campaña electoral de marzo de 1996¹⁸⁸. Los argumentos se basaron en los siguientes hechos probados y declarados objeto de condena:

- a) El Acuerdo adoptado por la Mesa de HB de “asumir el contenido de las video cintas”, “proceder a su difusión”, y “ceder a ETA los espacios electorales correspondientes a HB en cuanto asociación política”(comunicado de HB de 20 febrero 1996).
- b) El encargo efectuado al área de comunicación de la Mesa de HB de “anunciar, programar y exhibir copias de la mencionada videocinta en actos públicos y de preparar una maqueta y copias de una segunda videocinta de unos dos minutos de duración para que fuese emitida en las TV públicas como spot electoral...”.
- c) “confeccionar una cinta magnetofónica de 2 min. De duración que el área de Comunicación de la Mesa de HB remitió a Radio nacional de España para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral de 19 feb. 1996, y posteriormente, tras la prohibición de la difusión de los spots electorales y de la cinta magnetofónica, se envió la videocinta de 20 minutos de duración al Rey y al presidente de Gobierno, junto a un comunicado de HB.
- d) Finalmente la Mesa acordó que su Area de Comunicación remitiera a TV Española un nuevo spot electoral en el que tras una breve introducción en off aparece únicamente la expresión “censurado”. La video cinta, el primer spot electoral y las cintas magnetofónicas no llegaron e emitirse por decisión del JCI N°5 de la AN (16 feb. 1996).

Los fundamentos jurídicos del Tribunal se basaron en la consideración del terrorismo como “un desafío a la esencia misma del Estado democrático (STC 199/1987, STHDH 30-8-1990), siendo las manifestaciones pluriformes del fenómeno, la potencia imaginativa de sus diseños operativos y la dinámica comisiva de los actos terroristas, los elementos desencadenantes de la multiplicidad de respuestas represivas que se detectan en la legislación española y en el derecho comparado, todas las cuales consagran fórmulas tipificadoras con contenidos descriptivos semejantes a aquellas cuya homologación constitucional se ponía en cuestión en este proceso (arts. 1734 bis a) CP y 576 CP 1995). A juicio del Tribunal, la libertad de expresión y de información, al incidir en actividades políticas contribuye de manera directa a la formación de la opinión pública libre, y si bien tiene una posición prevalente entre los derechos y libertades de la persona, en cuanto contribuye al asentamiento del sistema democrático, reconoce ciertos límites, como su ejercicio inadecuado.

Para el TS los hechos eran legalmente constitutivos de un delito de colaboración con banda armada en grado de consumación (art. 174 bis a) CP 1973)¹⁸⁹ puesto que la cesión de espacios televisivos gratuitos al grupo terrorista constituía una difusión de actividades ilegales merecedoras de reproche penal, al existir un exceso en la utilización de los medios o instrumentos que el sistema democrático pone al alcance de todos los ciudadanos o entidades para hacer efectivo el pluralismo. La conducta desplegada por los integrantes de la Mesa nacional al asumir el contenido de la videocinta, a juicio del tribunal, era una manifestación inequívoca de “auxilio eficaz” para con la organización terrorista, de manera tal que el dolo se encontraba satisfecho.

No se trataba de apología del terrorismo por cuanto este delito prohíbe “la aprobación de actos delictivos”, lo que no ocurría en este caso: los comunicados de HB pretendían explicar los asesinatos cometidos por ETA en el contexto de “un supuesto y subjetivo conflicto entre la

¹⁸⁸ Ampliamente sobre la STS 29-11-1997, núm 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional HB*), en ASUA BATARRITA, Adela; “*Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos*”, en LL n°4556/1998. Ampliamente sobre el proceso <http://come.to/hb>.

¹⁸⁹ Aplica el art. 174 bis a) del CP 1973 por ser el precepto vigente al momento de producirse los hechos enjuiciados.

represión española y Euskal Herria”, presentando los crímenes como una respuesta y expresando su opinión acerca de que la represión no va a acabar con el conflicto, desplazando la responsabilidad política de los asesinatos hacia el Gobierno y proponiendo como solución final la “Alternativa democrática”. Dichas manifestaciones eran una expresión de opiniones y creencias que se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión, y no entran en el ámbito del delito de apología ya que no suponen, expresamente, la manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración.

El punto más álgido de la discusión se centró en el principio de legalidad en materia penal, el que a juicio de la defensa se veía vulnerado desde que el art. 174 bis a) incorporaba conceptos normativos abiertos, tales como “organizaciones”, “elementos terroristas”, violando al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica. Para el TS dichos principios no se veían vulnerados desde que el principio de legalidad en materia sancionatoria no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, caso en el que se encontraban tanto el art. 174 bis a) del CP 1973 como el art. 576 del CP 1995. Las exigencias dimanantes de dicho principio son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, de donde la resolución del problema de constitucionalidad se traslada al intérprete. Los actos de cooperación que regulan tanto el art. 174 bis a) como el art. 576 son actos “in genere” que un extraneus aorta a la organización ilícita para favorecer su actividad o sus fines, sin que ellos se encuentren causalmente conectados a la producción de un resultado concreto. El núcleo de la conducta típica gira en torno al concepto de colaboración describiendo una serie de actividades a título ejemplificador, terminando con una fórmula abierta y ejemplificativa de los mismos en el párrafo 2º, cláusula general que “no puede estimarse lesiva del principio de legalidad dado que permite determinar con claridad cuáles son las acciones prohibidas y constituye una evidente respuesta al designio legislativo de reducir al máximo las posibilidades de apoyo a las actividades terroristas”.

A juicio del tribunal, la conducta desplegada por los procesados, podía caer dentro de esta cláusula general de colaboración ya que “*es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los arts. 174 bis a) y 576 CP 1995 se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologado para participar en la vida pública*”.

Se recurrió de amparo esta sentencia estimándose que la condena tenía su fundamento en “el acuerdo e intento de difundir durante la campaña electoral, en su condición de dirigentes de una asociación política legal, una información veraz sobre un hecho de indudable interés general y relevancia política como lo eran las propuestas de ETA para lograr el final de la violencia en el País Vasco. Se denunció la vulneración a varios derechos, entre los cuales interesa a nuestros efectos destacar, el ya comentado principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), la libertad de expresión e información (art. 20.1 a) y d) CE), la libertad ideológica (art. 16.1 CE), y el derecho a participar en asuntos públicos (art. 23.1 CE).

El Tribunal Constitucional, conociendo del recurso de amparo interpuesto, en su STC 136/1999 de 20 julio, anuló la STS por considerar que la aplicación del art. 174 bis a) vulneraba el principio de legalidad en materia penal. A juicio del TC si bien es cierto que los mensajes analizados, aunque en diferente grado, contenían elementos o aspectos intimidatorios que, al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal de darse en ellos los elementos que conforman los delitos de colaboración con banda armada del art. 174 bis a) CP, no aparecía del todo claro que en la formulación del tipo y en su aplicación se hubiere respetado el principio de legalidad ni el de proporcionalidad¹⁹⁰. No se trataba de sancionar, como sostenía la defensa, por el ejercicio lícito de las libertades de

¹⁹⁰ STC136/1999, de 20 julio. *Funds. de derecho décimonoveno y vigésimo.*

participación, expresión e información, ya que “el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita, y por consiguiente sin la respectiva protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan estas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos”¹⁹¹. Por ello es que una reacción penal excesiva frente al ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, “sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos”. Esta exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión ha sido reconocido tanto por el TC (STC 85/1992) y por el TEDH (STEDH 13-7-1995).

Consideró que la norma que se aplicó a los recurrentes (art. 174 bis a) no guardaba, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión e información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas¹⁹², por lo que la pena era desproporcionada. Este desequilibrio se manifestaba en que las conductas sancionadas, si bien eran potencialmente peligrosas en la medida que eran constitutivas de colaboración, resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quería evitar ya que, no se estaba frente a una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada (como lo hubiera sido p.ej. la difusión efectiva de la intimidación contenida en los mensajes televisivos), sino “ante un acto de colaboración tendente a tal resultado de efectiva colaboración”. Para ella se preveía legalmente una pena de especial significación y entidad: una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa, pena de prisión mayor que en el CP 1973 era la misma que se asignaba para los integrantes de bandas armadas.

Además incide en este desequilibrio el hecho de que los comportamientos que se sancionaban como actos de colaboración con banda armada y por tanto con tan severa penalidad eran conductas aplicadas a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición de voto de los ciudadanos, lo que podría producir un efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y en la actividad pública.

A partir de estos razonamientos y de la infracción al principio de proporcionalidad el TC deduce una infracción al principio de legalidad en materia penal “en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) del CP 1973. El precepto resulta inconstitucional en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada”¹⁹³.

En nuestra opinión lo que el TC hace es dejar en claro que si bien considera objetable constitucionalmente la cláusula abierta contenida en el tipo penal, no es sobre esta base que anula la STS 2/1997, sino por la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiere permitido al juzgador imponer una pena inferior.

K) Digresión sobre la conducta del mediador o intermediario: ¿Colaboración o participación?, ¿atipicidad o justificación?

Tema de importancia y repercusión pública ha sido la sanción a los “mediadores” en el delito de detención ilegal, y del “intermediario” en los delitos de amenazas (cobro del impuesto revolucionario). El mediador o intermediario es “aquella persona que actúa de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista y que interviene solo en la fase de

¹⁹¹ STC136/1999, de 20 julio. *Fund. de derecho vigésimo*.

¹⁹² STC136/1999, de 20 julio. *Fund. de derecho vigésimonoveno*.

¹⁹³ STC136/1999, de 20 julio. *Fund. de derecho trigésimo*

negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos”¹⁹⁴. Se trata de un tercero ajeno que interviene en el hecho delictivo realizado por otros.

La valoración penal de esta conducta ha presentado problemas por cuanto si bien es cierto se encuentra tipificada en el art. 576 CP, como una colaboración genérica, no es menos cierto que en ocasiones puede llegar a constituir una forma de participación (coautoría o complicidad) en el delito específico de que se trata¹⁹⁵. Para que exista incriminación penal en esta conducta se precisa de dolo¹⁹⁶, es decir, conciencia y voluntad de favorecimiento a las actividades delictivas de la banda armada u organización terrorista. Sobre esta base es que en el examen de la intervención mediadora los tribunales suelen distinguir dos situaciones: a) el mediador pertenece al entorno de la víctima (secuestrado o extorsionado), b) el mediador pertenece al círculo nuclear o entorno de la organización terrorista

En el primero de los casos la jurisprudencia ha sido unánime en declarar que dicha conducta es atípica por faltar el dolo en el mediador, esto es, “el propósito directo y voluntario de favorecer a la organización terrorista” ya que su actuación puede deberse a “impulsos de las sugerencias y reiteradas insistencias del extorsionado”¹⁹⁷. En el segundo de los casos la conducta del mediador puede ser considerada como delito de colaboración con banda armada (art. 576 CP) o una forma de participación en el delito concreto de que se trata, ya detención ilegal (secuestro), ya amenazas condicionales (cobro del impuesto revolucionario). En todo caso, no puede existir, por respeto al principio de non bis in ídem, una aplicación conjunta de ambos tipos penales¹⁹⁸.

La mediación como conducta constitutiva del delito de colaboración con banda armada ha sido reconocida en algunos casos por la jurisprudencia¹⁹⁹, en cuanto forma de cooperación genérica a que alude el art. 576 CP y anteriormente el art. 174 bis a): “cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. No habiendo definido el legislador lo que ha de entenderse por “mediación” cabe destacar, como ha interpretado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia²⁰⁰, que dicha conducta se transforma en un acto de favorecimiento de la actividad terrorista en general, sin vinculación con un concreto hecho delictivo, porque de lo contrario tendría que castigarse como forma de participación en el delito concreto de que se trate.

La duda surge entonces en relación al dolo que debe tener el mediador para que su conducta sea considerada un acto de colaboración. Si la mediación es considerada un acto genérico de favorecimiento, deberemos entender que el dolo habrá de dirigirse al conocimiento y voluntad de favorecer “en general” a la actividad terrorista, y no al concreto delito de que se trate. Sin embargo, la mediación ya se haya conectada a un determinado delito, y por tanto quien tiene conciencia de estar favoreciendo la actividad de la organización terrorista en ese

¹⁹⁴ LAMARCA, C. “*La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*”, en *JpD* n°20, 3/1993 b), pp.51- 65.

¹⁹⁵ Así SAN 5/1994 (caso De la Hoz) que estima la mediación del abogado Sr. De la Hoz como complicidad en el delito de detención ilegal. Mas ampliamente LAMARCA, 1993 b), p. 57.

¹⁹⁶ Así LAMARCA, 1993 b), pp.53 y ss., FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.411.

¹⁹⁷ STS 27-6-1994. En el mismo sentido STS 26-1-1993 (RJ 1993/181), 21-7-1993, 19-5-1993. En la doctrina FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.410 y ss.

¹⁹⁸ LAMARCA, 1993 b),p. 55, SAN 19/1993.

¹⁹⁹ Así SAN 19/1993 (*caso Reizábal*) que consideró delito de colaboración con banda armada la intervención mediadora del abogado Sr. Reizábal en un supuesto de amenazas condicionales (cobro del impuesto revolucionario) y STJ del País Vasco de 28-3-1994 (*caso Elosúa y Arratibel*) que consideró también delito de colaboración con banda armada la mediación de los sres. Elosúa y Arratibel en el delito de secuestro. Mas ampliamente LAMARCA, 1993 b), p.56.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.411, LAMARCA, 1993 b), pp. 56 y ss. STS 26-5-1986.

delito determinado, también asume el favorecimiento genérico de su actividad. Por el contrario, como advierte LAMARCA²⁰¹, el que otorga colaboración genérica no necesariamente conecta su favorecimiento a un delito concreto. Así las cosas, y a esta conclusión llega la autora citada, en la conducta de la mediación debe prevalecer la colaboración en el delito específico de que se trata, siendo entonces el tipo penal autónomo de colaboración (art. 576 CP) subsidiario.

La dificultad de esta interpretación, como ella misma advierte radica en la severa penalidad de los actos genéricos de colaboración, por los cuales el colaborador podía llegar a ser sancionado con una pena incluso mayor que si se considerara su conducta como forma de participación en un delito específico. Esta situación continúa produciéndose en parte en el CP 1995. Tomemos un ejemplo: la conducta del mediador en cuanto acto de colaboración tiene asignada la pena de cinco a diez años de prisión y multa (art. 576), y los delitos de detención ilegal y amenaza agravados por terrorismo tienen asignada la pena de diez a quince años (art. 572.3º). En este último caso la conducta del intermediario conforme a la configuración típica no puede ser considerada como complicidad sino como una forma de autoría directa, puesto que el art. 572.2 señala: “los que perteneciendo, colaborando, etc...cometan los delitos de...”, caso en cual la pena será de diez a quince años. Es decir, en cualquier caso la pena común será de diez años, ya como máxima a considerar por colaboración genérica (art. 576) ya como mínimo en el delito específico (art. 576.3º).

Surge la duda en relación a si la conducta del intermediario podría ser calificada como otra forma de participación, complicidad, en el delito concreto. Bajo la vigencia del CP 1973 existió un caso en el que la jurisprudencia así lo consideró²⁰². Con la actual configuración típica (art. 573.3º) dicha situación nos parece prácticamente imposible ya que, como se ha dicho, en estos delitos concretos, la colaboración es una conducta de autoría directa. Y aquí nos encontramos con una de las mayores falencias en el CP 1995 cuando equipara la pena de integrantes y colaboradores. El mediador siempre será un tercero ajeno, un extraneus, como muchas veces ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia (aunque no es unánime)²⁰³. Un extraneus cuya misión es servir de intermediario con el objeto de poner término a una situación oprobiosa para la víctima, sea cuales sean los motivos (afectivos, ideológicos) que impulsen su actuación. Por lo tanto, su conducta no constituye un supuesto de autoría puesto que él no ejecuta ni total ni parcialmente actos vinculados directamente a la acción típica²⁰⁴, siendo desde su posición, imposible tener el dominio del hecho, dominio que sí tienen quienes ejecutan materialmente la acción²⁰⁵. Por otra parte tampoco puede considerarse que constituye una forma de encubrimiento ya que esta es una conducta que solo puede llevarse a cabo después de agotada la consumación del delito, y la detención ilegal es un delito permanente cuya consumación se está produciendo constantemente mientras dure la privación de libertad²⁰⁶.

Pero aquí hay que distinguir, como acierta LAMARCA²⁰⁷, entre la conducta del mediador en el delito de detención ilegal y en el de amenazas condicionales. Si bien es cierto en el delito de detención ilegal el mediador no ejecuta la acción típica, limitándose a intervenir en la

²⁰¹ LAMARCA, 1993 b), p.56.

²⁰² SAN 5/1994 (*Caso de La Hoz*). Cfr. LAMARCA, 1993 b), pp.57 y ss.

²⁰³ STS 27-6-1994, STSJ del País Vasco de 28-3-1994, SSAN 19/1993, 5/1994. MESTRE, 1987, pp.202 y ss. LAMARCA, 1985, pp. 251 y ss.; 1993, p.52 y ss.

²⁰⁴ Como señala Carmen LAMARCA, el mediador “ni encierra o detiene y ni siquiera impone las condiciones o exigencias económicas de liberación”, y aunque sea integrante de la organización, tampoco su posición sería la de autor en la acción típica. LAMARCA, 1993 b), p.57, nota 34.

²⁰⁵ Supra Cap. VI: 3.- La conducta: 3.2. La legislación española.

²⁰⁶ LAMARCA, 1993 b), pp.57-58, FERNÁNDEZ- GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.415 y ss. La jurisprudencia también se manifiesta en esta posición: “el encubrimiento... necesita el término comparativo de la acción encubierta, y aquí no se sabe, ni podía saber el inculpado, qué delitos en concreto se habían cometido...” STS 21-7-1993.

²⁰⁷ LAMARCA, 1993 b), pp.58 y ss.

fase de negociación, en el delito de amenazas condicionales sí estaría ejecutando la acción típica puesto que su actuación consiste en constreñir a la familia del secuestrado a cumplir con la exigencia económica bajo condición de continuar con la privación de libertad de la víctima. Contribuye en este sentido a la exigencia del rescate. Empero, tampoco se trata de una autoría directa ya que él no detiene ilegalmente ni priva de libertad, cuestión que realiza la propia asociación ilícita, sino que mantiene su posición de extraneus que interviene solo en la fase de negociación. En este sentido, de ser su aporte esencial en la ejecución del delito, su calidad podría llegar a ser la de cooperador necesario o de cómplice, resultando discutible en este ámbito la necesidad de su cooperación o colaboración ya que la persona del mediador es fácilmente sustituible²⁰⁸, luego, su tarea no es imprescindible para la consumación del tipo legal, ella simplemente facilita la consumación de la acción delictiva de los autores, el cobro del rescate por ejemplo, pero no importa necesariamente para que el tipo legal se cumpla. Como señala Carmen LAMARCA: “parece ser que si los secuestradores pueden hacer lo más, detener y amenazar, pueden también hacer lo menos, gestionar el cobro de la condición impuesta”²⁰⁹, e incluso puede darse el caso de que la mediación no sea siquiera necesaria, cuando la asociación ilícita impone determinadas condiciones y se niega a negociar si ellas no se cumplen. Luego, la conducta del mediador no puede equipararse, al menos en su desvalor, a la de los autores del hecho delictivo, pero sí a la de los partícipes.

Luego la calificación jurídica de esta conducta será la de participación en el delito de amenazas, que se aplicará en preferencia al delito de colaboración genérico que tipifica el art. 576²¹⁰, conclusión a la que también podríamos haber llegado si aplicáramos el criterio antes enunciado consistente en la resolución del concurso de normas a través del principio de subsidiariedad, de acuerdo al cual la aplicación del art. 576 procede solo en subsidio del precepto que tipifica el delito concreto cuya ejecución se hubiere iniciado.

Una vez esclarecida la tipicidad de la conducta de mediación cabría preguntarse si ella podría encontrarse amparada por alguna causal de justificación. La doctrina ha estimado que ella puede encontrarse en el estado de necesidad²¹¹. Se ha planteado también la posibilidad de que esta conducta pueda ampararse en la eximente del ejercicio legítimo de la profesión (abogado), dado que en la práctica los mediadores suelen ser escogidos por los autores del hecho delictivo entre esta categoría de profesionales. Al respecto la jurisprudencia ha señalado enfática en señalar que no es posible apreciar dicha eximente por cuanto no puede probarse que dicha persona actuare a favor de alguna de las partes en su calidad de profesional²¹². De allí que según la doctrina podría concurrir esta eximente cuando se acredite que el encargo de la negociación al intermediario se ha hecho en función de sus características profesionales y que su labor se realizó en el ejercicio de la actividad profesional²¹³. En nuestra opinión el alcance que debe reconocerse a esta eximente ha de referirse a las actuaciones que el profesional ejercita dentro de la órbita de sus deberes relativos a la protección y defensa de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, y si bien es cierto al realizar la conducta de intermediario quizá pueda actuar en defensa de la víctima, para acabar con la situación que le aqueja, resulta sumamente difícil de probar que esta conducta se realiza “en ejercicio de la profesión”.

Más probable de concurrir es la causal de justificación relativa al estado de necesidad puesto que se cumplen en la práctica sus requisitos: la víctima se encuentra en una situación de

²⁰⁸ Así la jurisprudencia STS 17-11-1994 (caso Elosúa y Arratibel). En la doctrina, LAMARCA, 1993 b), p.59; FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, pp.414-415.

²⁰⁹ LAMARCA, 1993 b), p.59, nota 52.

²¹⁰ También LAMARCA llega a esta conclusión pero partiendo de otros parámetros: la aplicación del principio de especialidad obliga a calificar la mediación como participación en el delito de amenazas condicionales con concurrencia de la circunstancia agravante del art. 57 bis a). LAMARCA, 1993 b), pp .60-61.

²¹¹ Así MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.782, LAMARCA, 1993 b), pp.62 y ss.

²¹² STS 17-11-1994 (*Caso Elosúa y Arratibel*)

²¹³ LAMARCA, 1993 b), p.62.

necesidad siendo el mal causado (colaboración con organización terrorista) inferior al que se pretende evitar (privación de libertad de la víctima)²¹⁴. Estimamos que esto resulta válido cuando se trata de la conducta del intermediario en un delito de detenciones ilegales, más resulta difícil probar que el mal causado pueda ser inferior al que se trata de evitar en el caso de las amenazas condicionales. Aquí habrá que ver la entidad de la amenaza, es decir, el delito que supuestamente constituye el mal, si éste es de mayor o igual gravedad que el mal que supone cooperar con una organización terrorista cabría aplicar esta causal de justificación²¹⁵.

La jurisprudencia, en cambio, se ha mostrado reacia a admitir la existencia de esta causal de justificación basándose de un lado, en la no concurrencia del requisito relativo a un mal de menor gravedad al que se pretende evitar²¹⁶, y de otro lado en el elemento subjetivo relativo a la intención o propósito del mediador en la conducta, no ya en relación a su propósito de colaborar con la organización terrorista, sino de “evitar un mal ajeno”²¹⁷ de manera tal que si éste se ve enturbiado por otros móviles se puede eliminar la eximente o en el mejor de los casos, degradarla al Estado de considerarla imperfecta.

4. DELITOS COMUNES REALIZADOS AL MARGEN DE LAS BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS. (Art. 577).

Art. 577: “Los que sin pertenecer a banda armada, 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 o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estrago, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones, o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior”.

El art. 577, como hemos señalado en el capítulo anterior, consagra un tipo penal *sui generis* de terrorismo, cuyo injusto se caracteriza por la ausencia en el tipo objetivo del elemento estructural, y por la preeminencia, en el tipo subjetivo, de elementos subjetivos finalísticos. Esto le determina como una hipótesis cualificada de determinados delitos, en base a la concurrencia de la finalidad típica propia de las organizaciones terroristas²¹⁸. El precepto tiene un régimen punitivo propio porque, a pesar de que las conductas enumeradas son prácticamente las mismas que las que se tipifican para el caso del sujeto relacionado con bandas armadas, no coinciden en su totalidad. Por otra parte, no le es aplicable la agravación de la pena prevista en el art. 572.2²¹⁹.

A) Tipo Objetivo.

A.1. Sujeto Activo puede serlo cualquiera que no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista. En este sentido se constituye como un tipo subsidiario (art. 8 CP, regla 2ª) respecto de los arts. 571, 572, 573, y 574, ya que de existir en el sujeto activo algún tipo de conexión o relación con dichas organizaciones, deberán aplicarse los preceptos correspondientes. Cabe recordar que la ausencia de las características objetivas de pertenencia o colaboración con una organización terrorista, no constituye, a nuestro juicio, un indicio de que

²¹⁴ LAMARCA, 1993 b), p. 63.

²¹⁵ Aplicamos la teoría unitaria en relación al estado de necesidad. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*, Ed. Civitas, 1984, pp.375 y ss.

²¹⁶ Así SAN 19/1993 (Caso Reizábal).

²¹⁷ Así STS 5-12-1994, SAN 5/1994.

²¹⁸ POLAINO NAVARRETE, 1997, p. 911.

²¹⁹ En esta opinión, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p.781.

el legislador prive de su importancia a “la organización” como elemento fundante de lo injusto. Mas bien pareciera que cumple una función de huida hacia el derecho penal, ante la imposibilidad de resolver problemas procesales de prueba de la relación con la organización terrorista. A este respecto, nos remitimos a lo señalado en su momento, reiterando que cuando no existe organización, la finalidad política se diluye.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido, en general, a evitar la aplicación de este artículo cuando existe algún elemento de juicio que permita establecer alguna relación del individuo con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas²²⁰. En tanto que la Audiencia Nacional se ha declarado competente para conocer de los hechos que puedan encuadrarse dentro del art. 577, específicamente de los hechos protagonizados por la “kale borroka”, piquetes de violencia callejera, a los que califica como “terrorismo impropio” por su “indudable vocación de violencia política” al pretender subvertir el orden constitucional. En tanto que, terroristas, resultan, según la AN, afectados por las restricciones de garantías que autoriza el art.55.2 de la CE y la LECrim²²¹.

El *sujeto pasivo* es la sociedad, al igual que en los casos anteriores.

A.2. La conducta.

Las conductas que se incriminan son casi las mismas que las descritas para el caso del sujeto relacionado con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (perteneciendo, colaborando o actuando al servicio). *No se comprenden* por no encontrarse mencionados en el precepto los *delitos contra el patrimonio* sancionados en el art. 575²²². Tampoco se comprenden los actos de colaboración a que se refiere el art. 576 del CP, aunque ello plantea un problema de identificación de la conducta que veremos al analizar la naturaleza jurídica de las conductas. Por último, existen otros delitos que no se encuentran tipificados expresamente en los arts. 571 a 574, y que se presentan en el art. 577, y viceversa, o bien suscitan duda. Analicemos caso a caso.

i) Homicidios.- El legislador al parecer emplea una técnica mucho más rigurosa en relación al art. 572.1. Recuérdese que en éste incrimina los atentados contra las personas en los que “se causare la muerte”. Ello produce, según veíamos, un quebranto al principio de igualdad porque se omite la valoración de las distintas hipótesis delictivas: asesinato, homicidio. En el art. 577, en principio, no se presentaría este problema, porque ya no habla del resultado de muerte, sino de homicidios, por lo que la remisión normativa debería hacerse, en estricto rigor, al art. 138 CP. No obstante, esto llevaría al contrasentido de excluir al asesinato (art. 139) dentro del ámbito de punibilidad del art. 577, y en cambio, sí comprender al homicidio.

Esta contradicción puede salvarse considerando que el legislador se refiere en plural a homicidios, de donde se entiende que se comprende el asesinato y más hipótesis delictivas. A diferencia del art. 572.1, la omisión en la diferenciación entre las diversas hipótesis delictivas, no produce un quebranto a los principios de proporcionalidad e igualdad. La pena prevista para el delito cometido es la que corresponde al hecho cometido, en su mitad superior. Luego, la pena será distinta según se trate de homicidio o de asesinato.

²²⁰ El Tribunal Supremo estimó, acogiendo parcialmente un recurso de casación (1765/1997-P) que *no procedía* calificar los hechos como un delito continuado de terrorismo del art. 577 en concurso con delito de estragos de los arts. 346 y 74 del CP porque, conforme a la Sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, los procesados se hallaban al menos “encuadrados en la organización terrorista ETA”. STS de 8-3-1999, núm. 73/1999 (RJ 1999\1299). *Fund. jurídico segundo*.

²²¹ Auto de la Sala de Lo penal de la AN de 11-05-2000, desechando la pretensión de artículo de previo y especial pronunciamiento interpuesto por la defensa en juicio contra cinco jóvenes acusados de quemar una cabina de Euskotren en agosto de 1998 en Guipúzcoa.

²²² Así, MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.781. Opinión distinta tiene PRATS CANUT, 1996 a), p. 1591, 2ª ed. 1999, pp.1631-1632 quien sí estima comprendidos los delitos contra el patrimonio sin dar razón de ello.

ii) Lesiones.- El art. 577, reformado por la LO 7/2000, no solo contempla las lesiones de los arts. 149 y 150 (lesiones graves), sino asimismo a las de los arts. 147 y 148 CP. En este sentido la reforma vino a dar coherencia interna al precepto al contemplarse prácticamente los mismos supuestos que para los delitos relacionados con bandas armadas u organizaciones terroristas (arts. 572.1, 2º y 3º). Se excluirían las “lesiones-falta” (art. 617 CP), que sí son castigables a título de terrorismo, en virtud del art. 574, y solo para casos relacionados con bandas armadas, u organizaciones terroristas. En cuanto a la estructura típica de cada uno de estos tipos de lesiones nos remitimos a lo señalado en relación al art. 572. Por último, cabe destacar que en este caso la penalidad asignada parece adecuarse más al principio de proporcionalidad ya que no se asigna pena única, como ocurre en los casos del art. 572.1, sino que se aplica la correspondiente al delito cometido, agravada en su mitad superior.

iii) Secuestro.- Los elementos del secuestro en relación con el art. 577 son básicamente los mismos que hemos indicado al examinar el art. 572.1,2º, salvo en cuanto al sujeto activo. También en este caso existe una adecuación al principio de proporcionalidad ya que, a diferencia de lo que ocurre tratándose de bandas armadas (art. 572.1,2º), el secuestro no tiene una pena única, sino que se aplica la correspondiente a, pero en su mitad superior.

iv) Detenciones ilegales, amenazas o coacciones.- Se corresponde con la incriminación que de los mismos se realiza en el art. 572.1,3º para el caso de bandas armadas. Presenta, al igual que éste problemas de amplitud en la incriminación y dificultad para identificar qué tipo de detenciones ilegales, de amenazas y coacciones pueden ser cualificadas como delitos de terrorismo. Pero, a diferencia de lo que ocurre en el art. 572.1, 3º, en el que la pena para estas diversas conductas es uniforme y única, la sanción en el art. 577 se aplica sobre la base del delito común cometido, aumentándola en su mitad superior, situación que se adecua al principio de proporcionalidad.

v) Estragos e Incendio.

Al sancionarse la comisión de “cualesquiera delitos de incendio, estragos...”, no puede entenderse si el legislador se está refiriendo a los delitos de incendio y estragos que se incriminan en relación a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, descritos en el art. 571 en relación con los arts. 346 y 351, o si se está refiriendo también a otros tipos penales. En concreto, a “todos” los delitos de incendio comprendidos en el Capítulo II del Título XVII del Libro II del CP, y a “todos” los delitos de estragos, esto es, al art. 346 y al art. 347 que se refieren a la imprudencia grave. Empleando un criterio sistemático de interpretación, cabe destacar que los delitos de terrorismo, por excelencia, en el CP lo son todos aquellos que se tipifican en relación a “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Por ello es que, la remisión normativa debe limitarse a los arts. 351 y 346 del CP puesto que son aquellos que se incriminan en el art. 571.

De acuerdo a lo que manifestábamos al examinar tales delitos, los tipos penales en ambos casos requieren la existencia de un *peligro para la vida o integridad de las personas*, elemento que constituye el núcleo del tipo penal²²³. Cuando este riesgo para las personas no existe, el que actúa perteneciendo o colaborando con bandas armadas, puede ser sancionado en virtud del art. 574 del CP en relación con el delito de daños del art. 266. Hasta antes de la LO 7/2000 esta situación no se daba tratándose del caso en que el sujeto ejecuta la misma conducta, pero sin pertenecer o relacionarse con banda armada. Así por ejemplo, el incendio de un autobús, no podía ser considerado un delito de terrorismo en virtud del art. 577, cuando no se daba el peligro para las personas. Imaginemos el incendio de un autobús vacío de pasajeros y

²²³ GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Delitos contra la seguridad colectiva*”, en *Curso de DP. Español. PE*, T.II, dirig. por COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.93-124, esp. pp.107 y ss.

guardado. La nueva redacción del art. 577 se preocupa expresamente de incluir en el elenco típico del art. 577 a los delitos de daños, los que veremos a continuación.

vi) Daños.

Antes de la LO 7/2000 el legislador no contemplaba específicamente, en la sección de los delitos de terrorismo, la comisión de delitos de “daños”, si bien es cierto que ellos pueden ser cualificados en virtud de la cláusula genérica del art. 574, contemplada para el caso específico de los que pertenecen, colaboran o actúan al servicio de organizaciones terroristas. En este contexto, y en el caso del que actúa al margen de las organizaciones terroristas, era imposible castigar a título de terrorismo los delitos de daños, al no encontrarse específicamente tipificados.

En su nueva redacción, el art. 577 se remite normativamente a los daños de los tipificados en los arts. 263 a 266, 323 ó 560, figuras que fueron introducidas por la LO 7/2000 y que deben examinarse en relación con la modificación experimentada por los arts. 266, 346 y 351. El ensanchamiento del tipo de injusto encontraría su justificación en la necesidad de adecuarse a “las exigencias impuestas por una realidad cuya periódica repetición impone nuevas soluciones jurídicas”, ya que “no cabe duda que mediante ciertas conductas destructivas, el agente añade a su propósito una evidente finalidad intimidatoria que no está abarcada por el tipo penal y que, consecuentemente, queda sin sufrir el reproche de que se hace merecedor”²²⁴.

Como consideraciones generales cabe tener presente que el CP no brinda un concepto de daños, sino que se remite a otorgar un elemento positivo: ellos están en relación con la propiedad, y uno negativo: No debe tratarse ni de incendios ni de estragos. Jurisprudencial y doctrinariamente han sido definidos como “toda destrucción, deterioro o menoscabo de cosas ajenas”²²⁵. Lo que se protege es la capacidad de disposición del propietario respecto de la cosa, capacidad que se ve menoscabada cuando el daño afecta su materialidad misma, en la medida que ella tiene una relevancia económica. Cabe destacar que el comportamiento ilícito puede ser por acción u omisión (si hay posición de garante respecto de la propiedad ajena), y consiste en el deterioro de la cosa por cualquier medio. Es necesario para su perfeccionamiento que se produzca el resultado material.

El art. 263 establece el tipo básico de daños, que a su vez es residual respecto de otras figuras: “El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código...”. El art. 264 se refiere también a daños en la propiedad ajena. El art. 265 se refiere al daño grave, destrucción o inmovilización de establecimientos o instalaciones militares; y el art. 266 se refiere, en general, a los daños causados mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas.

De todas éstas nos referiremos a las comprendidas en el art. 266²²⁶, puesto que son las que han sido objeto de reforma por la LO 7/2000. En primer lugar, cabe destacar que en ellas se ha aumentado considerablemente la pena en determinados supuestos, lo que resulta criticable desde una perspectiva político criminal. La LO 7/2000 fue concebida para agravar aun más el tratamiento jurídico al terrorismo, y en ello se ha visto involucrado el derecho penal común. Para nadie es una novedad que la agravación de los “delitos comunes de daños” obedece a la reiterada comisión de los mismos por parte de grupos que actúan en el marco de la violencia callejera. Esto viene a suponer que la respuesta penal al terrorismo se extiende a todos los ámbitos en que puedan producirse daños. En segundo lugar, esto viene a suponer una doble agravación de la pena ya que, “quien sea autor de los delitos de daños de los artículos 263 a 265,

²²⁴ Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de la LO 7/2000.

²²⁵ Por todos, BUSTOS, J. *Manual de DP.PE.*, 1991, p.216.

²²⁶ Sobre la estructura típica de los delitos de daños, consúltese *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp.587 y ss.

si concurren las circunstancias del artículo 266 y también el dolo del art. 577, será castigado, según el Anteproyecto, con una pena mayor que la actual, y en su mitad superior”²²⁷.

Señala el art. 266:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o integridad de las personas.

2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 264, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.

3. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los artículos 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo.

4. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva, y además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior.

En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351”.

A su vez, hay que tener presente que por la modificación a los arts. 346 y 351, tanto los estragos como los incendios, cuando no concurre peligro para la vida o integridad de las personas, serán castigados como delitos de daños previstos en el art. 266.

Los supuestos enumerados en los tres primeros apartados del art. 266 agravan la pena en caso de cometerse los daños tipificados en los arts. 263, 264, 265, 323 y 560, “mediante incendio o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o poniendo en peligro la vida o integridad de las personas”. Cabe destacar que el legislador, en ese afán de querer abarcarlo todo, ha empleado una técnica legislativa inadecuada al crear subtipos agravados de delitos cuyo bien jurídico protegido es totalmente distinto, aplicando una misma y única penalidad para supuestos que, en su modalidad no agravada, tienen sanción distinta. Veamos por qué:

En los delitos de daños de los arts. 263, 264 y 265, el objeto de tutela penal es el derecho de propiedad, mientras que en el delito del art. 323, es el patrimonio histórico, y en el delito del art. 560, el orden público. Si bien en los dos primeros casos (arts. 263 y 264) la pena es distinta según los apartados 1 y 2 del art. 266, no ocurre lo mismo con la situación prevista en el apartado tercero que castiga con una misma y única pena de cuatro a ocho años de prisión supuestos que en su modalidad básica tienen asignada una pena distinta. Se equipara la pena para un delito de daños (art. 265), que protege el derecho de propiedad y que es castigado con la pena de dos a cuatro años de prisión; para un delito contra el patrimonio histórico (art. 323) y cuya pena es prisión de uno a tres años; y para un delito contra el orden público (art. 560), cuya pena es de uno a cinco años de prisión.

El apartado 4 del art. 266 establece asimismo una agravación de la pena cuando los daños se cometieren a través de explosiones o utilizando medios de similar potencia destructiva y además se pusiere en peligro la vida o integridad de las personas, y se remite al art. 351 en el caso que dicho peligro concurre con la producción de un incendio. A su vez, los arts. 346 (estragos) y 351 (incendio) se remiten normativamente a los daños previstos en el art. 266 cuando no concurre el peligro mencionado. En opinión de algunos autores y del Consejo de Estado esta remisión normativa de los arts. 346 y 351 al 266 aparece como inútil ya que tanto los estragos como el incendio requieren para la satisfacción del tipo penal, la necesaria causación de un riesgo para las personas, de donde resulta que si tal riesgo no se da, y se producen igualmente daños, “ya se aplicarían los tipos correspondientes tipos del art. 266 sin necesidad de remisión alguna”, “a no ser que se entienda que la remisión de los arts. 346 y 351 a

²²⁷ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la LO 7/2000

los delitos de daños del art. 266 se realiza en todo caso, esto es, existan o no daños materiales, lo cual dotaría de sentido a estas cláusulas pero sería totalmente absurdo”²²⁸.

En nuestra opinión, la superficialidad de esta remisión normativa no se encuentra tanto en el carácter residual del delito de daños, ya que lo que el legislador quiere dejar en claro es que la conducta debe castigarse conforme a los subtipos agravados del art. 266, y no a otro delito de daños de los tipificados en los arts. 263, 264 y 265 del CP. En este sentido ya la remisión deja de ser inútil puesto que excluye del ámbito de aplicación a otras figuras de similar naturaleza. A su vez, esto denota el deseo del legislador de agravar el tratamiento jurídico a los casos de violencia no organizada. En donde sí carece de efecto la remisión del art. 577 al 266 es en el supuesto previsto en su apartado 4, ya que como ha señalado el Consejo de Estado “cuando además del supuesto de hecho del art. 266.4 concurre también el dolo terrorista, la remisión del art. 577 al 266 carece de efecto alguno, porque ambos preceptos se solapan”.

Además, hay que considerar que, de acuerdo a la actual normativa, se asigna la misma pena a quien provocando una explosión causa un riesgo para las personas (art. 266), que a quien causando la misma explosión, pero con finalidad “terrorista” solo produce daños materiales. Esto implica asignar la misma pena en función de elementos subjetivos, y no en función del peligro para las personas, que en teoría sería la causa de agravación de la misma²²⁹. Esta situación se exaspera aún más si consideramos que nos encontramos ante una figura en la que el concepto legal de terrorismo resulta cuestionable, ya que no se exige la conexión del sujeto activo, con una organización terrorista.

vii) Delitos relacionados con armas, municiones, sustancias o aparatos explosivos.

Se incrimina al sujeto que no teniendo relación con estructuras terroristas que cometiere “*cualesquiera delitos de tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones, o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes.*”

La LO 7/2000 vino a precisar el contenido de la incriminación incluyendo las conductas típicas de fabricación, transporte y suministro; y como nuevos objetos materiales a las sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o sus componentes. Con ello el legislador pretendió resolver “las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo”²³⁰. Antes de la modificación, al no existir remisión normativa expresa no podía saberse si el legislador se estaba refiriendo a las conductas descritas en los arts. 563 al 567 del CP (excluyendo al art. 568 relativo a sustancias y aparatos explosivos); o a las conductas que se describen en el art. 573 (delitos de terrorismo). La redacción gana en precisión, cumpliendo con el principio de taxatividad, pero a costa de adelantar excesivamente la barrera de protección penal²³¹.

Las conductas descritas en el art. 577 deben decir relación con los arts. 553 a 568. Nos remitimos a lo señalado en su oportunidad para las mismas en relación con el art. 573. Queda excluida, a nuestro juicio, la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o

²²⁸ En esta opinión, VARDAMAN, “*Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los límites del ius puniendi*”, Premio Dorado Montero, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, 2001, sin publicar, p. 26.

²²⁹ En opinión de VARDAMAN, se equipara en este supuesto “la finalidad del terrorista con la puesta en peligro de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida o la integridad física, lo cual es inaceptable”. Ob.cit., 2001, p. 26.

²³⁰ Según Exposición de motivos de la LO 7/2000.

²³¹ Antes de la reforma quedaban excluidas: **a)** La tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, **b)** las conductas de fabricación, transporte o suministro de cualquier forma de armas o municiones, **c)** las conductas de fabricación, transporte o suministro de cualquier forma como de sustancias, aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, y **d)** la mera colocación o empleo de tales sustancias o los artificios adecuados.

artificios adecuados, descrita en el art. 573 para el caso de sujetos relacionados con bandas armadas u organizaciones terroristas. Esto por dos razones:

Primero, porque el *principio de lesividad* obliga a interpretar el art. 577 exigiendo que conb las conductas se ponga en peligro el bien jurídico colectivo que se protege, lo que es bastante difícil cuando se trata de un sujeto no relacionado con bandas armadas que meramente coloca o emplea tales sustancias o sus artificios. A este respecto conviene tener presente que las conductas de las conductas de fabricación, transporte o suministro, descritas en el art. 568 CP deben ser potencialmente peligrosas, así como los objetos materiales, los que deben tener, tanto cualitativa como cuantitativamente un potencial lesivo capaz de representar un peligro para la comunidad²³².

Segundo, porque en el CP se castigan con independencia conductas consistentes en el establecimiento de depósitos de “armas o municiones” (art. 566 CP) de las que se concretan en la constitución de depósitos de “sustancias o aparatos explosivos” (art. 568 CP) pudiendo presentarse ambas infracciones en concurso real²³³. A su vez, la naturaleza jurídica del art. 573, delito de terrorismo, es ser una cláusula específica de agravación que se proyecta sobre cada uno de los delitos y conductas típicas que se incluyen en su texto, es decir, de los arts. 566 y 568 del CP. No se trata pues, de una modalidad o subtipo agravado, que refunde en su texto varias conductas que consideradas aisladamente serían penadas y calificadas con independencia, ya que ello llevaría al contrasentido de que el legislador en los supuestos en que los delitos de depósito de armas y explosivos fuesen cometidos por personas no relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas, abrirían paso al concurso real, mientras que, cuando ambos delitos son cometidos por personas integradas en bandas terroristas, se produciría una incomprensible unidad delictiva que favorecería a estos autores, con lo que se contravendrían los criterios político criminales que se siguen en el CP para sancionar los delitos de terrorismo²³⁴.

Realizada esta precisión, es preciso señalar que si seguimos los razonamientos del legislador, no habría razón para excluir a las conductas de tráfico, transporte y suministro de armas, municiones, o explosivos en relación al “terrorista individual”, si se las contempla para el “terrorista organizado” en el art. 573 CP. Aún con toda la crítica que nos merece la consideración de un tipo penal de terrorismo que carece de uno de sus elementos centrales: la organización, y que es la que le da precisión a la finalidad política, propia del terrorismo.

Lo que nos parece mas grave en lo inmediato es que, en virtud del art. 577, reformado por la LO 7/2000 pueden llegar a castigarse a título de terrorismo, a quienes sin tener conexión alguna con organizaciones terroristas, ejecutan conductas que en algunos casos constituyen verdaderos actos preparatorios de otros delitos. Así por ejemplo, el joven de quince años que transporta en su mochila una botella de keroseno o gasolina. La cualificación como terroristas conforme al art. 577 procede cuando a juicio del tribunal los elementos que se transporten permiten deducir que éstos pueden ser utilizados para cometer otros delitos, ni siquiera de terrorismo, sino que perfectamente podrían ser por ejemplo, de desórdenes públicos. Por otra parte, esto resulta contradictorio con la impunidad en que, según se ha interpretado, quedaría una conducta mas grave como lo es la de mera colocación o empleo de tales sustancias o artefactos.

B) Tipo Subjetivo:

El dolo genérico será el correspondiente a cada uno de los delitos cometidos, esto es, conciencia y voluntad de matar, lesionar, atentar contra la libertad, etc. No obstante, hay que

²³² CARBONELL MATEU, 1996 a), p.800.

²³³ Así STS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321). *Fund. de derecho tercero*.

²³⁴ STS 1237/1998 de 24-10-1998 (RJ 1998/8321). *Fund. de derecho tercero*.

considerar que deben concurrir en el agente la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional. Esto significa que su acción debe estar encaminada por cualesquiera de dichas finalidades, alternativas, para lesionar el bien jurídico. Son elementos subjetivos específicos de tendencia interna intensificada. A pesar de esta interpretación, cabe hacer algunas consideraciones:

Primero, en relación a la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, si se considera que es solo la finalidad política el elemento que va a teñir el concepto dogmático de terrorismo nos encontraremos a lo menos con dos contradicciones en relación a los principios básicos del derecho penal: Por una parte, se contradice el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ya que, como señalaron en la discusión parlamentaria los sres. Diputados de IU-IC, cuando no existe organización armada la finalidad política en el terrorismo carece de precisión²³⁵, es decir, no aparece clara la posibilidad de la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático. Por otra parte, se está relegando a un segundo plano el disvalor objetivo de la conducta y penalizando, en primer lugar, la intención, lo que va de la mano con el desarrollo de políticas penales de corte autoritario²³⁶.

Segundo, este desacierto legislativo se ha visto incrementado al añadirse, por la LO 7/2000, y como finalidad alternativa a las anteriores, la de “contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”. Quienes se muestran a favor de tal inclusión argumentan sobre la base de que “estas acciones no se limitan a dañar bienes individuales o colectivos, sino que persiguen atemorizar a una población o colectivo para favorecer los fines terroristas”²³⁷.

En mucho nos recuerda a lo que señala el art. 1º de la ley 18.314 chilena, que establece como requisito para la incriminación terrorista que el delito “se cometa 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...”. Pero el legislador español va incluso más allá, o retrocede, si se prefiere, a los arcaicos modelos de incriminación del terrorismo, que se basan en la “consecuencia” de alarma o pánico social que producen los atentados terroristas. Las razones para estimar que no es éste un elemento capaz de delimitar, de por sí, la definición de terrorismo, las hemos examinado latamente en el capítulo anterior.

Desde el punto de vista estrictamente sustantivo, y como se ha puesto de manifiesto en otro lugar, en el terrorismo la naturaleza jurídica de la finalidad de atemorizar es un medio en la conducta. Ello queda corroborado por el propio legislador al incriminar, alternativamente (“o”) la finalidad de “contribuir a estos fines”, es decir, a los fines políticos (subvertir el orden constitucional) o de seguridad ciudadana (alterar gravemente la paz pública), “atemorizando” (gerundio) a los habitantes de una población, etc., por lo que implícitamente está considerando que el “atemorizar” es un medio para conseguir dichos objetivos. El legislador no hace sino describir una de las formas en las que la actividad terrorista pretende conseguir sus fines políticos, por lo que no es posible construir un tipo penal de terrorismo basado tan solo en esta consideración. Por otra parte, el verbo “contribuir” debe ser interpretado incluyéndolo dentro de la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que es lógico que si el autor persigue tales fines, buscará los medios para “contribuir” a su realización.

²³⁵ IU-IC (C/519/15897 y 15905). Cfr. LÓPEZ GARRIDO-GARCÍA ARÁN. 1996, p.206.

²³⁶ Esta situación se observó especialmente en la legislación italiana (Ley 15 de 6 de febrero de 1980) en la que la “agravante de naturaleza subjetivo finalista” no se limitó a incidir solo en materia procesal sino que constituyó el presupuesto para la aplicación de “varios regímenes especiales”. BARATTA-SILBERNAIG. “*La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal*”, en DP, año 8, 1985, p. 570. Mas ampliamente PALAZZO, F. *Le recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1982.

²³⁷ Exposición de motivos LO 7/2000.

De allí que, como ha señalado el Consejo general del Poder Judicial “la nueva redacción tiene en realidad escasa trascendencia práctica, por cuanto lo que verdaderamente determina la punibilidad del art. 577 es que las actividades delictivas previstas en la norma persigan subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, con independencia de cuáles sean los medios para alcanzar dicha finalidad”. A ello podemos agregar que lo innecesario de esta previsión se da toda vez que el sentimiento de alarma o temor es un elemento que viene ya incorporado en la conducta típica dentro de la finalidad terrorista, y como medio para alcanzarla. El que comete el delito de incendio de un autobús en una parada llena de personas, seguramente persigue atemorizar para alcanzar la finalidad ulterior (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, y esta atemorización que se produce en las personas aparece mas bien como una “consecuencia” del acto y no como “causa” o “intención” última de los autores. Además, el temor no puede graduarse objetivamente. Consideremos la influencia de los medios de comunicación al servicio de determinadas ideologías.

Por otra parte, no parece acertada la referencia a colectivos sociales, políticos o profesionales, porque si bien en estos dos últimos casos (político y profesional) la identificación del colectivo pueda realizarse fácilmente, no lo es tratándose de un “colectivo social”. Colectivo social puede ser cualquier agrupación de personas, de manera tal que habría bastado con referirse a los habitantes de una población o parte de ella.

Lo que resulta preocupante es que con la inclusión de esta finalidad el legislador torna aún mas confuso el concepto legal de terrorismo, eliminando la frontera entre los delitos de terrorismo y la de los delitos comunes. Esto porque el art. 577 ya viene a ser una excepción al concepto legal de terrorismo al incriminar ciertas conductas como delitos de terrorismo, aún cuando el sujeto que las cometa no esté integrado en una banda armada u organización terrorista. Carece del elemento estructural, presente en el concepto legal de terrorismo. Si a esta carencia agregamos el hecho de que ya no sea necesario tener la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sino que bastaría con la “finalidad de contribuir a estos fines atemorizando a...”, entonces nada queda de los elementos de la definición de terrorismo, que son los que nos permiten distinguir este tipo de acciones de los correspondientes delitos comunes: “si hasta ahora la frontera entre los delitos comunes de desórdenes públicos o atentados a la autoridad y este tipo de terrorismo era muy tenue, con la reforma esta frontera sencillamente ya no existe...”²³⁸.

De allí que, en nuestra opinión, la finalidad alternativa de “contribuir a tales fines, atemorizando a los habitantes de una población, o de un colectivo social, político o profesional” ha de ser interpretada como la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que es imposible perseguir la finalidad terrorista si no es “contribuyendo” a ella a través de la comisión de delitos, que a su vez tiendan a producir un sentimiento generalizado de temor.

C) Naturaleza jurídica de las conductas. Los límites con la “colaboración”.

La constatación de que la colaboración, en cuanto elemento de lo injusto en los arts. 571, 572 y 574 CP es una conducta de autoría directa nos lleva al problema relativo a la conducta delictiva de quienes sin pertenecer a las citadas organizaciones, realizan delitos comunes con la misma finalidad que aquellas (art. 577 del CP). Se trata también de una conducta de autoría directa con la misma finalidad “subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública”, limitándose el legislador a exigir “la no pertenencia” a la organización.

La verdad es que no puede comprenderse el cómo puede llevarse a cabo las conductas delictivas allí mencionadas con la antes dicha finalidad sin “colaborar” o contribuir a la

²³⁸ LAMARCA, C. 2001, pp.105-106.

estrategia de los grupos terroristas²³⁹. Y esto se ve corroborado aún más tras la reforma de la LO 7/2000 (“contribuir a estos fines atemorizando”). Aquí el elemento teleológico no puede servirnos como criterio diferenciador por lo que habrá que buscarlo en la relación que el individuo mantenga con la organización. La doctrina estima que en los supuestos de los arts. 571, 572 y 574 se exige una *relación directa* con la organización: pertenecer (integrar), actuar al servicio o colaborar con el objeto de contribuir al desarrollo de su estrategia política, de común acuerdo y en relación con ella, mientras que en el art. 577 el sujeto ha de cometer los delitos con las mismas finalidades, pero sin tener relación con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas²⁴⁰.

D) Clasificación de los delitos

En atención al tipo de conducta de que se trate, el delito podrá ser de mera actividad o resultado, instantáneo, permanente o de estado, de medios determinados o resultativos, etc. A este respecto nos remitimos a lo señalado en relación a los arts. 571 a 573 CP ya examinados. Al igual que en los casos anteriores, se trata de delitos de tendencia interna intensificada, dada la presencia de los elementos subjetivos especiales. De acuerdo a los sujetos, se trata de delitos comunes ya que cualquiera puede ser sujeto activo. La regla general es la no pertenencia a una organización terrorista.

En relación con el bien jurídico protegido, el grado de riesgo para la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático parece aún más remoto que en el caso de los delitos cometidos en el marco de una organización terrorista. Si ya es dudoso afirmar con claridad que en todos y cada uno de los delitos descritos en los arts. 571 a 574 existe una lesión o peligro concreto para el bien colectivo, imaginémonos en el caso de que esos mismos delitos sean cometidos al margen de dichas organizaciones. Es la organización la que cualifica la violencia y da contenido y precisión a la finalidad política, y lo que en definitiva determina el mayor o menor grado de proximidad de la lesión al bien jurídico colectivo que se protege.

Faltando la organización, las conductas que se incriminan en el art. 577 en teoría deben ser consideradas como *delitos de peligro abstracto*, independientemente de que se trate de una conducta de estragos, o de cualquier otra. Ninguna de ellas es capaz de producir un “resultado de peligro” para el ordenamiento constitucional democrático.

E) Consumación

A pesar de la consideración como delito de peligro abstracto, cabe señalar que, en cuanto a la consumación del delito, éste comparte las características de los ya examinados. El delito se perfecciona cuando habiendo realizado la conducta típica (delito común), se pone en peligro el bien jurídico colectivo, para lo cual no hace falta que se produzca efectivamente un resultado de lesión, p.ej. muerte, lesiones, daños. Aquí es donde adquiere relevancia la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, porque es ella la que dotaría a los delitos comunes de la cualificación de terrorismo.

Y esta cualificación de terrorismo es la que serviría como indicador para establecer un “resultado de peligro” en relación al bien jurídico protegido. Así se sanciona, por ejemplo, como tentativa de “homicidio terrorista” del art. 577, cuando se hubiere principiado a la ejecución del delito, por parte de un sujeto que sin pertenecer a banda armada, realiza su acción con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. En caso de producirse el resultado exigido por el tipo penal, existiría un concurso ideal entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual (art. 77 CP).

²³⁹ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.802. LUZÓN CUESTA, 1998, p.361.

²⁴⁰ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.802, LUZÓN CUESTA, 1998, p.361, FERNÁNDEZ-GANZEMÜLLER y otros, 1998, p.406.

F) Penalidad.

La sanción establecida en el art. 577 es uniforme y proporcional para todas las hipótesis delictivas de que se trate. Ella consiste en la imposición de la pena correspondiente al delito cometido en su mitad superior, cuyo fundamento es la concurrencia de la finalidad específica que requiere el tipo. El art. 577 viene a ser una agravante específica o genérica al delito común cometido²⁴¹.

La técnica de agravación de penas que se establece en este artículo, nos parece la mas adecuada a los principios de proporcionalidad e igualdad, puesto que, como exige el nomen iuris terrorismo, la sanción debe ser más agravada, pero sobre la base del hecho cometido. No es esto lo que se produce en el art. 572, por ejemplo, que establece penas únicas de prisión a conductas tan dispares.

5. TIPOS AUTÓNOMOS DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.

5.1. Consideraciones generales sobre la apología

1. - La apología, tradicionalmente en el sistema punitivo español, no ha sido incluida como titulo autónomo de incriminación, sino solo excepcionalmente en el caso de la “apología de la actividad terrorista” contenida en el art. 216 bis a) del CP 1973, figura que luego de haber sido derogada por la LO 9/1984, fue introducida en el Código penal por la LO 3/1988. El CP de 1995, en principio, no sancionaba la apología de los delitos de terrorismo en específico, sino que, adaptándola a las exigencias constitucionales la castigaba en la Parte General, en cuanto forma de provocación. A partir de la LO 7/2000 fue reintroducida al ordenamiento penal español, “con independencia” del art. 18 CP, según señala la Exposición de Motivos de dicho texto.

La doctrina²⁴² y la jurisprudencia²⁴³ coinciden en definir el núcleo típico de la apología como la “alabanza, el elogio, la exaltación”, de acciones delictivas o de sus autores. No coinciden en cuanto a su punición como delito autónomo o como un acto previo de ejecución o preparación del delito (forma de provocación). Quienes estiman que ella ha de punirse como un delito autónomo, consideran que el bien jurídico protegido es el orden público o la paz pública. Así para GONZÁLEZ GUITIÁN²⁴⁴, la comisión de un delito de apología no tiene la capacidad de crear un riesgo de comisión de un delito concreto, sino un peligro de ejecución de algún delito mas o menos próximo al elogiado, mas no precisado. Esto a su vez pone de relieve que la discusión se centra principalmente en la capacidad de afectación de algún bien jurídico. Una opinión similar es la que sostienen LAMARCA²⁴⁵ y MANZANARES SAMANIEGO²⁴⁶.

²⁴¹ Así, PRATS CANUT, 1999, p.1631; BARÓN QUNTERO, 1999, p.279.

²⁴² ARROYO ZAPATERO, L. “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo”, en CPC Nº15, 1981, p.283, CARBONELL MATEU, J.C., “Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado”, en CLP, T.II, *El derecho penal del Estado democrático*, Madrid, 1983, p.239, MAQUEDA ABREU, M. “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en PJ, Nº 9, 1988, p. 16, GONZÁLEZ GUITIÁN, L. “La apología en la reforma penal” en V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, RFDUCM, Monográfico nº 6, 1983, p. 283, DEL ROSAL BLASCO, 1996, p. 77, REBOLLO VARGAS, 1997 a), p.113.

²⁴³ Véase por todas, STC 199/1987 de 16 de diciembre y STS de 17 de enero 1969.

²⁴⁴ GONZÁLEZ GUITIÁN, L. 1983, p. 390.

²⁴⁵ LAMARCA, 1985, p. 281.

²⁴⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Estudio de la LO 4/1980 de 21 de mayo de reforma del Código Penal*, Madrid, 1982.

En la otra postura, CARBONELL²⁴⁷, sostiene que la apología sólo es punible en cuanto exista un ánimo de provocar la comisión de futuros delitos. Técnicamente se correspondería con un acto preparatorio, en concreto, una forma de provocación al delito. En una posición similar, con ciertas matizaciones, ARROYO ZAPATERO²⁴⁸ exige la presencia de este ánimo o finalidad en el autor pues, ello se desprendería de la fundamentación jurídico constitucional de la incriminación de la apología. Coincidiendo con este último, DEL ROSAL BLASCO²⁴⁹ exige el elemento voluntad o finalidad del autor de preconizar la ejecución del delito, esto es, el ánimo incitador.

2.- El CP de 1995 no consideró la apología como figura delictiva autónoma, sino que como forma de provocación intentando resolver el problema de constitucionalidad que se producía en la anterior legislación²⁵⁰. En opinión de un sector doctrinal, esto habría constituido un intento vano por incriminar autónomamente la apología, y en particular la apología del terrorismo, pues presenta características tales que se ha quedado sin un ámbito propio de aplicación²⁵¹.

El art. 18 CP la define como “la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva, como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

La primera característica de la apología es el *carácter público* que ha de tener para que sea punible, lo que se expresa en la frase “ante una concurrencia de personas”²⁵². Quizás fuese innecesario contemplar esta previsión ya que, se sobrentiende que si la apología no fuese ante una concurrencia de personas, es decir, pública, dejaría de ser apología y no sería mas que una mera opinión privada, impune²⁵³. La segunda característica es el núcleo típico consistente en el ensalzamiento del crimen o de su autor. La tercera: su consideración en cuanto forma de provocación.

La doctrina coincide en que el “enaltecimiento” del “crimen” o de su “autor” puede versar sobre cualquier *delito*, en abstracto, y a los autores en un concreto y determinado delito²⁵⁴. El art. 18 establece un *numerus clausus* de delitos cuya apología es, a su vez, delictiva entre los cuales se cuentan los delitos de terrorismo. También la jurisprudencia se pronuncia en este sentido: “El delito de apología delictiva requiere que el autor apologice bien sea hechos

²⁴⁷ CARBONELL MATEU, 1983, p. 242.

²⁴⁸ ARROYO ZAPATERO, L. 1981, pp. 393-395. En contra, Carmen LAMARCA, para quien la exigencia de un ánimo específico en el apologeta no puede deducirse de la letra de la ley, debiendo resolverse el problema “en el estricto marco del Derecho Positivo, evitando en la medida de lo posible cualquier interpretación creativa”. LAMARCA, C. 1985, pp.291 y ss.

²⁴⁹ DEL ROSAL BLASCO, 1996, pp. 80 y ss.

²⁵⁰ A este respecto téngase en cuenta la STC 159/1986 de 12 de diciembre (*Caso Egin*) y la STC 199/1987 que declaró inconstitucional, y parcialmente nulo, el párrafo 2º del núm. 1º del art. 1 de la LO 9/1984, en la medida que extendía la aplicación de los arts. 13 a 18 de la misma Ley a quienes hicieran apología de los delitos descritos en dicho artículo. Esto significaba una utilización indebida de la suspensión de derechos a que autoriza el art. 55.2 de la Constitución puesto que se extendía a “a delitos no comprensibles en el concepto de actuación de bandas armadas y elementos terroristas como son los relativos a la rebelión y a la apología de los delitos comprendidos en la propia ley, delitos que no coinciden necesariamente con aquéllos a los que se refiere el citado precepto constitucional, sin que pueda admitirse aquí la analogía”. STC 199/1987 de 16 de diciembre (RTC 1987\199). Para un comentario acerca de ambas sentencias, MAQUEDA ABREU, 1988, pp. 9 y ss.

²⁵¹ POLAINO NAVARRETE, “*Apología y encubrimiento del terrorismo*”, en *La Criminalidad organizada ante la Justicia*, dirig. por Faustino ALVIZ.-CONRADI, Publicaciones Univ. de Sevilla, 1996, p.42. Similar, DEL ROSAL BLASCO, 1996, p.70.

²⁵² DEL ROSAL BLASCO, 1996, p. 86, REBOLLO VARGAS, 1997 a), pp.117-120, 1997 b), p. 36, SERRANO BUTRAGUEÑO, L. “*Provocación y apología*” en *Código Penal de 1995, (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 255.

²⁵³ En este último sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, L., 1999, p.255.

²⁵⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, L., 1999, p.255.

delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado.... Consecuentemente, este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por los delincuentes”²⁵⁵.

Ha de tratarse de un delito futuro, pues no es punible a título de apología, la simple referencia a delitos ya perpetrados, así como tampoco “la mera satisfacción que no se oculta o la simple aprobación”²⁵⁶.

Por *incitación* debe entenderse el acto de influir o tratar de influir sobre alguna persona para la comisión de un delito²⁵⁷, lo que en el caso del terrorismo se traduce en la incitación a la utilización de medios violentos apartados de los cauces democráticos de participación, que es además el elemento que otorga la significación penal a la organización y los fines de alteración del orden constitucional²⁵⁸. Pero además la norma exige que esta incitación sea “directa” con lo que refuerza aún más su carácter de provocación. Ello evitaría, a juicio de un sector doctrinal, la inconstitucionalidad detectada en la anterior regulación²⁵⁹. Se desprende asimismo que si no hay ánimo de incitar a la comisión de un delito, la conducta será impune, ya que “el dolo del apologista ha de abarcar no solo el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento del autor, sino también el elemento incitador”²⁶⁰.

Parece necesario recordar que si bien ensalzar el crimen puede constituir un desvalor ético-social, no puede confundirse este desvalor con un desvalor jurídico penal de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Siguiendo a GONZÁLEZ GUITIÁN²⁶¹: “Por muy reprobable que, desde el punto de vista ético pueda aparecer el elogio de un delito, lo que no es mas que una opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integran un texto punitivo”. Y es que desde el punto de vista constitucional el castigo de la apología solo puede justificarse atendiendo a su capacidad o idoneidad para lesionar o poner en peligro un bien *jurídico*, en lo que nos ocupa, el ordenamiento constitucional democrático. Es preciso, por tanto, “que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos, en la medida que pueda determinar a otros a la perpetración del delito”²⁶².

Dicha capacidad, a decir de POLAINO NAVARRETE, “solo puede comenzar cuando la conducta apologética tiene un efecto social y jurídicamente desvalioso de incitación, a través de su propia fuerza suasoria, a un tercero individualmente considerado o a un grupo delictivo, en orden a la resolución de una conducta tipificada en la norma penal”²⁶³. Se requiere, de un lado, que exista la “voluntad o finalidad del autor de preconizar la ejecución del delito”, el “ánimo incitador”²⁶⁴, y por otro lado, el nacimiento en el destinatario de la apología, de un

²⁵⁵ SSTS de 4-7-1994, 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

²⁵⁶ LAMARCA, C. 1985, p.289, MAQUEDA ABREU, 1988, p. 16, REBOLLO VARGAS, R., 1997 b), p. 36.

²⁵⁷ DE PRADA SOLAESA, 1996, p. 76.

²⁵⁸ PRATS CANUT, 1999, p.1632.

²⁵⁹ MUÑOZ CONDE, 1996, pp.786-787.

²⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Edit. Bosch, 1997, p.156.

²⁶¹ GONZÁLEZ GUITIÁN, “*Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el proyecto de 1980*”, en *EPC*, 1981, p. 286.

²⁶² STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

²⁶³ POLAINO NAVARRETE, 1996, p.43. Similar, DEL ROSAL BLASCO, 1996, p. 82.

²⁶⁴ ARROYO ZAPATERO, 1981, pp.393-395, DEL ROSAL BLASCO, 1996, pp. 83-84.

impulso, estímulo, incitación a realizar un comportamiento típico, lo que, por muy reprochable que fuere moralmente, queda fuera del ámbito de valoración penal, y no puede constituir materia de prohibición penal²⁶⁵.

3.- Por las razones antes expuestas es que llama la atención el empeño en penalizar conductas que además de incapacitadas para lesionar o siquiera poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático, no constituyen más que una opinión reprochable tan solo desde la ética y la solidaridad. La LO 7/2000 realizó una modificación radical en este sentido, contemplando un nuevo art. 578 que dispone:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código, o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.

La creación de este tipo penal, que contiene dos conductas distintas, contraría toda la jurisprudencia constitucional que insistentemente ha señalado que no se puede sancionar penalmente a quien exalta el terrorismo. Plantea serias dificultades para no violentar la libertad de expresión y de información, elementos estructurales en una sociedad democrática, y que se encuentran garantizados en el art. 20.1 a) y d) de la CE. La libertad de expresión, al incidir sobre actividades políticas, contribuye de manera directa a la formación de la opinión pública libre, y en ese sentido adquiere, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, “una posición ‘prevalente’ entre los derechos y libertades de la persona” pues, “contribuye a la promoción y asentamiento de la Democracia como sistema de participación política de los ciudadanos”²⁶⁶.

5.2. Reintroducción de la apología: El delito de “enaltecimiento del terrorismo” (art. 578 CP)

La primera conducta descrita en el art. 578 denota que el delito de apología del terrorismo ha sido reintroducido en todo su esplendor en el CP 1995. Señala el art. 578 en la parte pertinente: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución...”

a) Tipo Objetivo

Ni el sujeto activo ni el sujeto pasivo ‘plantean problemas de identificación. **Sujeto Activo** puede ser cualquier persona, sin que se exija tener relación de alguna índole con bandas armadas u organizaciones terroristas. **Sujeto Pasivo** es la sociedad.

Lo que resulta problemático es la **conducta** descrita en el tipo penal: “el enaltecimiento o la justificación...”. Según su sentido natural y obvio, enaltecer significa “ensalzar”, esto es, “engrandecer, exaltar, alabar, elogiar”²⁶⁷. Se trata de una de las conductas tradicionalmente contenidas en el delito de apología, por lo que su inclusión no plantea mayores problemas.

²⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, 1996, p.43.

²⁶⁶ STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*. Similar, STS 4-7-1994 relativa a un comunicado de concejales de HB en apoyo de ETA, y STS de 12-12-1986 en la que resuelve el caso del director del diario *Egin*, condenado por la publicación de sendos comunicados de ETA Militar donde se justificaban dos atentados terroristas. Ampliamente MIRA BENAVENT, J. “*El caso del Diario Egin: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*”, ADPCP, 1987, pp.505 y ss.

²⁶⁷ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, T.I, Madrid, 1984, p.541.

En cambio, la introducción de la conducta de “justificación” no parece acertada. Justificación, según su sentido natural y obvio significa: “prueba convincente de una cosa”. “Justificar” significa “probar una cosa con razones convincentes, testigos y documentos, rectificar o hacer justa una cosa...”²⁶⁸. De donde se desprende que por justificar debe entenderse el argumentar razones para demostrar que algo no es censurable, lo que subsumido en el tipo penal del art. 578 implicaría argumentar a favor de la utilización de una estrategia de violencia, mediante la demostración de la justicia de los actos cometidos y que son considerados delitos en los arts. 571 a 577.

En la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 se deja expresamente establecido que “no se trata con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen, o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni menos aún de prohibir la expresión de opiniones subjetivas de acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos de cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos...”.

Si “justificar” no importa, según su definición, el “enaltecimiento” o “elogio” o “alabanza” de delitos de terrorismo, nos encontramos con una conducta que a lo sumo puede ser reprochada axiológicamente, cual es la mera discrepancia ideológica, un delito de opinión, lo que desmiente lo señalado en tal Exposición de motivos. Parece que hay que recordar una vez más lo que ha dicho la jurisprudencia: “el delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos”²⁶⁹... “la manifestación pública, en términos de elogio o exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”²⁷⁰.

El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la LO 7/2000 estima que la introducción de la expresión “justificación” no innova en cuanto al concepto de apología previsto en el art. 18 CP, por lo que se trata de una “solución meramente léxica” para evitar que en un determinado supuesto de hecho, este pudiere ser cualificable por la vía del art. 18 CP o la del 578 CP. Se trata de evitar que en el caso del art. 578, se interprete un supuesto de hecho como incitación directa a cometer un delito. Esto aún así resulta cuestionable ya que la apología solo se adecua al texto constitucional y a las garantías en él contenidas, cuando es castigada como forma de provocación, según veremos.

Por último, cabe recordar que el delito de “enaltecimiento o justificación” del terrorismo contenido en el art. 578 CP, puede entrar en concurso de normas con el art. 170 CP, precepto que castiga las amenazas con finalidad terrorista. Recordemos que uno de los supuestos de tales amenazas se refiere a “los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” (art. 170.2). Nos remitimos a los comentarios realizados al momento de examinar el delito de amenazas del art. 572.1, 3º CP.

b) Tipo Subjetivo.

En concordancia con lo anterior, y supuesto que en el art. 578 no se exige la incitación directa a cometer un delito, nos encontramos con que el dolo debe abarcar solo el enaltecimiento del crimen, en concreto de los delitos contenidos en los arts. 571 a 577 CP, o el enaltecimiento

²⁶⁸ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, T.II, Madrid, 1984, p.806

²⁶⁹ STS 4-7-1994 relativo a un comunicado de concejales de Herri Batasuna en apoyo de ETA. Se absuelve a los concejales del delito de apología cuya aplicación solicitaba el Ministerio Fiscal. Similar STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

²⁷⁰ STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

de quienes hayan participado en su ejecución. No se requiere, como en la apología del art. 18.1 CP, que abarque el ánimo de incitar a la comisión de un delito.

Visto de esta manera, el art. 578 CP ha sido un desacierto legislativo, ya que desvirtúa el concepto de apología contenido en el CP. Las razones que se esgrimieron para su inclusión obedecen, en primer lugar, a “un sentimiento generalizado de impunidad ante determinadas conductas o actitudes alineadas con el terrorismo, que generan una fuerte alarma social”²⁷¹. Parece necesario recordar que el reproche penal ha de construirse sobre la base de un bien jurídico protegido, y no sobre una consecuencia o resultado de “alarma social” que pudieren generar ciertas conductas. Esto a su vez denota, y confirma, la presencia de un fuerte componente simbólico en la tipificación de cierta clase de delitos, especialmente los de terrorismo. En segundo lugar, se ha argumentado señalando que nada obsta a la introducción del delito de apología del terrorismo, ya que el CP tipifica también como delito autónomo, la apología del genocidio (art. 607.2CP), en el que no se exige tampoco la incitación directa a cometer el delito. De esta manera el art. 578 habría venido a llenar un “lamentable vacío”²⁷².

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de la apología, en cuanto no constituye una “incitación directa” a cometer el delito²⁷³, pues, como señala la doctrina “el castigo de las incitaciones indirectas comienza ya a suponer un riesgo para el libre ejercicio de la libertad de expresión”²⁷⁴. Además, hay que señalar que art. 607.2 ha ocasionado una polémica doctrinal, llegándose a la conclusión de que la apología solo es punible en cuanto forma de provocación²⁷⁵.

Por eso, y de acuerdo a una interpretación rigurosa del art. 18 CP, una pintada que diga “ETA jotake (ETA adelante)” no puede ser considerada delictiva, ya que ella es “una aprobación genérica de toda la actividad de una banda armada que...se manifiesta ante la opinión pública mediante una persistente actividad delictiva” y “no debe considerarse apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el art. 20 CE”²⁷⁶. Además, según el Tribunal Constitucional “debe excluirse de la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta, por su contenido pueda revestir significado penal”²⁷⁷.

Resulta discutible la aplicación del art. 578 ya que en él se exige el enaltecimiento de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 578 CP, o de “quienes hayan participado en su ejecución”, es decir, de individuos y no de una organización (ETA). La expresión “ETA jotake” es una manifestación pública de coincidencia con los postulados políticos de dicha

²⁷¹ Según declaran el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial, en sus informes del AnteProyecto de la LO 7/2000.

²⁷² En este sentido MANZANARES SAMANIEGO: “Constituye delito contra la comunidad internacional la justificación de los delitos de genocidio, pero no se incrimina esa misma apología referida a nuestra particular manifestación de limpieza étnica e ideológica. Irá a la cárcel quien ...discuta o ensalce los crímenes del nacionalsocialismo alemán, pero no quien glorifique las hazañas de los etarras”. Ob. cit., 2000, margs. 1014-1015.

²⁷³ STC 214/1991; 176/1995

²⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, 1996, p. 85. Similar, REBOLLO VARGAS, 1997 a), p.116, 1997 b), pp. 36, 38. Similar, POLAINO NAVARRETE, 1996, p.44.

²⁷⁵ CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN; “*Delitos contra la comunidad internacional*”, en VIVES ANTÓN-BOIX REIG- ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC; *DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996, p.825.

²⁷⁶ STS 9-5-1996. No obstante, el TS en esta sentencia aplicando la anterior legislación, condenó a los acusados por un delito de apología ya que ellos suponían “la aprobación y exaltación de sus delitos”. Confirma la S. de la AP de San Sebastián. De manera similar, pero esta vez absolviendo por el delito de apología y condenado por un delito de colaboración con banda armada, STS 29-11-1997, núm. 2/1997 (RJ 1997/8535, *Caso Mesa Nacional de HB*).

²⁷⁷ STC de 12-12-1986. Mas ampliamente, MIRA BENAVENT, 1987, pp.513, 514,516 y MAQUEDA ABREU, 1988, pp.9 y ss.

organización, por muy anticonstitucionales que éstos sean, y es, por tanto, impune ya que implica una adhesión ideológica.

La figura in comento requiere, además, la publicidad, característica de la apología, y que se manifiesta en que *el enaltecimiento o la justificación se realicen a través de cualquier modo de expresión pública o difusión*. De esta forma, la apología privada, o individual, es una figura no punible²⁷⁸, porque solo lo es la apología realizada en condiciones adecuadas para al menos poner en peligro el bien jurídico protegido²⁷⁹.

Por último, la conducta se configura alternativamente por el enaltecimiento o justificación de “quienes hayan participado en su ejecución”. De entrada, existe una diferencia con la especificación que hace el art. 18.1 CP, al referirse a la apología de “sus autores”. La participación se define como la “contribución al hecho ajeno”²⁸⁰, de tal suerte que coincidimos con quienes estiman que el legislador ha incurrido en un nuevo desacierto porque la participación, en su sentido estricto, lo es en un delito ejecutado por otro²⁸¹. En todo caso, debe entenderse la expresión “quienes hayan participado en su ejecución” en su sentido amplio, esto es, de quienes hayan intervenido, sea como autores o partícipes, en la ejecución de un delito.

c) Comentarios y Toma de posición acerca de la punición de la Apología del terrorismo

Cabe hacer notar que, en la punición de la “apología” a que se refiere el art. 18.1 CP, el legislador quiso respetar los criterios que rigen el derecho penal del hecho, por ello es que la sanciona solo en la medida que ella constituya una forma de provocación, una incitación directa a cometer delito. Así lo ha manifestado también la jurisprudencia del TC²⁸² declarando inconstitucionales las conductas que no constituyan tal forma de incitación. En este sentido, el art. 578 resulta de dudosa constitucionalidad.

Habrà que precisar que se trata de una incitación directa para la comisión de nuevos delitos, requisito que permite establecer un límite objetivo al castigo por la simple adhesión ideológica a una forma de actuar. Es, por tanto, atinada la concepción de la apología como forma de provocación²⁸³. El acierto de la disposición (art. 18.1 CP), a decir de la doctrina²⁸⁴, no consiste en declarar que las conductas de apología que consistan en una incitación directa son punibles, porque ello perfectamente puede deducirse de la redacción de la provocación, sino en garantizar la eliminación del ámbito típico de la simple exteriorización de opiniones o las peticiones de adhesión ideológica.

Por los términos en que se define la apología “ensalzamiento del crimen o de su autor, incitando públicamente a la comisión del delito”, entendemos que no es otra cosa que “provocación” definida y tipificada ya en el art. 18 CP, por lo que carece de sentido que se disponga el castigo de la apología de manera especial. Además, si la incitación directa se conecta sistemáticamente con un delito concreto, siempre será aun acto preparatorio²⁸⁵.

²⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, 1996, p. 44. En igual sentido, DEL ROSAL BLASCO, 1996, p.77.

²⁷⁹ Así GONZÁLEZ GUITIÁN, 1983, pp. 390-391.

²⁸⁰ COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN, *DP.PG.*, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 682.

²⁸¹ “*Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los límites del ius puniendi*”, por VARDAMAN, Premio Dorado Montero, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, 2001, sin publicar, p. 37.

²⁸² STC 214/1991; 176/1995

²⁸³ REBOLLO VARGAS, 1997 a), pp. 130-131, 1997 b), p. 38. Similar, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de DP.PG.* 2ª ed., Edit. Praxis, 1999, p.297.

²⁸⁴ MUÑOZ CONDE- GARCÍA ARÁN, *DP.PG.* 1996, p. 471.

²⁸⁵ En esta opinión, DEL ROSAL BLASCO, 1996, pp. 84-85, CASARES VILLANUEVA, Mª Luisa. “*Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*”, en *PJ*, N°40, 1995, pp.147-214, esp. p. 212. COBO DEL

Como adelantábamos al inicio, un sector doctrinal argumenta en contra de esta posición, diferenciando entre la “apología” y la “provocación”, para justificar su punición como delito autónomo. La apología tendría un bien jurídico propio, lo que aconsejaría su incriminación autónoma. En esta postura, GONZÁLEZ GUITIÁN²⁸⁶, indica que el bien jurídico es la paz pública. Además, se diferenciaría de la provocación en que, la incitación a cometer el delito que supone la apología es un resultado que queda fuera de la intención del autor. También, según citábamos, Carmen LAMARCA se alinea en esta posición, señalando que la apología “no comprende una finalidad específica de provocación” sino que consiste en “manifestar públicamente, en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas”²⁸⁷. REBOLLO VARGAS, sin defender su punición autónoma, señala otra diferencia entre apología y provocación: mientras la apología necesariamente está caracterizada por la publicidad, los destinatarios de la provocación pueden ser tanto sujetos individuales como colectivos.

Respondiendo a lo que señala GONZÁLEZ GUITIÁN, entendemos que cuando se trata de “apología del terrorismo”, el bien jurídico protegido tendrá que ser el ordenamiento constitucional democrático. Ni la paz pública, por ser un concepto jurídico indeterminado y de difícil graduación, ni el orden público²⁸⁸, por la amplitud de su acepción que abarca desde la seguridad del estado hasta la misma paz social, pueden erigirse como bienes jurídicos protegidos en los delitos de terrorismo. Otra cosa es si la apología tiene la capacidad suficiente como para lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático.

Contrarios esta vez, a la opinión de Carmen LAMARCA, estimamos coincidiendo con otros autores²⁸⁹, que no es posible definir la apología “punible” desde un punto de vista meramente naturalístico, que la acercan más a la salvaguarda del orden moral, que a la protección de bienes jurídicos. El castigo de la apología no se puede legitimar por la disidencia intelectual, que es a lo que conduce la punición del “apoyo moral o ideológico” como ha sostenido la autora, pues ello permitiría realizar una interpretación que alejaría a la apología de la función del bien jurídico en cuanto límite al ius puniendi.

Por último, en respuesta a REBOLLO VARGAS, entendemos que, la provocación, de acuerdo a los términos de la incriminación que establece el CP de 1995, solo es delictiva cuando se incita directamente a cometer un delito, “por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”. No cabe una interpretación analógica extensiva, ya que se exige, al igual que en la apología una suerte de “publicidad”. Cuestión distinta es lo adecuado o inadecuado que pueda resultar incriminar de manera restrictiva la provocación, exigiendo esta especie de “publicidad”, que le hace perder su carácter de provocación y le transforma, como indica POLAINO NAVARRETE²⁹⁰, en algo tumultuario, formalista y alarmista ajeno a la valoración de los criterios subjetivos de lo injusto típico. Así parece entenderlo también REBOLLO VARGAS: “si resulta que la apología es una forma de provocación, parece que en todos los supuestos donde la provocación es punible, lo será también la apología de estos delitos...situación que... nos parece un auténtico dislate pero que es perfectamente deducible del NCP”²⁹¹.

La libertad de expresión es uno de los pilares en donde descansa la estabilidad político-social de las democracias occidentales, y por ello se permiten llamar terrorismo a la utilización

ROSAL/VIVES ANTÓN. *DP.PG*, 3ª ed. Valencia, 1990, p. 554, SERRANO BUTRAGUEÑO, 1999, p. 256.

²⁸⁶ GONZÁLEZ GUITIÁN, L. 1983, pp.396-397, 287.

²⁸⁷ LAMARCA, C. 1985, p. 291.

²⁸⁸ Así REQUEJO CONDE, C. 1999, marg. 665

²⁸⁹ Así REBOLLO VARGAS, 1997 a), pp.126-126, DEL ROSAL BLASCO, 1996, pp.81-82.

²⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, 1996, pp. 44-45.

²⁹¹ REBOLLO VARGAS, 1997 a), p.130.

de la violencia en lugar de acudir a los cauces normales de participación ciudadana. Pero, como tal derecho, está sujeto a los límites legales. El art. 20 de la CE señala que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Por otra parte el art. 10.2 establece: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”²⁹².

Este criterio ha sido acogido por el Tribunal Constitucional: “No cabe duda que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles, si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia”²⁹³, pero “no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad”²⁹⁴.

Si apología y provocación son en el art. 18.1 CP, conceptos totalmente idénticos, ya que la apología es una forma de provocación, su eliminación como delito autónomo²⁹⁵(art. 578 CP), no supondría, en caso alguno, dejar impunes conductas que exceden los límites constitucionales de la libertad de expresión aunque siempre subsistirá el problema de valorar qué conductas en el contexto en que se realizan pueden contemplarse como una forma de provocación²⁹⁶, pero que no es algo novedoso en el CP de 1995. Su eliminación supondría, en cambio, un respeto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ya que, resulta difícil estimar en qué grado la apología puede lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático, bien jurídico protegido por excelencia en los delitos de terrorismo.

5.3. El delito de humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578).

La segunda conducta descrita en el art. 578 se refiere a “la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio, o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares...”.

a) Bien Jurídico protegido y Tipo Objetivo.

Al sancionarse toda conducta de carácter ofensivo para las víctimas del terrorismo o sus familiares, el *bien jurídico* que se pretende proteger es “el honor” de tales personas. Lo que a su vez incluye los actos ultrajantes en contra de los muertos por delitos de terrorismo, ya que en

²⁹² Art. 19 DU.DD.HH, de 10 de diciembre de 1948. Arts. 10 y 18 de la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, firmada por España en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, ratificado y aprobado por las Cortes Generales y publicado en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979), aprobada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Art. 19 del PIDCP, 16 de diciembre de 1966, firmado y ratificado por España, - B.O.E de 30 de abril de 1977.

²⁹³ STC 136/1999 de 20 de julio, *Caso Mesa Nacional de HB*. Similar, SSTC 245/91 de 16 de diciembre, 157/1996, 171/1990.

²⁹⁴ STC 1271/1990. También, STC 136/1999, *Caso Mesa Nacional de HB*. En sentido similar la STC de 12-12-1986 (*Caso Egin*).

²⁹⁵ Proponiendo la supresión de la apología se han manifestado tanto sectores académicos como políticos. Entre la doctrina se destacan los trabajos ya citados de DEL ROSAL BLASCO, 1996, SERRANO BUTRAGUEÑO, 1999, CASARES VILLANUEVA, 1995, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, 1990, MAQUEDA ABREU, 1988. Entre los sectores políticos, los Grupos Parlamentarios Mixto-ERC y IU-IC presentaron enmiendas en las que se proponía la supresión de la apología (enmiendas 170 y 654, BOGC, Congreso de los Diputados, V Legislatura, serie A, nº 77-6, de 6 de marzo 1995, pp.150 y 274.

²⁹⁶ Advirtiendo este problema, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 472.

ellos el “honor” ofendido sería el de sus familiares. El concepto de honor debe interpretarse restrictivamente, en orden a no abarcar las expectativas que surgen del reconocimiento de la persona²⁹⁷. Se trata de un concepto participativo, que surge en cuanto los sujetos tienen capacidad para actuar en la sociedad, lo que implica poseer necesariamente una posición en la relación social y en el desarrollo de sus actividades²⁹⁸.

Sujeto Activo de este delito, al igual que en el caso anterior, puede ser cualquier persona. **Sujeto Pasivo** lo son las “víctimas de los delitos terroristas o sus familiares”. A diferencia de lo que ocurre en el resto de los delitos enumerados de terrorismo, incluso en el de apología descrito en el mismo art. 578, en todos los cuales se señala como sujeto pasivo a la sociedad. Ni siquiera puede considerarse que se trataría de “sujetos pasivos de la acción” como ocurre en el caso del tipo cualificado del art. 572.2, ya que los titulares del bien jurídico honor, de acuerdo a lo que se entendería por sujeto pasivo, lo son las víctimas del terrorismo y sus familiares.

La amplitud del tipo queda revelada por la profusión en el léxico al describir las diversas formas de **conductas** a través de las cuales se puede perpetrar este delito. Un acto que entrañe desprecio es aquel que implica una “disminución o pérdida de la reputación de las personas”, según el sentido natural y obvio del vocablo “des crédito”²⁹⁹. Un acto que signifique “menosprecio” lo será aquel que entrañe un “desprecio o una poca estimación”³⁰⁰ de tales personas. Un acto que entrañe “humillación” será aquel que tiende a “abatir el orgullo y altivez”³⁰¹ de una persona. Todo lo cual corrobora que el bien jurídico protegido es el honor. A diferencia de lo que ocurre en los actos de “enaltecimiento o justificación del terrorismo”, en la humillación a las víctimas del terrorismo no se requiere de publicidad³⁰².

b) Tipo subjetivo y problema concursal.

Es necesario el dolo, pero, además, un elemento subjetivo en el tipo que aparece señalado por la ley, manifestado al castigar la realización de actos “que entrañen” des crédito, menosprecio o humillación. Debe existir, por tanto, un ánimo de desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas del terrorismo o a sus familiares. Es indispensable que lo que se haya dicho o hecho en contra de las víctimas, tenga la “intencionalidad ofensiva de aislar al otro en su desarrollo o en socavar su posición en la relación social”³⁰³.

La presencia de este elemento subjetivo en ciertos casos podría llegar a plantear problemas concursales con el delito de injurias (art. 208 CP), cuando éstas fueren graves, o con el delito de calumnias (art. 205 CP). Sería el caso del sujeto que intenta desacreditar a una víctima del terrorismo imputándole la comisión de un delito. En esta situación deberá recurrirse al principio de especialidad, y castigar en virtud del art. 578 CP cuando los sujetos pasivos fueren las víctimas del terrorismo y sus familiares.

c) Comentario y toma de posición acerca del delito de humillación a las víctimas del terrorismo.

²⁹⁷ Seguimos la opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, en ADP, 1984, pp.310 y ss.

²⁹⁸ Seguimos a BUSTOS, J. 1991, p.142.

²⁹⁹ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, T.I, Madrid, 1984, p.468.

³⁰⁰ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, T.II, Madrid, 1984, p.898.

³⁰¹ R.A.E. *Diccionario de la lengua española*, T.II, Madrid, 1984, p.751.

³⁰² Así lo manifestó la Fiscalía General del Estado en su informe sobre el Anteproyecto: “dichos actos, aún realizados sin publicidad- piénsese, por ejemplo, en un mensaje de esa naturaleza por teléfono- encierran una capacidad ofensiva merecedora de sanción penal”.

³⁰³ Por todos, BUSTOS RAMÍREZ, J. 1991, p. 145, en relación a las injurias.

En la línea seguida en esta investigación, nos parece que si reprochable es que se castigue la apología del terrorismo autónomamente, sin que necesariamente importe una incitación directa a cometer delitos, nos parece que la “realización de actos que entrañen descrédito o desprecio a las víctimas”, es mas reprochable aún. En nuestra opinión, si bien este tipo de actuaciones pueden resultar reprobables en el ámbito valórico, no es una conducta susceptible de ser prohibida por el derecho penal, ya que no es en absoluto un ejercicio ilegítimo de un derecho fundamental, y el exceso cometido no justifica la reacción penal. En todo caso, de constituir injurias, calumnias, o atentados contra la integridad moral, ya existen figuras en el CP destinadas a su castigo³⁰⁴. Esto porque entendemos que el derecho penal se ha construido para proteger ciertos bienes jurídicos, de una eventual lesión o puesta en peligro que en un “acto de descrédito” a una víctima del terrorismo no aparece. Recordando una acertada frase de GARCÍA RIVAS: “el derecho penal está para proteger a las víctimas, no para seguir sus dictados”³⁰⁵.

A esta consideración político criminal se suman las del plano sustantivo. En primer lugar, el art. 578 resulta cuestionable desde el punto de vista del *principio de igualdad*, ya que ha venido a significar la predilección por cierta clase de ciudadanos, a tal punto que si los mismos actos de descrédito, menosprecio o humillación se realizaren en contra de víctimas de otros delitos (no de terrorismo), la conducta es atípica. Esto no significa que, en mérito a esta consideración, aprobemos la punición de esta clase de actos³⁰⁶.

En segundo lugar, el art. 578 se encuentra en contradicción con el *principio de legalidad*, ya que el campo de punición se extiende a la realización de “cualquier acto”, esto es, cualquier conducta, fuere de palabra o de obra, que entrañe el descrédito, menosprecio o humillación. Esto denota un tipo penal abierto. Por otra parte, denota una contradicción con el *principio de proporcionalidad*, ya que se castigan con la misma y agravada pena (uno a dos años de prisión), toda clase de conductas que pudieren caer en la amplia incriminación típica. La disconformidad con el principio de proporcionalidad se advierte mas aún cuando se comparan las penas asignadas a conductas semejantes. Los delitos de injurias (art. 206) se castigan con la pena de multa de 3 a 7 meses o de 6 a 14 meses, y los atentados contra la integridad moral (art. 173) con la pena de prisión de 6 meses a dos. En cambio, la pena prevista por el art. 578 es superior, uno a dos años de prisión, de donde resulta que una injuria leve en contra de una víctima del terrorismo es castigada mucho mas severamente que la injuria grave proferida en contra de cualquier otra persona³⁰⁷.

5.4. Dificultades en la determinación de la pena en el art. 578.

El legislador asigna, como decíamos una misma y única penas a la apología del terrorismo y a la humillación a las víctimas del mismo. Esta es de uno a dos años de prisión, lo que no plantea problemas en su determinación. No obstante en su última parte el art. 578 señala “el juez podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o alguna de las prohibiciones previstas en el art. 57 de este Código”.

Tales prohibiciones se refieren a que el reo no vuelva al lugar del delito, o acuda a la residencia de la víctima o su familia, señalando al juez un plazo máximo de cinco años, según dispone el art. 57. De donde se deduce que la eventual pena accesoria en el art. 578 está referida

³⁰⁴ En este sentido VARDAMAN, 2001, p.37.

³⁰⁵ GARCÍA RIVAS, N. “*Tratamiento jurídico penal del terrorismo*” ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000

³⁰⁶ Cabe destacar que durante el debate parlamentario, el partido EA realizo una propuesta para tipificar un delito de esta naturaleza que amparase a todas las víctimas de delitos violentos y no solo a las del terrorismo. La propuesta fue rechazada.

³⁰⁷ En este sentido, coincidimos con VARDAMAN, 2001, p.38.

al delito de humillación a las víctimas del terrorismo y no al de apología del terrorismo, ya que éste carece de víctimas. A diferencia de lo que ocurre en el art. 57, en el art. 578 la duración de esta verdadera pena accesoria se deja completamente a criterio del juez, sin plazos máximos, lo que constituye una infracción a la prohibición de penas indeterminadas³⁰⁸.

Por último, cabe hacer notar lo incoherente que resulta la indeterminación de la pena en el delito de humillación a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, considerando que para el resto de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577- de mayor gravedad- la pena accesoria se encuentra determinada (art. 579.2 CP y 57).

6.- DISPOSICIONES COMUNES.

Existen dos preceptos que se aplican como regla general a todos los delitos de terrorismo. El art. 579, en su apartado 1, castiga expresamente los actos preparatorios de tales delitos, en su apartado 2 se establece la pena accesoria de inhabilitación absoluta, y en el apartado 3 se establece una atenuación punitiva por colaboración con la justicia. Por el art. 580 se establece la norma sobre reincidencia internacional. Cabe recordar que la LO 7/2000 al modificar los delitos de terrorismo estableció una nueva numeración en esta parte del articulado³⁰⁹.

En este apartado trataremos el art. 579 en sus apartados 1 y 2, y el art. 580, dejando para un posterior análisis el punto relativo a los arrepentidos, ya que es una institución que se repite en la mayoría de las legislaciones reseñadas en esta investigación, lo que hace necesario un análisis comparado con especial referencia a las legislaciones de Chile y España.

6.1. PUNICIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS (Art. 579.1 CP)

Art. 579.1: *“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578, se castigarán con la pena que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores”.*

Siguiendo la línea marcada por los arts. 17.3 y 18.2 del CP, el art. 579.1 establece una excepción a la regla general de la no punibilidad de los actos preparatorios, a través de la sanción de la provocación, conspiración y proposición para todos los tipos de terrorismo. El adelantamiento de la punibilidad en estos casos ha sido calificado por la doctrina como un acierto político criminal dada la trascendencia y desvalor de las conductas propias de las organizaciones terroristas³¹⁰. A nuestro entender, si se piensa que el tratamiento jurídico del terrorismo se caracteriza por su carácter agravatorio, parece perfectamente razonable o lógico que los actos preparatorios de tan graves delitos sean sancionados. Lo que resulta discutible es la amplitud de la fórmula de punición que emplea el legislador.

En primer lugar, el art. 579.1 es aplicable a todos los delitos contenidos en los arts. 571 a 578, lo que significa que se comprenden: **a)** los delitos de terrorismo en stricto sensu, que son los llevados a cabo perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de organizaciones terroristas (arts. 571 a 574), **b)** los delitos que se refieren a actos de colaboración específica (recaudación económica del art., 575) como colaboración genérica (art. 576), **c)** los delitos llevados a cabo por quien no tiene relación con organización terrorista (art. 577), y **d)** los delitos relativos a la apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578).

³⁰⁸ VARDAMAN, 2001, p. 38.

³⁰⁹ Los actos preparatorios antes se encontraban en el art. 578, ahora se corresponden con el art. 579.1. La inhabilitación absoluta fue creada por la LO 7/2000, agregando el apartado 2º al art. 579. Por último, la atenuación punitiva por colaboración con la justicia, contenida en el antiguo art. 579, se consagra ahora en el apartado 3 de dicho artículo.

³¹⁰ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.807, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 279, PRATS CANUT, 1999, p. 1632, FERNÁNDEZ, GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 421.

Habría que tener presente que la punición con carácter general de la conspiración, proposición y provocación para delinquir se opone tanto al principio del bien jurídico como al derecho penal del hecho. Y aplicar, con carácter general esta punición en los delitos de terrorismo, puede resultar contraproducente dado el recorte de garantías fundamentales que estas infracciones llevan aparejadas. Pensemos en la suspensión de derechos a que autoriza el art. 55.2 de la CE para personas determinadas “en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Si hasta ahora coincidimos con la mayoría de la doctrina, en que es el carácter organizado de este tipo de delincuencia, el que otorga el mayor desvalor a las conductas y fundamenta el merecimiento de pena, no existiría razón para excluir de las reglas generales de no punibilidad de los actos preparatorios, en el caso del sujeto que actúa sin tener relación o conexión con las bandas armadas u organizaciones terroristas. Luego, no parece acertada la inclusión, en el art. 579.1 de los delitos contenidos en el art. 577 del CP. Tampoco parece acertada la inclusión del art. 578, atendido su polémico carácter chocante con los principios básicos del derecho penal y las garantías que ofrece el Estado de derecho, según hemos visto en el epígrafe anterior.

Por otra parte, el art. 579.1 puede entrar *en concurso* con el delito de asociación ilícita terrorista previsto en el art. 515 y sancionado en el art. 516, salvo los casos previstos en el art. 577. Algunos autores estiman que dicho concurso habrá de resolverse aplicando la pena correspondiente por los actos preparatorios con independencia de la que pueda corresponder por el delito de asociación ilícita³¹¹.

En nuestra opinión, debe procederse de la misma manera que si de la efectiva realización de un delito de terrorismo se tratase, esto es, estimar que la asociación ilícita, es una plataforma desde la cual se delinque en abanico, en distintas direcciones³¹². Por tanto, la sanción por asociación ilícita cabría solo en aquellos casos en los que no pudiera probarse la efectiva realización de delitos de terrorismo, o sus actos preparatorios³¹³.

En segundo lugar, la amplia fórmula que emplea el legislador le lleva a tipificar no solo *actos preparatorios propios*: conspiración y proposición, sino también los *actos preparatorios impropios*: provocación. El grado de conspiración estimable como acto preparatorio exige que dicha conspiración constituya un auxilio o una preparación de otros comportamientos. La anticipación de la punición procederá sólo cuando existe una clara resolución en orden a la ejecución³¹⁴. su manifestación más paradigmática la constituye la *Apología*. Nos remitimos al examen realizado en el epígrafe anterior.

6.2. INHABILITACIÓN ABSOLUTA COMO PENA ACCESORIA (ART. 579.2)

Art. 579.2: “Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, en su caso, en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Como hemos expresado en el capítulo III, la LO 7/2000 vino a establecer con carácter general, para todos los delitos de terrorismo, la pena accesoria de inhabilitación absoluta. Antes

³¹¹ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 807, FERNÁNDEZ, GANZEMÜLLER y otros, 1998, p. 421.

³¹² STS de 30-1-1989 (RJ 1989\608).

³¹³ Véase en este mismo punto II, 1.-El delito de asociación ilícita terrorista, especialmente I.e. Problemas de concurso con otros delitos, y I.f. Asociación ilícita y actos preparatorios.

³¹⁴ STS 16-12-1992, LANDECHO VELASCO, MOLINA BLÁZQUEZ, 1996, p. 586, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 279.

de la reforma, su aplicación quedaba determinada por los arts. 54 a 57 CP, debiendo imponerse la inhabilitación absoluta cuando la pena impuesta fuere igual o superior a diez años de prisión. En las penas inferiores el juez podía atender la gravedad del hecho imponer: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el cargo o empleo público, profesión, industria, oficio o comercio o cualquier otro derecho si hubieren tenido relación directa con el delito cometido.

Según se desprende del texto punitivo, la pena accesoria es indeterminada. Solo se nos dice que la inhabilitación absoluta, en todo caso, ha de ser superior a la duración de la pena principal, por un tiempo entre seis y veinte años. Esto contradice el principio de legalidad, específicamente taxatividad de las normas penales. Pero hay más, la entidad de la pena de inhabilitación deberá hacerse “atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”. Los criterios de la gravedad y número de delitos cometidos no parecen alejarse de lo que desde siempre se ha tenido en cuenta para la identificación de la pena, en cambio, “las circunstancias que concurran en el delincuente” parecen indicarnos que se retorna a los criterios de peligrosidad social, y derecho penal de autor.

Si bien es cierto, y como se ha insistido hasta la saciedad, el tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo no puede consistir en otra cosa que agravar las penas, el endurecimiento de las mismas hasta este punto tiene un efecto criminógeno sobre la remota posibilidad de resocialización en casos de terrorismo. Además, cabe recordar que por el denominado artículo Yoldi (art. 384 bis LECrim) se aplica una verdadera “pena” de suspensión en su cargo o empleo público para el procesado por delitos de terrorismo. De donde resulta que, desde el momento en que un sujeto se encuentra procesado por delitos de terrorismo, donde se supone que ha de imperar la presunción de inocencia, y hasta después de la condena, por incluso veinte años, se pierde toda posibilidad de participar políticamente en la vida ciudadana. Por esto resulta extraño que desde algún sector doctrinal, no solo se defienda la exasperación punitiva, sino que se critique al legislador por haber “olvidado” incluir otros delitos no previstos en los arts. 571 a 578. En concreto, el delito de asociación ilícita terrorista (art. 516 CP)³¹⁵.

Extrapolando la situación, el joven de 19 años, que colaborando con una organización terrorista, causa estragos en un cajero automático (art. 571 CP), es detenido, procesado durante dos años, y luego condenado a veinte años de privación de libertad, más una inhabilitación absoluta (art. 579.2), supongamos durante 17 años. Este joven se ve impedido de participar políticamente durante 27 años, es decir, hasta cumplir los 46 años de vida. Ahora bien, si este mismo joven causare tales estragos en el curso de actos de violencia callejera, y sin tener relación con bandas armadas u organizaciones terroristas, puede enfrentarse a una pena de diez años de privación de libertad, más una inhabilitación absoluta, supongamos de quince años. A ello sumemos dos años de proceso. Durante 25 años de su vida, este joven no puede ejercer sus derechos como ciudadano.

Si el terrorismo en un Estado democrático es la utilización de la violencia despreciando los canales de participación política, no puede entenderse que al sujeto al cual el Estado pretende resocializar, se le cierren estos mismos canales de participación. En nuestra opinión, es una situación absolutamente anómala, que hace dudar acerca de la real solución al problema del terrorismo y que torna ilegítimo todo el andamiaje jurídico construido alrededor de este fenómeno.

³¹⁵ En esta postura MANZANARES: “la repetida inhabilitación recaerá sobre quien se manifieste tras el retrato de un etarra, pero no sobre quien sea condenado como jefe de la banda. El absurdo debe corregirse extendiendo la previsión legal a tales supuestos y podría mejorarse, además, atemperando su duración según la gravedad del correspondiente tipo legal o de la pena impuesta”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*Reformas penales en materia de terrorismo*”, en AP n°48, 25-31/12/ 2000, marg. 1015.

6.3.- REINCIDENCIA INTERNACIONAL (ART. 580).

Art. 580: *“En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia”.*

Este precepto nace como consecuencia de las obligaciones y compromisos adquiridos internacionalmente en la lucha contra el terrorismo³¹⁶, especialmente en el Marco de la UE, tales como el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (1977) y el Acuerdo de Schengen (1990). Ello es una consecuencia inevitable de la consideración, por parte del legislador, del terrorismo en cuanto forma de crimen organizado, razón por la cual nos encontramos ante una agravante de reincidencia idéntica a la de otras formas delictivas que sí son crimen organizado: trata de blancas (delitos de prostitución, art. 190 CP), tráfico de drogas (art. 375 CP), delitos económicos (falsificación de monedas y efectos timbrados, art. 388 CP). Hay que tener presente que, la aplicación de la agravante de reincidencia, se trata no tanto de una cuestión procesal relativa a la competencia de los tribunales españoles para el juzgamiento de hechos cometidos en el extranjero, como de identidad de hechos y delitos. La competencia le es atribuida por el art. 23.4 b) de la LOPJ, precepto que fue el que se esgrimió para fundamentar la competencia de los tribunales españoles para el juzgamiento de los Generales Pinochet, Massera y Videla.

Contemplar un artículo especial para estos efectos, se hacía necesario para salvar un problema de falta de homogeneidad en las legislaciones extranjeras en relación a la tipificación de los delitos como en sus sanciones. Así, la apreciación de la agravante en los tribunales españoles quedaba condicionada, por la gravedad de las penas a que hubiera sido condenado el sujeto en relación con las figuras en las que se le juzga, la que podía ser distinta en una u otra legislación³¹⁷. El art. 22.8 señala claramente que “hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Corresponde a los Tribunales españoles evaluar y valorar la identidad entre las normas de las distintas legislaciones³¹⁸, y solo apreciar la agravante de reincidencia cuando los hechos realizados por el autor sean susceptibles de ser calificados como delitos de terrorismo por la legislación española.

Finalmente, el precepto exige que el sujeto haya sido condenado por actividades relacionadas con bandas armadas y organizaciones terroristas³¹⁹. De esta forma, quedaría fuera de su ámbito de aplicación conductas que no teniendo que ver con ellas, sean calificadas como terroristas en razón de su finalidad. Tal es el caso de hechos que habiendo sido calificados y sancionados como delitos de terrorismo en el extranjero, puedan ser calificados conforme al art. 577 del CP español³²⁰. En esta situación se encuentran la mayoría de los delitos tipificados en la legislación chilena, puesto que ella se caracteriza por la ausencia del concepto de organización terrorista como elemento de lo injusto penal, y se contempla, en cambio, como un delito autónomo (asociación ilícita terrorista). Luego, en teoría, solo podría aplicarse en España la agravante de reincidencia internacional, cuando el sujeto hubiere sido condenado por el art. 2º en relación con el art. 1º de la ley 18.314 chilena.

IV. AUTORÍA y PARTICIPACIÓN: Algunas consideraciones en relación a las

³¹⁶ Así PRATS CANUT, pp.1632 y ss, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.809, BARÓN QUINTERO, 1999, p. 280.

³¹⁷ PRATS CANUT, 1999, pp.1632 y ss., CARBONELL MATEU, 1996 a), p.809.

³¹⁸ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1238.

³¹⁹ STS 17-10-1994. BARÓN QUINTERO, 1999, p. 280, PRATS CANUT, 1999, pp.1632 y ss., CARBONELL MATEU, 1996 a), p.809.

³²⁰ En esta opinión, PRATS CANUT, 1999, pp.1632 y ss., CARBONELL MATEU, 1996 a), p.809.

asociaciones ilícitas terroristas, bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas.

La responsabilidad penal de las personas que ejercen funciones de mando en las asociaciones ilegales terroristas ha sido enfocada doctrinalmente desde la perspectiva de la criminalidad organizada, categoría a la cual no creemos que pertenezca el terrorismo por las razones que expusimos en su oportunidad (Cap. III). No obstante, la presencia de la “organización” estructurada jerárquicamente ofrece una similitud con aquellas que sí pertenecen a la categoría del crimen organizado en las que el dominio del hecho se extiende alcanzando un ámbito que va más allá de quienes ejecutan materialmente las acciones delictivas conforme a la planificación global.

La problemática se centra en la teoría que se adopte para la determinación de la autoría. Anteriormente cuando ella era determinada conforme a la *Teoría de la Adecuación* el problema de la responsabilidad penal de quienes motivan o determinan la práctica de un delito, como los jefes o directores de las asociaciones ilícitas, debía ser resuelto a través de la figura del autor intelectual, siempre que la conducta del que ejecutaba materialmente el delito constituyese una consecuencia previsible de una orden por parte del que ejercía funciones de mando. Al no existir las figuras del inductor o instigador, éstas se encuadraban junto a la autoría mediata el contenido del amplio concepto de autor intelectual.

Modernamente la doctrina mayoritaria asume para la determinación de la autoría en el delito la *Teoría del Dominio del hecho*³²¹, denominándose así a una pluralidad de posiciones doctrinales que se unifican por distinguir entre *autores* (autor directo, mediato, coautor y cooperador necesario) y *partícipes* (inductor y cómplice), de acuerdo a la cual, en general, es autor aquel a quien “pertenece” el hecho, domina objetiva y subjetivamente el curso o realización del hecho. El partícipe, en cambio, es el que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya ejecución depende en realidad de otro que es el verdadero autor. Pero si bien la doctrina coincide en aceptar el “dominio del hecho”, no coincide cuando se trata de calificar la conducta de los dirigentes de una organización criminal, existiendo discrepancias en torno a si éstos son autores o partícipes respecto de la ejecución de hechos delictivos que han ordenado realizar a otros miembros de la organización.

A nuestro modo de ver la discrepancia doctrinal surge quizá mas bien en relación al tipo de criminalidad que se quiere enjuiciar. Así, como señala ROXIN, máximo exponente de la teoría del autor mediato, la cuestión de la autoría y participación en el crimen organizado se relaciona ante todo con la criminalidad proveniente de los aparatos del Estado, criminalidad en la que ROXIN se basa para sustentar su tesis. Pero cuando se trata de otro tipo de organizaciones criminales, quizá con una estructura jerárquica más débil que la que puede llegar a representar el terrorismo estatal, a juicio de otro sector doctrinal deben defenderse las posturas de la coautoría (JAKOBS) o la inducción (KÖHLER).

1. La teoría del autor mediato.

La mayor parte de la doctrina coincide en aceptar que, tratándose de los dirigentes o

³²¹ La teoría del dominio del hecho nace con WELZEL y el finalismo para quien en los delitos dolosos es autor solo el que es señor de la producción del resultado, siendo sus mayores exponentes ROXIN y GÓMEZ BENÍTEZ. Adscriben también: MIR Y ZAPS. Véase WELZEL, *DP. Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 12ª ed., 1987, pp. 143, 145 y ss, 147, 150, 158, 162, 179, 253, 277. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*; Madrid, 1984, pp.124 y ss.; el mismo “*El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*”, en *ADPC*, 1984, pp.104 y ss, MIR PUIG, *DP.PG*, 1996, pp.355 y ss. ROXIN, “*Sobre la autoría y participación en el derecho penal*”, en *Problemas actuales de las ciencias penales*, Libro homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, pp.55 y ss. En Chile, la doctrina se divide. A favor de la Teoría del dominio del hecho, CURY URZÚA, E. 1985, T. II, pp.233 y ss. En contra, GARRIDO MONTT para quien es la acción la que determina el concepto legal de autor. GARRIDO MONTT, M. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1984, pp.240 y ss.

jefes de una organización terrorista, ellos deben responder a título de autores mediatos en los delitos realizados por sus subordinados. Así lo explica ROXIN³²², tomando como base para esta elaboración, la criminalidad estatal en Alemania: actuaciones de funcionarios nazis encargados y responsables de numerosos asesinatos de judíos, que se limitaron a ordenar las ejecuciones a sus subalternos. Los argumentos para sustentar tal posición se basan en la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores materiales del delito, que hace que éstos resulten “prescindibles”, ya que si bien ellos son los que ejecutan el delito como subordinados en el aparato de poder, por carecer de autonomía propia no pueden impedir que el “hombre de atrás”, el que da la orden, alcance el resultado, que en la mayor parte de los casos ni siquiera les conoce. En caso aislado de desobedecer la orden, la organización criminal posee las condiciones necesarias para suplirle y ejecutar el delito. El “autor detrás del autor” o el “hombre de atrás” es un autor mediato porque es quien domina el hecho controlando el resultado típico.

La teoría in comento ha servido para el enjuiciamiento y atribución de responsabilidad a los funcionarios del gobierno nacionalsocialista en Alemania (Caso Eichman) por los asesinatos de judíos, y a la Corte Suprema argentina para responsabilizar a los Generales Videla y Massera por las órdenes de ejecución, desaparición de miles de personas y secuestro de niños hijos de detenidos desaparecidos, durante la dictadura militar.

En nuestra opinión, nada obsta a su aplicación en el caso del General Pinochet, quien como Comandante en Jefe del Ejército dio las órdenes a sus subalternos para que procedieran a “agilizar procesos” a los cuales se encontraban sometidos los prisioneros de guerra tras el golpe militar, muchos de los cuales acabaron en fusilamientos, y en el mejor de los casos, con desapariciones forzadas, técnicamente cualificables como delitos de secuestro. A este respecto conviene recordar el bullado caso *Caravana de la Muerte*, en el que Pinochet tuvo una responsabilidad directa desde que fue quien impartió las órdenes al General Arellano Stark para que con una comitiva especial recorriera las regiones del país, especialmente las del Norte, visitando los campos de concentración, y “agilizara los procesos” de las personas que allí se encontraban detenidas³²³.

El General Arellano y su comitiva llegaron en octubre de 1973 a la Región de Antofagasta y entregó al entonces juez militar de dicha región (Gral. Lagos) un oficio en el que constaba que venía en una misión especial por delegación expresa del Comandante en Jefe del Ejército para visitar a los prisioneros que se encontraban en dicha jurisdicción. Con absoluto irrespeto a las normas más mínimas de respeto a debido proceso legal, y atropellando la competencia del juez militar de Antofagasta, la Caravana de la Muerte ejecutó atrocemente a los prisioneros³²⁴. La responsabilidad de dichos crímenes no solo corresponden a quienes materialmente los ejecutaron y al propio Arellano Stark que comandaba la caravana de la Muerte, sino al Comandante en Jefe del Ejército. Por dos razones fundamentales:

La primera, basada en la propia legislación castrense chilena: De acuerdo al CJM, el Comandante en jefe del Ejército, en tiempos de guerra, es depositario de todas las atribuciones; disciplinarias, jurisdiccionales, legislativas y administrativas, atribuciones que en tiempo de paz no tiene siquiera el Presidente de la República. Por tanto, es responsable cuando delega sus funciones, toma conocimiento de los ilícitos que cometen sus oficiales delegados y no instruye los correspondientes sumarios. El art. 74 del CJM indica que al Comandante en jefe del Ejército

³²² ROXIN, C. “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”, en *Rev. Penal*, N°2, Ed. Praxis, julio 1998, pp. 61-65; también en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 191-198.

³²³ En concreto, los helicópteros militares de la *Caravana de la Muerte* arribaron a las ciudades de Cauquenes (4-10-1973), La Serena (Regimiento Arica, 16-10-1973), Copiapó (Regimiento Atacama, 16-10-1973), Calama (Regimiento de Infantería N°15, 19-10-1973), visitaron los recintos carcelarios de los “prisioneros de guerra” y procedieron a fusilarlos sin contemplaciones.

³²⁴ Las declaraciones públicas que hiciera el general Lagos a través de medios de comunicación, respecto a la forma en que se realizaron las ejecuciones impactaron en la población chilena.

le corresponde el ejercicio pleno de la jurisdicción militar, y que en caso de cometerse delitos esa misma autoridad debe ordenar al juez militar de la jurisdicción correspondiente que instruya procesos a objeto de sancionar a quienes cometieron los ilícitos. Esto no fue realizado ni por Pinochet, ni por Arellano (que dicho sea de paso inculpa de los ilícitos a su segundo hombre, el General Arredondo).

La segunda, basada en consideraciones dogmáticas, desde el momento que el Comandante en Jefe del Ejército delega sus funciones en un oficial, ordena las ejecuciones y tiene pleno conocimiento de lo que está ocurriendo, tiene el dominio del hecho, así como el propio oficial delegado, y los que ejecutan materialmente los delitos carecen de autonomía propia para impedir que ellos se cometan. Los que ejecutaron materialmente los delitos eran lisa y llanamente fungibles, por lo que Pinochet es, en nuestra opinión, específicamente un *autor mediato* de tales crímenes³²⁵.

2. La teoría de la coautoría.

Frente a esta postura, y sin negar el dominio del hecho, otra corriente de autores encabezados por JAKOBS³²⁶ sostienen que la figura del autor mediato no es aplicable cuando el que realiza materialmente el hecho ilícito tiene conciencia y responsabilidad en relación a su actuar. Solo existiría autoría mediata cuando el ejecutor es un mero “instrumento” del “hombre de atrás”, un inimputable o con una responsabilidad disminuida³²⁷. Si el ejecutor es completamente responsable, no podría ser un instrumento. Por otra parte resta todo valor a la calidad prescindible de los ejecutores, el que sean intercambiables es, a su juicio, “un dato naturalístico intrascendente”³²⁸. Luego, para equiparar la responsabilidad del “autor mediato” con la del ejecutor material, toman como vía *la coautoría*.

La objeción principal que a juicio de estos autores merece la tesis de ROXIN es su estrecho campo de aplicación, que prácticamente se circunscribe a los casos de criminalidad estatal, y aunque éste advertía que la tesis de la autoría mediata también tenía aplicación “en el ámbito de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes”, no puede compararse ésta con aquella. Las organizaciones ilegales que nacen fuera del amparo del Estado, por regla general, tienen una estructura jerárquica menos disciplinada, o menos férrea que la que se presenta tratándose del terrorismo de Estado³²⁹.

Esta corriente de autores se basa en la consideración de la coautoría como la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, exigiéndose para ella un acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito. El fundamento de la coautoría es el dominio funcional del hecho, característica que se cumpliría tratándose del “hombre de atrás”. “Lo verdaderamente importante”- dice MUÑOZ CONDE³³⁰. “no es ya solamente la intervención en la ejecución del

³²⁵ La resolución de 29-01-2001 pronunciada por el Ministro de Fuego Sr. Juan Guzmán Tapia, somete a proceso a Augusto Pinochet Ugarte en calidad de *autor* en los delitos de secuestro (art. 141 inc.1° CP) y homicidio calificado (art. 391 n°1 CP), por la desaparición forzada de 18 personas y el asesinato de otras 57, hechos todos ocurridos en 1973 con ocasión de la denominada *Caravana de la Muerte*. Resol. de 29-01-2001, Proceso Rol 2.182-98-A, (Considerando 14°). La resolución simplemente señala la calidad de “autor” por lo que debe entenderse hecha la remisión al art. 15 del CPP. La calidad de la autoría tendría que ser resuelta en una posterior sentencia definitiva.

³²⁶ JAKOBS, G. *Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 2° ed., 1991, 21/103, “*Neue Zeitschrift für Strafrecht*”, 1995, pp.26 y ss. cit. por ROXIN, 1998, p. 62, nota 15.

³²⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 151-159.

³²⁸ Cfr. ROXIN, 1998, P.63.

³²⁹ MUÑOZ CONDE, 1999, pp.154-155.

³³⁰ MUÑOZ CONDE, 1999, pp.156.

delito, sino el control o el dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en su ejecución.... la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho”.

Es decir, lo verdaderamente importante no es la presencia física o la contribución a la “ejecución” del hecho, sino a su “realización”, concepto éste más amplio que el primero, y que utiliza el art. 28 del CP español para definir la coautoría.

3. La teoría de la inducción

Autores como HERZBERG³³¹ y KOHLER³³² sostienen que en los casos de “dominio de la organización” la calificación jurídica es la de la inducción ya que al igual que Jakobs estiman que el presunto dominio del hombre de atrás es un dato naturalístico intrascendente. El hombre de atrás es un partícipe en el hecho delictivo, un inductor, porque su “energía criminal” es menor que la del que ejecuta materialmente el hecho. Éste, en cambio, es autor directo ya que al realizar el hecho consciente y voluntariamente, actúa con dolo. El intermediario entre el que da la orden y el que la ejecuta, esto es, el transmisor del mensaje, respondería a título de complicidad³³³. No procede, por tanto, considerar al dirigente o director de una asociación ilícita como autor mediato cuando ha ordenado la comisión de un delito, porque éste no tiene el dominio del hecho, sino aquel que lo ejecuta voluntariamente, aquel que actúa dolosamente.

4. Rechazo de las teorías de coautoría e inducción. Toma de posición.-

Partiendo de la teoría del dominio del hecho reconocemos la distinción entre autores y partícipes, siendo los primeros aquellos a quienes pertenece el dominio objetivo y subjetivo del hecho, y últimos quienes solo favorecen la comisión de un delito. La consecuencia principal es que su punibilidad depende (es accesoria) de la del autor, figura en torno a la cual gira el tipo delictivo, tal como sucede en los delitos especiales propios.

En el problema respecto a cuál es la calificación jurídica que merece el “autor detrás del autor” a nuestro entender, la clave para su resolución la proporciona la teoría de ROXIN. Entendemos que el hombre de atrás es un “autor mediato”, y no un coautor, ni un inductor como sostienen la doctrina alemana y alguna española, o un autor intelectual como sostiene parte de la doctrina chilena. No obstante, no consideramos que sea la única y exclusiva solución posible ya que, debe probarse en cada caso concreto “la decisión vertical y la intercambiabilidad del ejecutor”³³⁴, de donde resulta que habrá que aceptar en determinados casos la posibilidad de una coautoría.

La “autoría mediata” si bien ha tenido gran repercusión en Alemania, también cabe para los casos chileno y español. Así el CP español en su art. 28 reconoce la autoría mediata como aquel que “realiza el hecho por medio de otro del que se sirve de instrumento”. El CP chileno en su art. 15 se refiere al que “fuerza directamente a otro a ejecutar el hecho”³³⁵. Cabe destacar que en ambas legislaciones, en todo caso, el hombre de atrás siempre responde con una pena agravada tratándose del delito de asociación ilícita. Así el art. 516 del CP español sanciona con mayor pena a los “directores y promotores” de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y el art. 283 del CP chileno hace lo mismo en relación a “los jefes, los que hubieren ejercido el mando en ella y provocadores” de las asociaciones ilícitas comunes, norma que se

³³¹ HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, Dresden, 1997. Cit. por ROXIN, 1998, p. 62.

³³² KÖHLER, *Allgemeiner Teil*, 1997, p.510 y ss. Cit por ROXIN, 1998, p.62.

³³³ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966, pp.188-191.

³³⁴ JUNG, *Juristische Schulung*, 1995, p.174. Cit. por ROXIN, 1998, p.64.

³³⁵ En esta interpretación, CURY URZÚA, E. 1985, T. II, p.248. En contra, YÁÑEZ, que considera que se trata de un caso de autoría directa. YÁÑEZ, S. “*Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código penal chileno*”, en RCP, T. XXXIV, N°1, 1975, III, pp.51 y ss., esp. p.62.

aplica por expresa disposición del art. 3 inciso final de la ley 18.314, que contempla una pena agravada en relación a las asociaciones ilícitas comunes.

El problema es la responsabilidad que a éste hombre de atrás cabe en la ejecución de un concreto delito por parte de sus subordinados. El dominio del hecho reviste las formas del dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho, según se esté respectivamente frente a una autoría directa, mediata o coautoría. En este caso se va más allá de las tradicionales denominaciones y se habla de “dominio de la organización”, que es el fundamento de la autoría mediata³³⁶.

5. Objeciones a la coautoría.

No parece acertado trasladar como paradigma a la ley penal la solución de la coautoría ya que esta figura supone la decisión de realizar y ejecutar conjuntamente el hecho, cuestión que en el caso de las asociaciones ilegales terroristas resulta poco probable. Como objeta ROXIN “en los delitos en el ámbito de los aparatos de poder organizados el que ordena y el ejecutor no se conocen... el ‘burócrata’ no ejecuta nada por sí mismo, ‘no se ensucia las manos’, sino que se sirve del órgano ejecutor”³³⁷. La inexistencia de la resolución conjunta a cometer el delito y la falta de ejecución común hacen que la coautoría pierda sus contornos. Por otra parte, el desarrollo estructural en la coautoría es horizontal, ya que supone simultaneidad y equivalencia en las actuaciones; a diferencia del desarrollo vertical que supone la autoría mediata y que permite subsumir mejor el hecho de la orden que emana desde arriba y baja hacia el ejecutor del delito.

Los defensores de la postura de la coautoría objetan a la teoría del autor mediato el hecho de que sólo resulta aplicable para el caso de la criminalidad estatal, mas no para las organizaciones clandestinas que operan al margen del aparato institucional. Así MUÑOZ CONDE³³⁸ indica que las organizaciones ilegales que no pertenecen a la criminalidad estatal, tienen una estructura y jerarquía menor. Aunque reconoce que “algunos grupos terroristas funcionan como verdaderos ejércitos”, pero que “su carácter marginal e ilegal hace que sus miembros tengan en sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de aparatos de poder estatales”.

En nuestra opinión, debe especificarse a qué tipo de organizaciones ilegales nos estamos refiriendo: si a pequeños grupos de autodefensa o a verdaderas organizaciones terroristas. La organización terrorista, como toda asociación ilegal que nace al margen del Estado y para su repulsa, se rige por los principios de clandestinidad y la compartimentación. De esta forma, los subordinados no suelen conocer a los jefes máximos de la organización, sino a su jefe directo, que actúa a la vez como un intermediario entre el que da la orden y el que la ejecuta. Luego, el hecho de que una organización terrorista pueda tener una estructura inferior en número o en medios comparados con los grupos criminales del Estado, no impide que en determinados casos pueda aplicarse la autoría mediata, ya que habrá que probar en cada caso concreto.

Por otra parte, la idea central de la coautoría en el caso de que se trata, se fundamenta en que cada uno de los intervinientes en un delito tienen el dominio funcional del hecho debido al reparto de roles. Si la coautoría es la “realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente”, en opinión de MUÑOZ CONDE³³⁹ no procede distinguir grados de autoría o participación, cuando a través del reparto de roles o papeles cada

³³⁶ DE FIGUEIREDO DIAS, J. “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.99-107, esp. p.102.

³³⁷ ROXIN, C. 1998, p. 63. Similar DE FIGUEIREDO DÍAS. 1999, p. 102.

³³⁸ MUÑOZ CONDE, F. 1999, p.155.

³³⁹ MUÑOZ CONDE, F. 1999, p.156.

uno ostenta un dominio funcional del hecho. Y ejemplifica “un comando terrorista compuesto por cuatro personas que se traslada a una ciudad para realizar un atentado. Uno de sus miembros se ocupa de seguir y vigilar al que va a ser la víctima hasta el lugar donde está apostado otro que es el que va a disparar contra la víctima, mientras que un tercero espera en la esquina con el coche en marcha para asegurar la huida, y finalmente un cuarto, el cerebro que ha planificado el atentado hasta en sus más pequeños detalles, dirige toda la operación por radio o un teléfono portátil desde un piso franco previamente alquilado”.

Pensamos que MUÑOZ CONDE tiene razón cuando señala que en estos casos, debe considerarse la existencia de una coautoría. Pero, modestamente entendemos que no es el punto que aquí se está tratando. Primero, porque en los dos ejemplos que MUÑOZ CONDE oferta los que dominan funcionalmente el hecho son todos los que participan en el mismo, incluso aquel que no se encuentra físicamente presente pero dirige la operación desde afuera, ya que interviene en la fase de ejecución. En este caso, ellos, incluido el “jefe de comando” son coautores porque intervienen en la ejecución del delito³⁴⁰.

Pero ¿qué ocurre con el superior jerárquico de todo ese comando terrorista?. ¿Qué responsabilidad tiene aquel que ordena la ejecución del delito, sin conocer los detalles mismos de la operación, como el “jefe de comando”?. La estructura jerárquica de este tipo de organizaciones responde ante todo al principio de la disciplina, sea terrorismo estatal o insurgente, de esta manera una “orden desde arriba”, puede *determinar la realización* de la operación, *como su paralización* en un determinado momento. Esto quiere decir que más allá del que “dirige” la concreta operación, esté o no físicamente presente, y que es una especie de “mando medio” entre la cúpula y la base; el “hombre de atrás” (cúpula), tiene el dominio total del hecho ya que de su voluntad depende que éste se ejecute o no, y por tanto es un autor mediato. Esta constatación se da especialmente en la criminalidad estatal, para la atribución de responsabilidad a los jefes de gobierno, que son los que verdaderamente poseen el dominio del hecho en las violaciones a derechos humanos, ya que ellas se ejecutan a instancias de su orden.

6. Objeciones a la inducción

Considerar al hombre de atrás como un mero inductor no solo supone desconocer la importancia de su actuación para la efectiva realización del delito³⁴¹, sino además contradecir la teoría del dominio del hecho y diferenciar autoría y participación desde otros criterios ya que es evidente que en una organización criminal quien da la orden es el que en definitiva domina el hecho.

Por otra parte, si bien es cierto que estructuralmente la figura de la inducción sirve mejor que la autoría ya que ella supone asimismo una verticalidad desde que el inductor empuja a otro a ejecutar el hecho, no es menos cierto que, jurídicamente, el inductor ha de tomar contacto con el potencial autor del hecho, “captarlo para su plan y...vencer sus resistencias”³⁴², cuestión que no ocurre generalmente tratándose de grandes aparatos organizados. Seguramente ni Hitler, ni Pinochet conocen a quienes ejecutaron de propia mano los numerosos asesinatos y detenciones ilegales bajos sus gobiernos. Y lo mismo ocurre cuando se trata del terrorismo insurgente: los hombres de la cúpula no suelen conocer- por respeto a la compartimentación- a los subordinados que ejecutarán los delitos. Ellos se limitan a ordenar la “realización” o la “paralización” del hecho delictivo.

³⁴⁰ En este sentido discrepamos de la postura de ROXIN para quien puede llegar a formarse “una verdadera cadena de autores mediatos”, considerando al hombre puesto en el caso del ejemplo también como autor mediato. Cfr. ROXIN, C.1998, p.64.

³⁴¹ ROXIN, C.1998, p.64. Similar FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M^a Teresa. “Autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, publicación del XII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal, Univ. de Salamanca, Coord. por M^a Rosario Diego y Virginia Sánchez, Ed. Colex, 2000, pp.25-37, esp. p.28.

³⁴² Así ROXIN, 1998, p. 64.

7. Objeciones a la autoría intelectual.

En la doctrina chilena que asume la teoría del dominio del hecho, a diferencia de los casos anteriores considera que el hombre de atrás en las organizaciones criminales es un autor intelectual. Así por ejemplo, para CURY URZÚA los “jefes de bandas y otras organizaciones criminales “ tienen responsabilidad penal a este título ya que “sin ejecutar la conducta típica, posee, no obstante el señorío de ella, porque la ha planificado y organizado su realización, pudiendo consiguientemente, decidir sobre su interrupción, modificación o consumación”³⁴³.

Dos objeciones merece esta teoría: la primera reside en que como el mismo CURY³⁴⁴ reconoce, el autor intelectual lo es “del hecho típico”, y por tanto su calidad de tal solo empieza a surtir efectos jurídicos cuando los autores materiales inician la ejecución del delito según la planificación diseñada por el primero. Siendo así no podríamos llegar a considerar la existencia de responsabilidad penal alguna cuando la ejecución del delito no se hubiere iniciado, o éste no se realizare por “desobediencia” del subordinado que se niega a ejecutarlo. En este caso pensamos que existiría una autoría mediata intentada, pues como indica ROXIN “también quien se sirve de instrumento coaccionado, que está loco o que obra sin dolo puede ver malogradas sus pretensiones por acciones imprevistas del ejecutor, sin que por ello nadie ponga en duda la existencia de una autoría mediata”³⁴⁵.

Por otra parte, no parece adecuarse a la situación que se examina, el concepto de autor intelectual que mantiene el art. 15 del CP chileno. El numeral 3 de dicho precepto se refiere a “los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. La doctrina estima que la expresión “medios” es la que da la clave si se la entiende en un sentido amplio, esto es, “la manera o modo de comisión y, en general los medios intelectuales”³⁴⁶. De acuerdo a esta interpretación, el hombre de atrás sería autor intelectual porque “facilita los medios”. En nuestra opinión, este sujeto no solo “facilita los medios” sino que “ordena” la ejecución del hecho típico, “fuerza” a otro a ejecutarlo, encuadrando así perfectamente en el concepto de autor mediato que mantiene el art. 15 n°2 del CP chileno.

La autoría mediata no solo puede presentarse cuando el intermediario no realiza una auténtica acción, como si operara sobre él una fuerza física irresistible, o cuando está ausente la tipicidad porque el dolo se ha excluido a causa de haber sido utilizado como instrumento, sino que, como señala CURY también debe ser considerado cuando “el autor mediato forja una situación en razón de la cual el ejecutor obra justificado; cuando se sirve conscientemente de un ejecutor inimputable; cuando lo hace caer en un error de prohibición invencible o cuando lo coloca deliberadamente en una posición de inexigibilidad”³⁴⁷ y también cuando este ejecutor material es consciente de su acto, según señala ROXIN³⁴⁸.

8. Consideraciones finales.

De acuerdo a lo expuesto, la actuación dolosa del ejecutor material no priva al hombre de atrás del dominio del hecho, ya que aquel es intercambiable dentro del aparato organizado de poder que se opone al ordenamiento jurídico. En este último sentido cabe destacar que si bien la teoría de ROXIN es aplicable principalmente en los casos de la criminalidad estatal, esto no significa que pueda aplicarse a todo tipo de organizaciones criminales. Ellas han de cumplir con

³⁴³ CURY, 1985, pp.245-246.

³⁴⁴ CURY, 1985, p.246.

³⁴⁵ ROXIN, 1998, pp. 64-65.

³⁴⁶ YÁÑEZ, S. 1975, p.60; ETCHEBERRY, T. II, p.70, CURY. 1985, p.246.

³⁴⁷ CURY, 1985, pp.247-248.

³⁴⁸ ROXIN, 1998, pp.64-65.

tres requisitos que resumimos en: a) una organización criminal estructurada jerárquica y rígidamente, b) la intercambiabilidad del ejecutor material, c) que la organización o aparato haya optado por la vía criminal, oponiéndose así al ordenamiento jurídico.

A su vez, esta oposición al ordenamiento jurídico tratándose de organizaciones terroristas debe ser entendida, en nuestra opinión, como oposición al ordenamiento constitucional democrático, no ideológica sino material a través de la comisión de delitos que al mismo se oponen. Pensamos que es la única forma de poder responsabilizar a los agentes del aparato estatal por sus actuaciones al amparo del Estado.

Opinión distinta es la que ha sostenido Kai AMBOS³⁴⁹, para quien el requisito de que la organización actúe fuera del ordenamiento jurídico debe ser rechazado como presupuesto del dominio de la organización. Para este autor en ocasiones la criminalidad se procesa a través del propio aparato del Estado, como ocurre por ejemplo, en las relaciones mafia-administración pública. En este caso, no podría hablarse de una oposición o exclusión en relación con el orden jurídico. Entendemos, junto con DE FIGUEIREDO³⁵⁰, que la interpretación que AMBOS da al mencionado requisito no parece adecuada, toda vez que en estos casos, el aparato del Estado es tan solo un medio o instrumento de realización de los objetivos de la organización criminal. Tampoco parece acertado indicar que si el crimen proviene del Estado mismo, como ocurre en las organizaciones que operan al amparo de la impunidad estatal, con nexos oficiales o no oficiales con la institución, estas organizaciones actúan “conforme” al ordenamiento jurídico, cuando las leyes le permiten actuar de esta manera, por ejemplo, en los estados de excepción constitucional. En opinión de AMBOS esto en nada afectaría la afirmación de una autoría mediata basada en el dominio de la organización.

Tal como objeta DE FIGUEIREDO, no se trata de un problema de dominio de la organización, sino de la aceptabilidad de un fundamento “transpositivo” de la incriminación, cuya consecuencia necesaria es la consideración de la “oposición” al ordenamiento jurídico como momento intrínseco y constitutivo del aparato organizado, presupuesto del dominio de la organización. Solo así puede fundamentarse el “automatismo” que supone atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás independientemente de la actuación particular del ejecutor material del hecho.

V. LA ATENUACIÓN PUNITIVA POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: EL arrepentimiento eficaz.

El derecho penal premial se ha constituido en un instrumento de utilización frecuente en contra de las organizaciones terroristas, como técnica de control social enmarcada en la legislación de emergencia que se aplica a las mismas. Por derecho penal premial debemos entender aquel fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, viene aplicado un premio consistente en una despenalización³⁵¹. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, independientemente de la producción en el mismo de un determinado estado psicológico que efectivamente de cuenta de su reinserción social. A ello se agrega el peligro inminente para la verdad procesal, toda vez que el sujeto que encontrándose en una situación de desventaja y accede a la “negociación” con las autoridades no da garantía de la fiabilidad de sus declaraciones.

³⁴⁹ AMBOS, Kai. *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pp.241 y ss. Cit. por DE FIGUEIREDO DIAS. 1999, p.103.

³⁵⁰ DE FIGUEIREDO DIAS. 1999, p.105.

³⁵¹ RESTA, Eligio. “*Il diritto penale premiale: Nuove strategie di controllo sociale*”, en *DDDP*, N° 1, 1983, pp.41-68, esp. p.41.

El otorgamiento de este verdadero premio queda reservado al Poder Judicial, constituyendo “auténticas formas impropias de gracia”³⁵² en cuya virtud, en muchas ocasiones se ha llegado a eximir de la pena correspondiente al delito cometido. Tal era la situación que se contenía en el ordenamiento penal chileno con la ley 19.172 de 4 de noviembre de 1992, en cuyo art. 1° se señalaba “quedarán exentos de pena...”.

En otras ocasiones, este beneficio toma la forma de “remisión” de la pena, como ocurría en el caso del art. 57 bis b) del CP 1974, y por último, puede adquirir la forma de atenuación especial (atenuante específica). Esta es la situación que se regula en la legislación vigente, la que establece una rebaja de la pena, que en la legislación chilena puede llegar hasta dos grados, y en la legislación española en uno o dos grados. Por ello es que hemos denominado a este punto “atenuación especial por colaboración con la justicia”.

Se trata de una “atenuación específica de la pena” que procede respecto de un comportamiento post delictivo ya que tiene lugar después de la consumación del delito por el que ha sido procesado el sujeto, y que, como es patente en el art. 4° de la ley 18.314 chilena, y puede desprenderse del art. 579.3 del CP español, no limita sus efectos al delito en el que el sujeto hubiese tomado parte y por el cual se encuentra procesado, sino a otros relacionados con la actividad de organizaciones terroristas. Con ello se produce una distorsión en la relación delito-pena³⁵³, pues se presenta un elemento ajeno al delito (comportamiento post delictivo) y que resulta determinante en la atribución de la responsabilidad penal.

Debido a estas consideraciones es que se plantea el problema respecto de la naturaleza jurídica de las figuras premiales, ya que resultan difíciles de asimilar a las coordinadas penales tradicionales³⁵⁴. Reconduciendo a categorías dogmáticas tradicionales la doctrina estima que se trata de una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento³⁵⁵.

Hay que tener presente, que como ha señalado la doctrina, que los comportamientos post delictivos no afectan al binomio antijuridicidad- culpabilidad, puesto que ellas quedan determinadas al momento de la consumación³⁵⁶. Si concebimos el Tipo, como tipo de injusto, es decir, como conjunto de características en las que se materializa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no puede aceptarse que la antijuridicidad resulte afectada por comportamientos que han tenido lugar una vez que la lesión o puesta en peligro ya se han verificado. Si la culpabilidad la entendemos en el contexto del Derecho penal del hecho, esto es, como “culpabilidad por el hecho”- y no como “culpabilidad por la conducción de vida” o “culpabilidad de hecho y autor” (HERTZ)³⁵⁷- no puede admitirse que ésta resulte modificada por comportamientos del sujeto que se verifican con posterioridad a la realización del tipo de injusto. Por esta razón no admitimos las posturas de quienes, como CALDERÓN CERESO y

³⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI; J. M. “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, CPC N°30, 1986, pp. 559-603, esp. p.581.

³⁵³ En este sentido, en España DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.M. 1986, p.580, LAMARCA, C. 1985, p. 321. En Chile, MOLINA, Rodrigo. MERA, Jorge; “Ley de Arrepentimiento Eficaz”- Sus principales problemas-, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1994, p.11. MUJICA MONTES, A.- RIEGO, Cristián; “Ley sobre arrepentimiento eficaz”, Universidad Diego Portales, Fac. de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1994, pp. 28-29.

³⁵⁴ CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Edit. General de Derecho, Valencia, 1997, p. 110.

³⁵⁵ VALLE MÚÑIZ, J.M.- FERNÁNDEZ PALMA, R. “De los delitos contra la salud pública (art. 376)”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS. Edit. Aranzadi, 1999, p.1067.

³⁵⁶ CUERDA ARNAU, Mª Luisa; *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 266-267, CAMPO MORENO, J.C. 1997, p. 111.

³⁵⁷Ampliamente DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento post delictivo*. Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1985, pp. 252 y ss, 261 y ss.

CHOCLÁN MONTALVO³⁵⁸, plantean que esta atenuación de la pena se fundamente desde el punto de vista de la culpabilidad.

De esta manera no puede sostenerse que la presencia de un elemento ajeno al comportamiento delictual tenga la capacidad de afectar a los restantes elementos del delito (antijuridicidad, culpabilidad). Máxime, como bien señalaba CUERDA ARNAU³⁵⁹ refiriéndose al antiguo art. 57 bis del CP 1973, cuando lo que se contempla en estas normas no es un supuesto tradicional de comportamiento post delictivo, esto es, “aquel en que la conducta antagónica posterior está en relación directa con la previa actividad delictiva y en el que además, los efectos atenuatorios o eximentes se proyectan solo sobre la pena correspondiente a la conducta evitada o cuyas consecuencias se disminuyeron”³⁶⁰. Ya hemos señalado que en las figuras premiales se rompe con la tradicional relación entre delito y pena dado que, la exclusión de la pena o su atenuación se refieren al delito en el cual el sujeto ha participado o por el que se encuentra procesado y no respecto de los delitos sobre los cuales presta su colaboración revelando antecedentes.

Mayores problemas se plantean al momento de decidir si el comportamiento post delictual puede afectar la punibilidad, y ello debido a la semejanza que en algunos casos representan estas instituciones con las excusas absolutorias. Tal era el caso del art. 1º de la ley. 19.172 sobre arrepentimiento eficaz en Chile³⁶¹, y de uno de los supuestos contemplados en los arts. 57 bis y 98 bis del CP 1973 en España³⁶². Entendemos por excusas legales absolutorias “aquellas circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen de la imposición de pena a un delito”³⁶³, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable³⁶⁴. Dichas circunstancias “no dicen relación con el merecimiento de pena, puesto que el hecho es ya típico y antijurídico, sino *con la necesidad de la pena*, atendida la consideración política criminal de determinadas circunstancias ligadas al injusto”³⁶⁵. De allí que puedan plantearse los problemas en torno a si se afecta o no la punibilidad con las excusas legales absolutorias.

Ello dependerá del concepto que se tenga de punibilidad, ya que si se la entiende como “constitutiva del último elemento esencial del concepto jurídico de delito” cuya función es la de verificar la necesidad de respuesta penal” tendría que concluirse que las excusas legales absolutorias son “causas de exclusión de la punibilidad”, a diferencia de las “causas de exclusión de la penalidad”³⁶⁶. Si se entiende la punibilidad como un elemento conceptual imprescindible del delito, cuya ausencia determinaría la inexistencia misma del delito, habría que concluir que las excusas legales absolutorias afectarían solo a la penalidad, y no a la punibilidad porque ello implicaría desconocer que se ha verificado una conducta típica, antijurídica y culpable.

³⁵⁸ En concreto estos autores señalan un doble fundamento refiriéndose al fundamento del art. 579 CP: a) la culpabilidad pues, “todo *actus contrarius* en reconocimiento de la vigencia de la norma vulnerada compensa parcialmente la culpabilidad”, y b) un fundamento de carácter utilitario o vinculado a razones de prevención especial. CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, pp.1237 Y 1238.

³⁵⁹ CUERDA ARNAU, 1995, p. 264.

³⁶⁰ Ídem.

³⁶¹ MOLINA, R.- MERA, J. 1994, p.20.

³⁶² CUERDA ARNAU. 1995, pp.265-282, DE VICENTE REMESAL, 1985, pp.315-345.

³⁶³ BUSTOS, J. *Manual de DP.PG.*, Ed. Ariel, 1989, pp.251 y 252.

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 1989

³⁶⁵ BUSTOS, J. *Manual de DP.PG.*, Ed. Ariel, 1989, pp.251 y 252.

³⁶⁶ En este sentido, POLAINO NAVARRETE, “*La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política penal*”, en *Criminalidad actual y derecho penal*, Córdoba, 1988, pp. 28 y ss. Cit. por CUERDA ARNAU, 1995, pp. 271-272.

En todo caso, parece ser que el problema se genera, como acierta CUERDA ARNAU³⁶⁷, en que se ha hecho por parte de la doctrina, una utilización confusa de términos tales como “punibilidad”, “penalidad”, “punición” y otros similares. Así por ejemplo, en la doctrina chilena, CURY afirma que las excusas legales absolutorias son “situaciones en las cuales el derecho renuncia a la *punibilidad* de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social”³⁶⁸. Y sin embargo no parece ser que esté con ello indicando que puede afectarse la punibilidad y consecuentemente la existencia del delito, sino que refiriéndose a la exclusión en la aplicación de la pena. Lo que resulta indiscutible, salvo algunas excepciones³⁶⁹, es que las excusas legales absolutorias, sin eliminar la antijuridicidad del hecho, sin afectar al injusto o a la culpabilidad³⁷⁰, son establecidas por el legislador por razones de utilidad y conveniencia político criminal.

La situación que regulan los arts. 4º de la ley 18.314 y 579.3 del CP español se califica como una causa de atenuación de la pena, una verdadera circunstancia modificatoria de responsabilidad penal cuyo efecto es el de disminuir la pena con sujeción a ciertas reglas legalmente establecidas. Se trata de un elemento accidental del delito en el sentido que de ella no depende el ser del delito, sino solo su gravedad³⁷¹. La doctrina se refiere a ella a través de distintas denominaciones resaltando su carácter singular. Se habla de “circunstancia cualificada” o “especial” de atenuación³⁷², de circunstancia “específica” de atenuación³⁷³, de “atenuación extraordinaria de la pena”³⁷⁴, de “superatenuante” de responsabilidad criminal³⁷⁵, de “circunstancia cualificada para la graduación individual de las penas”³⁷⁶.

La doctrina mayoritaria ha entendido que esta causa especial de atenuación, a pesar de su semejanza con las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, se separa de ellas por cuanto estas últimas no afectan a lo esencial del delito, y por tanto, solo pueden alterar sus consecuencias de manera accidental. Su función es la de hacer posible la fijación del “marco legal concreto” de la pena. En cambio, las causas de atenuación punitiva por colaboración con la justicia tienen un efecto de reducción facultativo de la pena respecto de todos y cada uno de los delitos relacionados con las actividades que se imputaren al sujeto³⁷⁷.

Pero si consideramos que en ambos casos, causa de atenuación por colaboración por la justicia y circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, nos encontramos con un elemento ajeno a los elementos esenciales del delito, cuyo efecto es la reducción de la pena, no habría razón para excluir este tipo de atenuación del concepto material de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal. Partamos por la definición de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

³⁶⁷ CUERDA ARNAU, 1995, p.271.

³⁶⁸ CURY URZÚA, E. *DP.PG.*, T. II, 2ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1992, p.97. En la doctrina española, BUSTOS, J. 1989, pp.251 y 252.

³⁶⁹ Para algunos autores se trataría de causas de exclusión de la antijuridicidad (P. MONTES, GARCÍA .PUENTES). para otros en el caso de las excusas sí es posible sostener que se atenúa la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad (BACIGALUPO). Cfr. CUERDA ARNAU, 1995, p 266, nota 21.

³⁷⁰ Así la doctrina mayoritaria, MIR PUIG, *DP.PG.*, 4ª ed., 1996, p.p.116-117., COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *DP.PG.*, 3ª ed., 1990, p.202, MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General...* 1989, p.20 y 156.

³⁷¹ MIR PUIG, *DP.PG.* 1996, p. 620. Similar, BUSTOS, J. 1989, p. 361. En la doctrina chilena, CURY URZÚA, E. *DP.PG.*, T. II, 2ª ed. , Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1992, p.99.

³⁷² Así COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, 1990, p. 727,

³⁷³ MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, p.228.

³⁷⁴ CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1237.

³⁷⁵ GARCÍA VALDÉS, C. “*La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas*”, en *RFDUMC* n°6, Monográfico, 1983, p.329.

³⁷⁶ CUERDA ARNAU, 1995, p. 282.

³⁷⁷ Por todos, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 283 y ss.

En la doctrina española, MIR PUIG las concibe como aquellas “que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas”³⁷⁸. Más explícito BUSTOS³⁷⁹ entiende que ellas “son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena” pudiendo ser “atenuantes, agravantes o mixtas”. En la doctrina chilena, CURY³⁸⁰ entiende por tales “un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”.

Por tanto, las circunstancias no afectan al binomio antijuridicidad- culpabilidad, sino a la pena correspondiente al delito, ya sea atenuándola o agravándola, por razones político criminales de variado carácter³⁸¹. Y es en este sentido que la atenuación especial prevista por los arts. 4º y de la ley 18.314 y 579.3 del CP español, puede considerarse incluida dentro del concepto material de circunstancias³⁸², pues siendo un elemento accidental del delito, no afectan ni al tipo de injusto ni a la figura delictiva. Concordamos con quienes aceptan la existencia de un doble fundamento para esta figura, de un lado, un fundamento político criminal de carácter eminentemente utilitario, y de otro lado, una menor necesidad de pena, o mejor dicho, los fines de la pena, ya que las conductas a las cuales se asocia la atenuación supondrían una “relajación de la necesidad de prevención general especial” aunque con ciertas matizaciones cuando se trata de las modalidades de conducta que consisten en la inculpación de otras personas, ya que ello no parece adecuarse a los criterios de reinserción social³⁸³.

1. LEGISLACIÓN CHILENA.

El **Art. 4.** de la ley 18. 314 dispone:

“Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”.

Tal como adelantábamos en el capítulo III esta disposición, no fue objeto de modificación por la Ley 19.027, manteniendo su numeración (art. 4) y texto originales. La estrategia legislativa diseñada por la entonces naciente democracia llevó a la promulgación de una ley distinta, la Ley 19.172 de 4 de noviembre de 1992 que en materia de terrorismo vino a regular el arrepentimiento y la disociación de una asociación ilícita terrorista³⁸⁴.

³⁷⁸ MIR PUIG, 1996, p.620.

³⁷⁹ BUSTOS, J. 1989, p. 361.

³⁸⁰ CURY URZÚA, E. **DP.PG.**, T. II, 2ª ed. , Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1992, p.99.

³⁸¹ Se trata, por tanto de una reconducción de las circunstancias a la Teoría de la Pena. Por todos, COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN, 1990, p.p.673 y ss.

³⁸² Ampliamente CUERDA ARNAU, 1995, pp.284 y ss.

³⁸³ En esta posición CUERDA ARNAU, 1995, pp. 323, 352 y ss., VALLE MUÑOZ- FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p.1067.

³⁸⁴ Cabe destacar que por esta Ley se pretendía agregar una nueva figura al Código Penal consistente en un delito de omisión en el que incurriría quien no impidiera un delito contra la vida, la integridad corporal y la salud, y la libertad de las personas, o el que no informare de su comisión a la autoridad. La idea era “penalizar la indiferencia colectiva frente a la delincuencia” y poner a “los particulares en posición de garantes respecto de los bienes jurídicos protegidos. La norma fue rechazada en la discusión parlamentaria porque adolecía de una serie de imperfecciones y especialmente por conllevar una extensión de la punibilidad hasta llegar al límite del absurdo en relación a delitos a los cuales se aplicaría ej. riña, aborto, etc., y por el excesivo rigor de la pena, lo que atentaba contra el principio de proporcionalidad. *Historia de la Ley 19.172 (D.Oficial 4 de noviembre de 1992) que modifica artículos que indica del Código penal y la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del*

1.1. Legislación vigente entre 1992 y 1996: La Ley 19.172 sobre “arrepentimiento eficaz”.

La idea fundamental era perfeccionar la legislación (LCT) estableciendo los mecanismos necesarios para lograr una mayor eficacia en la prevención y descubrimiento de tales hechos: “en la lucha contra el terrorismo ha quedado demostrado que el estado y las Fuerzas de Orden requieren de mecanismos de mayor flexibilidad en la persecución de los hechos y así lograr mayor eficacia en la prevención y descubrimiento de tales actos. En opinión del Gobierno, para combatir el terrorismo o para permitir la reinserción a la vida democrática de los terroristas es importante la destrucción de la estructura de su organización y la cohesión de sus miembros”³⁸⁵.

De allí que pueda deducirse como idea central de esta ley, el establecimiento de la impunidad de ciertas conductas terroristas cometidas por quienes colaboraran entregando informaciones a la autoridad acerca de las asociaciones ilícitas y ayudara a su desmantelamiento.

El art. 1º de esta ley estableció una verdadera excusa legal absolutoria consistente en la exención de responsabilidad penal y de las penas establecidas para el delito de *asociación ilícita terrorista* (art. 2 nº5 de la ley 18.314) y para la tentativa de comisión de delitos de terrorismo (art.7 de la ley 18.314). Su ámbito de aplicación se extendía a todo aquel procesado por estas figuras que cumpliera copulativamente con los siguientes requisitos:

- 1) No haber cometido ningún otro de los delitos de terrorismo mencionado en la ley 18.314 y haber abandonado la asociación ilícita, y además;
- 2) Realizar una conducta activa consistente alternativamente en que el sujeto a) "entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables", o b) "ayude eficazmente a desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella, revelando antecedentes no conocidos, tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes o integrantes"³⁸⁶.

El art.2 de la ley benefició con una rebaja de pena al que cumpliendo con lo prescrito en el art. 1 hubiese incurrido en otros delitos de terrorismo además de la pertenencia a la asociación ilícita. La oportunidad para llevar a cabo las conductas y acogerse a estos beneficios conforme lo expresó el art. 1 era *antes de la dictación de la sentencia definitiva*. Y si no existía proceso, el individuo podía dirigirse a la autoridad judicial, revelar los antecedentes y manifestar que deseaba acogerse a las disposiciones de esta ley. No era necesario que efectivamente se alcanzaran los objetivos que la autoridad se proponía y que se mencionaban en las letras a) y b) del art. 1 ya transcritas. Así lo dispuso el art. 3.

De la lectura del texto legal in comento se desprende que el legislador chileno no escatimó en declarar abiertamente que *el arrepentimiento eficaz* tuvo por objeto principal la desarticulación completa de las organizaciones armadas y que poco importaba el fuero interno del sujeto, si éste efectivamente abandona la organización armada y su estrategia, por una real convicción acerca de lo erróneo de dicha vía política, o impulsado por la mera obtención de una ventaja procesal. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española, la ley no

debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, pp. 1875 y ss. Compartiendo la idea de no incluir esta figura, podemos agregar que con ella pretendía quizás restablecerse en parte el antiguo art. 8º de la Ley 18.314, ya comentado.

³⁸⁵Informe de la CCLJ, Boletín Nº 334-07-1. En *Historia de la Ley 19.172 (D.Oficial 4 de noviembre de 1992)*, ob. cit. 1997, p. 1861.

³⁸⁶Se reproduce literalmente lo indicado por el art. 1º de la ley 19.172.

aludía a la voluntariedad del abandono de la asociación ilícita, con lo que se hace más patente la discordancia entre el fuero interno y la actuación del sujeto.

No se habló del arrepentimiento, sino de la "eficacia" del mismo, eficacia que se tradujo en proporcionar la información que las autoridades necesitaren para destruir una organización, *independientemente de que se produjere o no el resultado*: impedir o evitar la comisión de un delito, conocer la estructura, dar con el paradero de los cabecillas, etc. Aquí el punto más peligroso a nuestro entender: la disposición del artículo 3 entrañaba un peligro para el esclarecimiento real de los hechos: El sujeto no tiene nada que temer pues sea cual sea la información que proporcione se verá beneficiado con la impunidad (excusa legal absolutoria) o con la rebaja de pena. Se abrió la puerta no tanto a la delación sino al falseamiento de la verdad³⁸⁷.

El legislador chileno reguló asimismo la situación del *condenado* que se arrepintiere (art. 4° inc. 4, 5 y 6). En tal caso el tribunal "podrá modificar la sentencia de término" ya con a excusa legal absolutoria (art.1) o la rebaja de la pena (art.2) impuesta la sentencia, debiendo ser consultada ante los tribunales de alzada. En ningún caso los beneficios para el arrepentido alcanzan a las inhabilidades que se le hubieren impuesto como pena accesoria ni a las indemnizaciones que hubiere de pagar. Si el sujeto aún debiere cumplir una privativa de libertad, el legislador chileno lo benefició concediéndole la *libertad vigilada*.

Este lineamiento político criminal parece haber tomado como ejemplo la legislación italiana (Ley N°304 de 1982, "Medidas para la defensa del ordenamiento constitucional") y como veremos de la española, aunque el hoy derogado art. 174 bis c) del CP español tuvo una aplicación casi nula³⁸⁸. Al igual que en el caso español, se establecieron medidas de protección para quienes colaboren de esta manera. Sus declaraciones tenían carácter secreto y constaban en un cuaderno separado al expediente principal del proceso (art. 4). Ello constituyó una limitación al derecho a la defensa, por cuanto no existía la posibilidad de impugnar tales declaraciones que tiene el valor de prueba testimonial. A diferencia de la legislación española el legislador chileno fue mas allá en esta protección: una vez concedido el beneficio el juez pudo autorizar el uso de una nueva identidad para el arrepentido, para su cónyuge y los parientes que se determine (art. 5)³⁸⁹.

Por el art. 6° de la ley 19.172 se estableció un plazo de vigencia de la misma, un período de cuatro años contados desde su publicación, período durante el cual dejaría de aplicarse el art. 4° de la LCT. Este plazo de cuatro años coincidía con inicio del segundo período presidencial post dictadura, y fue contemplado como un verdadero período de "prueba" de la eficacia de dicha ley. Hasta 1996, la ley de arrepentimiento eficaz se aplicó en substitución del art. 4° de la ley 18.314. Para completar el "vacío legal" que dejaría el término de su período de vigencia, el Ejecutivo propuso un nuevo proyecto de ley destinado a modificar la ley 18.314 para adecuarla a lo que preveía la ley 19.172³⁹⁰.

³⁸⁷El tribunal debe pronunciarse acerca de "la eficacia o ineficacia del arrepentimiento o si no se alcanzaron los objetivos por causas independientes d la voluntad" del sujeto. (art. 4°).

³⁸⁸ El art. 174 bis c) fue introducido por la LO 4/1981 que modificó el CP en materia de delitos de rebelión y terrorismo. Este artículo contenía una atenuante específica, próxima a la del arrepentimiento espontáneo, por razones de política criminal. Ampliamente, DE LA CUESTA ARZAMENDI; J. M. 1986, pp.567 y ss.

³⁸⁹Este artículo fue ampliamente discutido por razones de inconveniencia político criminal. Acogiéndose a esta ley varios agentes de la DINA o la CNI que operaron durante la dictadura militar quedaron exentos de responsabilidad criminal. Esto ocurrió en el proceso seguido en contra de los responsables del asesinato de José Manuel Parada, Santiago Natino y Manuel Guerrero, tres profesionales comunistas que fueron degollados en Santiago en el año 1985 por funcionarios pertenecientes a las Fuerzas de Orden y Seguridad Publicas (*Caso Degollados*), cuatro de ellos consiguieron una rebaja considerable de sus condenas.

³⁹⁰Proyecto de ley que modifica la ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, de 22 de enero de 1997. Boletín 1976-07, ILD, Stgo. Chile, agosto de 1997.

De esta manera, se trataba de permitir que el arrepentimiento eficaz sirviera para eximir de toda pena a quienes asociados ilícitamente buscan la comisión de delitos que deben calificarse como terroristas; o lleguen sólo al grado de tentativa, o a la amenaza seria y verosímil de cometerse. Para que el sujeto pudiera acogerse a los beneficios, el Proyecto de ley de 1997 le exigía no haber cometido con anterioridad otro delito terrorista; que se pidiera en el proceso respectivo; el abandono de la asociación ilícita; la entrega de información a la autoridad, información que sirva eficazmente para prevenir o impedir la comisión de delitos terroristas e individualizar y detener a los sospechosos; y que se proporcione ayuda eficaz para la desarticulación de la organización ilícita a la que se pertenece.

Como verdadero premio a la delación, en nuestra opinión, el proyecto de ley extendía el beneficio al condenado por delitos de terrorismo, caso en el cual podía acogerse a la libertad vigilada. Para esto era necesario que el solicitante confesara todos los delitos en que había participado y proporcione pruebas para establecer otros hechos y determinar a los culpables.

Quizá lo más grave en torno a esta última consideración no sea tanto su categoría de premio para el delator, porque quien proporciona los antecedentes necesarios de la organización a la que pertenecía, no deja. en todo caso de ser un delator. Que se le pretenda disfrazar como “arrepentido” es algo que raya en el fuero interno del sujeto, ámbito en el cual el legislador no puede entrar. Puede que sea un verdadero arrepentido, como puede que sea un “delator” que busca aprovechar la ley en su favor. Lo más delicado es que en alguna época pretendiera aplicarse un criterio similar con carácter privativo a todos los condenados por pertenencia a una asociación ilícita. Así, para estos efectos raramente se distinguía entre el condenado por delito de asociación ilícita terrorista, por asociación ilícita de la contemplada en la LSE, o por el recurrente art. 8° de la LCA, que sanciona la formación de grupos de combate y partidas militarmente organizadas. Resultaba, en extremo difícil, para estos condenados el acceder a cualesquiera otro de los beneficios que legalmente le correspondieren, como p.ej. las salidas dominicales, libertad condicional, etc.

El proyecto de Ley que se ha comentado sucintamente, afortunadamente fue dejado sin efecto. Decimos afortunadamente porque se pretendía incorporar esta figura del arrepentimiento eficaz, como norma permanente en la ley 18.314.

Sin perjuicio de las críticas ya realizadas en el capítulo III de esta investigación, objetamos la prevalencia que el legislador hizo de la Seguridad del Estado por sobre otros bienes jurídicos de mayor relevancia, como la integridad psicológica de las personas. No puede pretenderse quebrar una organización ilícita, a través de una ley que premia la delación, sin que ello pase necesariamente por un quiebre psicológico de sus miembros. Queremos decir, las circunstancias que rodean a quien se ve enfrentado a una severa condena, no son precisamente las mejores para verificar un arrepentimiento voluntario, sino que a través del quiebre psicológico que implica la contradicción cárcel v/s libertad, se pretende inducir una conducta en el sujeto. La integridad psíquica es una garantía del individuo consagrada tanto en la Constitución Política de 1980 art. 19 n°1) y en los Tratados Internacionales relativos a los derechos de las personas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La realidad política en Chile hizo innecesario el mantenimiento de la ley del arrepentimiento eficaz, y si bien es cierto se pretendió transformarla en norma permanente, como consecuencia de un hecho puntual que parecía apuntar a una reorganización de un cierto sector de las organizaciones armadas que operaban en Chile, creemos que los objetivos que ella se propuso: dismantelar las organizaciones políticas armadas, se han logrado. Pero este logro no se ha debido, como ocurrió en Italia, al éxito del “pentitismo”. No fue la aplicación de la ley 19.172 lo que llevó a estas asociaciones a su destrucción, sino al propio quiebre ideológico al

interior de las mismas³⁹¹. Y si bien es cierto ellas no han declarado formalmente su consonancia con el nuevo sistema político, en la práctica sus miembros han abandonado la vía armada como estrategia política, quizás debido al entendimiento de que en Chile, actualmente, la sociedad no se encuentra en condiciones de enfrentar un proceso de cambios a través de la violencia.

1.2. Legislación vigente: art. 4° de la ley 18.314. Requisitos para su procedencia y ámbito de aplicación.

Al hilo de lo expuesto, es, por tanto, el art. 4° de la ley 18.314 la norma que viene a regular la situación del que presta una colaboración activa con la justicia, aplicándosele una despenalización. La diferencia con la ley 19.172 consiste en que ya no se establece de manera imperativa una excusa legal absolutoria, el sujeto ya no resulta “exento de pena”, sino que se establece una atenuación especial de la misma, en uno o dos grados, facultativa para el juez. Por otra parte, su ámbito de aplicación se extiende a “todos” los delitos descritos en la ley 18.314, sin restringirse, como lo hacía la ley 19.172, exclusivamente a la asociación ilícita terrorista. Se asemeja en este sentido a la norma prevista en el art. 2 de la ley 19.172.

Desde el punto de vista político criminal, esta norma parece adecuarse más al proceso continuo de cambios que se experimentan en todo proceso democrático. Sin embargo, en nuestra opinión existen ciertas objeciones que es necesario plantear. De acuerdo al tenor literal del art. 4° Dos son los supuestos que el legislador contempla para la procedencia del beneficio: a) Llevar a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, b) Proporcionar antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos. Tales requisitos son exigidos de manera alternativa por el legislador advirtiéndose el abundante uso de la disyunción “o” en todos y cada uno de los supuestos.

a) Llevar a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado

Primero, cuando el art. 4 establece una rebaja de la pena hasta en dos grados para “quienes lleven a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”, aparece como evidente la influencia de la ley italiana de 29 de mayo de 1982³⁹² en cuyo art. 2 se preveía una atenuación de la pena a favor de quienes además de prestar una confesión plena, se esforzaren eficazmente por “eludir o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o por impedir la comisión de delitos”. Aparece también como evidente la influencia de la legislación española, que inspirada en esta misma ley italiana, contenía disposiciones similares en el art. 174 bis c), hoy derogado y más tarde en el art. 57 bis b) del CP 1973³⁹³, cuya redacción no parecía diferenciarse mucho de la contenida en la Ley Reale de Italia.

Sin embargo, puede advertirse que, el legislador chileno, correctamente evita utilizar los mismos términos que la legislación italiana de 1982 y el art. 57 bis b) del CP español, con lo que se evita el problema que podía producirse en relación a una eventual distinción, dentro del precepto, entre delitos de lesión y delitos de peligro³⁹⁴. Concretamente, el supuesto previsto por el art. 4 de la ley 18.314 chilena se semeja mucho más al art. 174 bis c) del CP español el cual

³⁹¹ Nos referimos en concreto al caso del Mapu Lautaro.

³⁹² Supra Cap. IV, punto III.1.c. *Legislación italiana*.

³⁹³ Ampliamente sobre el art. 57 bis b) del CP español, CUERDA ARNAU, 1995pop.401 y ss.

³⁹⁴ Así GARCÍA SAN PEDRO, “*Atenuación, remisión de penas y libertad condicional*”, en *CLP*, dirig. por Cobo del Rosal y coord. por Bajo Fernández, T.XI, Madrid, 1990, pp.37 y ss. esp. 60. En contra CUERDA ARNAU, 1995, pp. 442 y ss.

exigía la realización de “actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos”, con ello se daba entrada tanto a la fase anterior como a la posterior consumación³⁹⁵.

El supuesto que el legislador chileno establece es el de “evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”, lo que puede interpretarse de dos maneras que no tienen por qué ser excluyentes: a) que el supuesto in comento supone un comportamiento previo tendiente a evitar, sin conseguirlo, la consumación del delito, b) que una vez consumado el delito se trate de aminorar sus consecuencias.

En el primer caso, cabe preguntarse si no nos encontramos ante una eventual conducta en la que, *en principio*, la atenuante no está llamada a proyectarse. El sujeto que voluntariamente interrumpe el íter críminis para impedir la consumación del delito, realiza una conducta muy semejante a la figura del desistimiento. A estos efectos es conveniente recordar que en la doctrina chilena se distingue entre “desistimiento” y “arrepentimiento”, asimilándose en opinión de GARRIDO MONTT³⁹⁶. el primero a una tentativa inacabada y el segundo a la tentativa acabada. El CP no posee una norma expresa relativa al arrepentimiento, por lo que a juicio de GARRIDO MONTT y LABATUT³⁹⁷ entre otros, convienen en aceptar que el arrepentimiento solo procedería en la tentativa, no en el delito frustrado. Para NOVOA MONREAL, CURY URZÚA y ETCHEBERRY, el desistimiento operaría tanto en la tentativa como en la frustración³⁹⁸.

Tomando como base la opinión de estos últimos, y aplicando a lo que nos interesa, cabe señalar que el desistimiento ha sido considerado por el legislador tanto en la conspiración como en la proposición para delinquir, etapas anteriores a la tentativa³⁹⁹. Se trata de conductas impunes de conformidad con las reglas generales (art. 8 CP), y punibles en casos de terrorismo (art. 7 ley 18.314), casos en los cuales se permite rebajar la pena señalada al delito consumado en uno o dos grados, produciendo un efecto similar al que señala el art. 4° de la ley 18.314 esto es, rebajar la pena hasta en dos grados. Volveremos sobre este punto al examinar las posibilidades de aplicación de las normas comunes (CP) en lugar del art. 4° de la ley 18.314.

También el desistimiento ha sido considerado en el art. 11 n°7 del CP como atenuante de responsabilidad en los delitos consumados⁴⁰⁰. De allí que no parece existir diferencia entre el segundo de los supuestos: “aminorar las consecuencias del hecho incriminado” con el que genéricamente establece la ley penal común. Si el delincuente “ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” puede beneficiarse de la atenuante de responsabilidad criminal establecida en el art. 11 n°7 del CP, que como disposición común, resulta también aplicable a los delitos tipificados en la ley 18.314. De considerarse esta atenuante como “muy calificada”, el efecto en la reducción de la pena sería casi el mismo, de acuerdo a lo que señala el art. 68 bis CP, y en situaciones como las que se prevén en el caso de las asociaciones ilícitas este desistimiento tiene la calidad de intensificar la atenuación al punto de contemplar una exención de la pena (art. 295 CP).

³⁹⁵ En este punto coinciden GARCÍA SAN PEDRO (1990, p.60) y CUERDA ARNAU, 1995, p. 443.

³⁹⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*. Edit. Jurídica de Chile, 1984, p. 181

³⁹⁷ GARRIDO MONTT, M. 1984, p. 183, LABATUT GLENA, G. *DP.*, T. I, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 180

³⁹⁸ Así NOVOA MONREAL, E. *Curso de DP chileno*. T. I., Edit. Jurídica de Chile, 1960, p.159, ETCHEBERRY, A. 1976, pp. 69 –71, CURY URZÚA, E. 1977, p. 108.

³⁹⁹ Así CURY URZÚA, E. *Tentativa y delito frustrado*, edit. Jurídica de Chile, 1977, p. 108, y ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal*, T. II. Edit. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976, pp. 69 y 71.

⁴⁰⁰ Así CURY URZÚA, E. *Tentativa y delito frustrado*, Edit. Jurídica de Chile, 1977, p. 108, y ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal*, T. II. Edit. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976, pp. 69 y 71.

b) *Otorgar informaciones o antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos*

La atenuación prevista en el art. 4° puede aplicarse también a los que “dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”. La conducta consiste en dar informaciones o proporcionar antecedentes que sirvieran “efectivamente” para cualesquiera de los objetivos que el legislador señala. La exigencia de eficacia de los mismos aparece manifiesta puesto que se exige un resultado positivo: deben servir “efectivamente” para los objetivos mencionados. Lo que se exige, en otros términos es una colaboración activa con la Justicia⁴⁰¹. Sobre esta base, el legislador construye dos bloques de supuestos:

b.1. Otorgar informaciones o antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas.

La colaboración activa con la justicia, no queda limitada a las informaciones o antecedentes relativos al delito en el cual hubiere tomado parte el sujeto, sino que se extiende a “otros delitos terroristas”. ¿No se está beneficiando con ello la delación?. ¿No se están infringiendo principios básicos del derecho penal?. ¿No resulta dudosa su constitucionalidad?.

La aplicación de este beneficio solo cuando la colaboración con la justicia diga relación con otros “delitos de terrorismo”, rompe con el *principio de igualdad*, garantía constitucional consagrada en el art. 19 n°2 de la CPRCH. La carta Fundamental señala claramente que “...En Chile no hay persona ni grupo privilegiados...ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Hay una diferencia arbitraria cuando la atenuación se hace aplicable para quien revela antecedentes relacionados con un tipo específico de injusto penal, delitos de terrorismo, y no con otros delitos que también pueden relacionarse con la actividad de una asociación ilícita tales como los contemplados en la Ley de Control de Armas, o en la Ley de Seguridad del Estado, e incluso sobre delitos comunes, como los consistentes en atentados contra la propiedad para financiar la estructura.

La doctrina ha extendido aún más esta contradicción con el *principio de igualdad*, haciendo una crítica en orden a que este beneficio solo se aplica a “los grupos terroristas”, por “delitos de terrorismo”, “cuando en la práctica existen otros delitos a los cuales también se les podría aplicar”⁴⁰², y sujetos a los cuales se podría aplicar. Existe un problema de legitimidad constitucional desde que se prevé un tratamiento distinto entre los ciudadanos referido a clases de situaciones delineadas abstractamente que no contrasta necesariamente con la norma constitucional⁴⁰³.

Compartiendo estas posturas, nos preguntamos cuál es la razón para “privilegiar” de esta forma a quienes se desea combatir. ¿Son suficientes las razones de política criminal relativas a la desarticulación de los grupos armados?. Nos parece que en no son suficientes porque en un estado de derecho no es posible legitimar, a nivel de Estado, el clásico aforismo de que “el fin justifica los medios”. Porque se incurre en lo que bien grafica FERRAJOLI⁴⁰⁴ como el “matrimonio perverso”, ese esquema político del “amigo-enemigo” en virtud del cual el sujeto que no delata se ve expuesto a una privativa de libertad de larga duración, en otras

⁴⁰¹ En este sentido MUJICA MONTES, A.- RIEGO, Cristián, 1994, pp.36-37.

⁴⁰² En este sentido, MUJICA, A.- RIEGO, C. 1994, p.122.

⁴⁰³ En este sentido se pronunciaba BRICOLA en relación a la legislación italiana, que también presentaba un problema de constitucionalidad. BRICOLA, Franco. “ *El arrepentimiento del terrorista, el perdón evasor y los silencios de la ley N° 646 del 1982*”, en CPC, N° 51, 1993, pp.961-965, esp. p. 964

⁴⁰⁴ FERRAJOLI, L.; “*Emergenza penale e crisi della giurisdizione*”, en DDPP, 1984; p.277.

palabras, intimidado por el propio Estado a través de una fórmula que no parece tener relación con el sentido real de la prevención general.

Resulta contradictorio asimismo que se establezca una rebaja de la pena para quien informa a la autoridad acerca de la comisión de delitos en los cuales no hubiere tomado parte, y no en relación al delito en el que sí hubiere participado. Se rompe con ello la relación necesaria que ha de existir entre el delito y la pena, contradiciendo una exigencia básica del propio Derecho penal, inspirada en consideraciones preventivo-generales, cual es el *principio de proporcionalidad*⁴⁰⁵. Existe además un riesgo inminente para la “verdad procesal” ya que el sujeto que negocia con la autoridad judicial en una situación de desventaja, enfrentado a una alta pena, no posee la imparcialidad suficiente como para garantizar la veracidad de sus declaraciones⁴⁰⁶, puede llegar a involucrar a personas ajenas a la actividad delictiva, en aras a conseguir, a toda costa, su propio beneficio. Recuérdese en Italia el caso Tortora⁴⁰⁷.

b.2.- Otorgar informaciones o antecedentes que sirvieran efectivamente para detener o individualizar a los responsables de esta clase de delitos.

Decíamos al inicio que el fundamento político criminal de estas normas tenía un carácter netamente utilitarista, pero que también podía fundamentarse desde los fines de la pena. Es en este punto donde cabe hacer una matización ya que la modalidad de conducta consistente en la inculpación de terceros no parece adecuarse a los criterios de reinserción⁴⁰⁸. Si seguimos el tenor literal, entendemos que se trataría de los “responsables” de esos otros delitos en los que el colaborador no ha tomado parte, y por tanto, lo que se está exigiendo es que el sujeto proporcione informes acerca de la estructura, medios, planes y lugares de la asociación ilícita terrorista a través de la cual se cometen delitos de terrorismo.

De esta forma, la exigencia de una colaboración “eficaz” nuevamente rompe con el *principio de igualdad* (art. 19 nº2 CPRCH) ya que se establece un tratamiento diferenciado para un mismo tipo de delincuentes. La atenuación de la pena queda reservada a quienes, dentro de una organización, poseen una mayor cuota de control sobre la misma, conociendo a sus integrantes, planes y estructura. Existe una situación de privilegio, que conduce a otorgar el beneficio a los “terroristas más peligrosos”, que son los únicos en disposición de prestar la colaboración “eficaz” requerida⁴⁰⁹.

Lo anterior nos lleva a plantear un reparo también desde el punto de vista ético, ya que no parece existir distinción, entre lo que verdaderamente implica una colaboración con la justicia y la delación. Colaborar con la justicia es un derecho que asiste a cualquier ciudadano que se ha visto involucrado en hechos delictivos y que desee reinsertarse socialmente. El sistema democrático debe garantizar que esos ciudadanos tengan cabida en él. Sin embargo, lo que no puede amparar es que el delator sea recompensado por una actividad que en sí misma provoca la degradación moral de quien la realiza, puesto que implica el desconocimiento del valor de la lealtad.

⁴⁰⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.M. 1986, p.580. Le siguen en Chile MOLINA- MERA, 1994, p.28. Similar, MOLINA, R.- MERA, J. 1994, pp.29-30.

⁴⁰⁶ La doctrina ha sido unánime a este respecto. Véase p.ej. en torno al caso italiano, BARATTA, A. “*Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia*”, en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Bereziak Europan)*, Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, 1985 a), p. 45. Para el caso español, PÉREZ CEPEDA, Ana; “*Reinserción en materia de terrorismo*”, en *CJ*, año 3, nº31, Junio 1995, p. 27. Para el caso chileno, MUJICA, A. RIEGO, C., 1994, pp.12-121.

⁴⁰⁷ Supra Cap. III, punto III, 2.d. *Las medidas premiales en los delitos de terrorismo: el arrepentimiento eficaz.*

⁴⁰⁸ En esta opinión que compartimos, CUERDA ARNAU, 1995, p. 353.

⁴⁰⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.M. 1986, p.580. Similar, en la doctrina chilena, MUJICA, A.- RIEGO, C. 1994, pp.121-122.

No parece ético que en un Estado de Derecho, para mantener su vigencia y combatir el terrorismo “tenga que institucionalizar una práctica tan deleznable como es la delación”, porque “ella compromete gravemente un conjunto de valores esenciales de las personas y la sociedad”, valores que deben encontrarse presentes en un país que quiere reconstruir sobre la verdad, la transparencia, la justicia, y el pleno a los derechos humanos”⁴¹⁰.

La decisión de ciertas organizaciones de mantener la estrategia de violencia tras el advenimiento de la transición democrática, fue una consecuencia lógica de los tiempos que se vivieron bajo el régimen autoritario, y por tanto, la forma de combatir al terrorismo no es a través del fomento de la delación, sino a través del diálogo, considerando especialmente que existen claros antecedentes que los grupos más significativos están abandonando la vía armada: “en la lucha contra el terrorismo deben estimularse los valores morales y no los contrarios a ellos...la delación compensada es negativa, rompe con la idiosincrasia del pueblo chileno, el cual desprecia al delator. No hay que desconocerle a nadie sus valores positivos, como es la lealtad”⁴¹¹.

En el plano sustantivo procesal, el empleo de instrumentos de atenuación sobre la base de la delación contradicen normas de aplicación común que prohíben el empleo de los mismos. Señala el inciso primero del **art. 323 del CPP**: “*Es absolutamente prohibido no solo el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el inculcado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva, como sería la que tienda a suponer reconocido un hecho que el inculcado no hubiere verdaderamente reconocido*”⁴¹². Coherente con esta disposición, el art. 460 del mismo CPP declara que no son testigos hábiles “los que, a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto (art. 460 n°8), y “los que hubieren recibido de la parte que lo presenta dádivas o beneficios de tal importancia que, a juicio del tribunal, hagan presumir que no tienen la imparcialidad necesaria para declarar” (art. 460 n°12).

Esta contradicción fue advertida por la Corte Suprema en el conocido caso del asesinato del ex Ministro del gobierno de la UP, Sr. Orlando Letelier, cuando rechazó la petición de extradición por parte del gobierno de los EE.UU de dos ex oficiales del Ejército chileno que servían en la DINA (Generales M. Contreras y P. Espinoza). El rechazo de la petición de extradición se debió a que a su juicio no existían fundadas presunciones de que las personas cuya extradición solicitaba el Gobierno norteamericano hubieran tenido participación en el asesinato del Ser. Letelier y su secretaria (Ronnie Moffit) en alguna de las calidades que contempla la ley chilena. Esta determinación fue posible debido a que desestimó el valor probatorio de las declaraciones prestadas en EE. UU. Por Michael Townley⁴¹³. Señaló el más alto Tribunal⁴¹⁴:

⁴¹⁰ Opinión del Diputado Sr. Naranjo durante la discusión del Proyecto de ley que precedió a la ley de arrepentimiento eficaz, en *Historia de la Ley 19.172...*, ob. cit. 1997, pp. 2260-2261.

⁴¹¹ Opinión del Diputado Sr. Andrés Aylwin, en *Historia de la Ley 19.172...*, ob. cit. 1997, pp. 1874-1875. Es pertinente señalar que el Sr. Aylwin ha tenido una destacada participación en el proceso de diálogo con los llamados presos políticos y sus familias para lograr su reinserción en la vida democrática. De acuerdo al Informe de la CCLJ el Sr. Aylwin: “cree en el camino elegido, aunque admite su posible equivocación. Con todo, ha observado signos positivos en las personas detenidas, las cuales consideran que las acciones violentas están hoy fuera del contexto actual. Cree en la política del diálogo”. Ídem, p. 1875.

⁴¹² La ley 19.047 agregó un inciso segundo a este mismo artículo, que dispone: “A fin de asegurar el cumplimiento de lo establecido en la condición 2), del artículo 481, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el inculcado o procesado no haya sido objeto de tortura o de amenaza de ella antes de prestar su confesión, debiendo especialmente comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 272 bis. La negligencia grave del Juez en la debida protección del detenido será considerada como infracción a sus deberes de conformidad con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales”. Mas ampliamente Cap. V, punto II. *La legislación chilena...*, 2.2. Aspectos procesales y 3.2. La reforma de las denominadas Leyes Cumplido, 3.2.d. Aspectos procesales.

⁴¹³ Cabe señalar que el asesinato de Orlando Letelier fue conocido por los tribunales estadounidenses, país en que prestó su confesión el ex agente de la DINA, M. Townley, involucrando, correctamente, en los hechos a autoridades

“ Que dentro de la facultad que tiene esta Corte para apreciar el mérito probatorio de la confesión o declaración de Townley, debe calificarla como una confesión negociada o una declaración recompensada, pues mediante ella obtiene que aún siendo autor directo y material del doble asesinato de Orlando Letelier y de Ronnie Moffit, no se le sancione de esta forma, sino solo como autor de ‘conspiración en el asesinato de un personero extranjero, Orlando Letelier y de Ronnie Moffit, esto es, se le aplique una pena, acordada de antemano, considerablemente inferior, como ya se ha dicho, a la que habría sufrido por ser autor material y directo de un doble crimen”...

“ Que tal confesión, producida en las condiciones que extensamente se han expuesto, carece de todo valor probatorio porque ella infringe lo preceptuado por el artículo 323, del Código de Procedimiento penal... En el caso de que se trata, la confesión de Townley. Como se ha visto, fue el resultado de promesas y coacciones prohibidas por nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal...y en consecuencia...no tiene ningún valor probatorio”⁴¹⁵.

De esta forma, no solo la constitucionalidad del art. 4° de la ley 18.314 resulta dudosa, sino también su legalidad atendida su contradicción con normas penales de aplicación general. Algunos autores si bien han advertido esta contradicción, que también se producía con la ley 19.172, la justifican sobre la base del principio de la especialidad: el artículo 323 del CPP es una norma de aplicación general para todos los delitos comunes, en cambio la Ley de arrepentimiento eficaz (N°19.172) es una ley especial que se aplica solo en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias⁴¹⁶. Este mismo argumento podría emplearse para señalar que el art. 4° de la ley 18.314 no contradice la norma común dado su carácter de ley especial.

Frente a esta argumentación nos preguntamos si es posible extender el sentido que el Derecho penal asigna al *principio de especialidad* al punto de contravenir una norma prohibitiva, como lo es la del art. 323 del CPP. Nos parece que no. La especialidad en Derecho penal, según entendemos, puede servir como excepción a las normas comunes cuando éstas tienen una naturaleza de leyes imperativas o permisivas, como ocurre en el caso de los actos preparatorios, cuya impunidad es la regla general, sin embargo, es posible adelantar la punibilidad en ciertos casos por una expresa “permisión” del legislador.

Lo que no resulta adecuado al *principio de legalidad* es hacer prevalecer el *principio de especialidad* para establecer una excepción a una norma prohibitiva que dice relación con derechos fundamentales, como lo es el derecho “a no ser obligado”, en las causas criminales, a declarar bajo juramento sobre hecho propio (art. 19 n°7 letra f). La interpretación en materia penal, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales, ha de ser restrictiva.

1.3. Posibilidades de aplicación del derecho penal común.

Considerando las objeciones realizadas cabría preguntarse si no es posible prescindir de una norma como la que se comenta y buscar en la ley penal común una normativa similar que

de las Fuerzas Armadas Chilenas. El sistema norteamericano contempla la práctica del Plea Bargaining, cuya naturaleza, según la doctrina, es la de una verdadera “oferta de intercambio- explícita o implícita- del Estado (cooperación a cambio de indulgencia) que sirve al propósito de una mayor eficacia de la justicia penal, no al interés público no a satisfacer ninguna exigencia de justicia, ni tampoco al interés del inculpaado. Véase HORWITZ LENNON, María Inés; “*Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal; Tendencias del Derecho Comparado*”, en RCP, Instituto de Ciencias Penales de Chile, Quinta época, T. XL, Edit. Conosur, 1994.

⁴¹⁴ SCS de 10-10- 1979, considerandos 19, 20 y 21. Cfr. *Historia de la ley 19.172...*, 1997, pp. 2241, 2256 y 2257.

⁴¹⁵ A pesar de haber objetado el valor probatorio de las declaraciones de Townley, es justo destacar que, con posterioridad, en el año 1994, la Corte Suprema declaró la responsabilidad penal en estos hechos de M. Contreras y P. Espinoza, condenando a ambos a penas de prisión de siete y cinco años respectivamente, penas que ambos debieron cumplir en el Recinto penal de Punta Peuco. Las declaraciones de Townley no sirvieron para esclarecer los hechos de la causa ya que de las doce presunciones que existían en contra de M. Contreras, ocho en contra de P. Espinoza, y once en contra de Fernández Larios (prófugo), solo tres se basaron en dichas declaraciones. Todo ello según se desprende de la SCS de 10-10-1979, considerando 28°.

⁴¹⁶ En esta opinión, MUJICA, A. RIEGO-C. 1994, p.35.

permitiera incentivar la colaboración con la justicia sin quebrantar principios e instituciones básicas del derecho penal: legalidad, *seguridad jurídica*, igualdad.

Si la idea central de la atenuación punitiva por colaboración con la justicia no es otra que la desarticulación de las asociaciones ilícitas a cuya estrategia responde la comisión de delitos de terrorismo, cabría recordar que el art. 295 del CP consagra de alguna manera la idea de la cooperación a cambio de indulgencia: “*Quedarán exentos de las penas señaladas en los artículos anteriores aquellos de los culpables que, antes de ejecutarse alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos.*

Podrán, sin embargo, ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad”.

Esta disposición regula una situación específica de desistimiento en la comisión de delitos a la que se añade una exigencia de colaboración respecto de los planes y propósitos de la estructura, requisitos en virtud de los cuales el sujeto resulta beneficiado con una verdadera excusa legal absolutoria, que puede (facultativo) verse contrarrestada por la aplicación de una medida de vigilancia. Reforzando esta idea de colaboración a cambio de indulgencia, y a contrario sensu, intimidación con penas privativas de libertad cuando no existe tal colaboración, el art. 295 bis del CP dispone en su inciso 1°: “*Se aplicarán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omita ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad”.*

Se trata de dos normas de derecho penal común aplicables a todo tipo de asociaciones ilícitas, y por ende, también a las asociaciones ilícitas terroristas. No hay razón para excluirlas de su radio de acción. Pero las normas que, a nuestro entender, mejor responden al contenido del art. 4° de la ley 18.314, que no se limita al delito de asociación ilícita, sino que se extiende a todos los delitos de terrorismo, son aquellas que, sin señalarlo expresamente, vienen a consagrar la figura del desistimiento en el delito consumado y en fases anteriores a la consumación.

Tal como se señaló anteriormente, el art. 11. N°7 del CP consagra el desistimiento como atenuante de responsabilidad en los delitos consumados: “*si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.* El tenor literal del art. 4° de la ley 18.314, en su primera parte, no hace sino describir detalladamente el contenido de esta circunstancia general de responsabilidad criminal. Recuérdese que la pena puede rebajarse hasta en dos grados para “*quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”*, lo que perfectamente puede interpretarse, al menos en el supuesto de que el delito ya se haya consumado como reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores y perniciosas consecuencias.

En nuestra opinión si esta atenuante se considerare como *muy calificada*, y por expresa disposición del art. 68 bis CP, el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito, con lo que los efectos de la atenuación serían prácticamente los mismos. Máxime si, combinando con lo que se ha expuesto en relación a las asociaciones ilícitas, el desistimiento produce el efecto de excluir la pena (art. 295 CP).

Asimismo, la figura del desistimiento se recoge en el art. 8 del CP⁴¹⁷ el que declarando la regla general de impunidad para los actos preparatorios señala en su inciso final que “*se exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.*

⁴¹⁷ Así CURY URZÚA, E. *Tentativa y delito frustrado*, edit. Jurídica de Chile, 1977, p. 108, y ETCHEBERRY, A. *Derecho Penal*, T. II. Edit. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976, pp. 69 y 71.

Como veíamos, la segunda parte del art. 4° de la ley 18.314 describe una situación semejante a la que se plantea en el art. 8° del CP ya que el beneficio por colaboración con la justicia procede también para quienes “*dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos*”, es decir, para quienes denuncien a la autoridad el plan delictivo y sus circunstancias. En este sentido también podría resultar aplicable lo dispuesto por el art. 11 n°8 del CP en virtud del cual, se atenúa la responsabilidad criminal “si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito”.

Cabe dilucidar en primer lugar, si coinciden los supuestos de hecho y las consecuencias que se prevén tanto en las normas comunes citadas como en la norma especial de la ley 18.314, y por ende aplicar el primero en lugar de este último, o si fuese conveniente acudir a normas que se contemplan en la propia ley 18.314. En cuanto al supuesto de hecho, hemos señalado que tanto en el art. 8 del CP como en el art. 4 de la ley 18.314, se contiene una figura similar. Como se ha señalado, la conducta de “llevar a cabo acciones tendientes a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado” supone o bien un comportamiento previo tendiente a impedir que el delito se consuma, o que produzca efectos más perniciosos de los que en principio está destinado a producir, o que una vez consumado el delito se trate de disminuir sus efectos perniciosos.

En el primer caso (“evitar las...”) podríamos encontrarnos en la situación que prevé el art.8 del CP: Supongamos un sujeto que ha realizado actos preparatorios punibles y antes de consumarse el delito, decide presentarse ante la autoridad revelando el plan y sus circunstancias, en términos tales que permiten evitar, p.ej. que la bomba destinada a arder, definitivamente estalle. En el segundo caso (“aminorar las consecuencias”), nuestro sujeto en cuestión inicia la ejecución del delito y lleva a cabo todos los actos necesarios para que éste se consuma, sin embargo, antes de que la bomba estalle en un centro comercial, decide presentarse ante la autoridad dándole información acerca del plan y sus circunstancias. A raíz de esta conducta, la autoridad procede a evacuar el recinto, y al explosionar el artefacto, solo se causan daños materiales, en lugar de la muerte de personas como era el propósito inicial.

Estamos conscientes de que se nos podría objetar que, en el art. 8 del CP se exige el desistimiento de la ejecución en el delito, lo que supone estar en disposición de tomar parte en el mismo; y que en cierta medida se requiere asimismo que el sujeto se denuncie y confiese el delito, esto es, denuncie y confiese sobre hechos propios y ajenos puesto que se exige revelar el plan y sus circunstancias. Mientras que, en el art. 4° de la ley 18.314 no se requiere, según hemos interpretado, la participación del sujeto en el delito respecto del cual revelará antecedentes. De esta manera no podría resolverse el problema de llenar el vacío aparente que se produciría al derogar el art. 4° de la ley 18.314.

Ante esto cabe afirmar que, según puede desprenderse de la *ley penal común*, existe una restricción en el otorgamiento de la indulgencia en relación a la colaboración con la justicia: para salvar y garantizar la verdad procesal se exige que sea *sobre hechos o delitos en los cuales hubiere tomado parte*, fuere potencial (conspiración, proposición para delinquir) o efectivamente (comisión del delito), puesto que son los únicos que dan garantía de veracidad en las declaraciones. Insistimos: el sujeto que colabora con la justicia revelando antecedentes *sobre otros delitos* supone, por una parte, una situación de privilegio para quienes se encuentran mejor informados al interior de la organización, p.ej. jefes o directores de la asociación ilícita, y por otra parte, poner en peligro la verdad procesal desde que es perfectamente posible que el sujeto se inspire en un frío cálculo, declarando lo que sea necesario con tal de obtener la gracia.

Aceptado que es incorrecta esta posición del legislador en el art. 4° de la ley 18.314 al exigir que se “colabore” en relación a “otros delitos de terrorismo”, sería preferible optar por

supuestos como los que se preceptúan en el art. 8, y cuando el delito se hubiere consumado, a estimar también que puede proceder la circunstancia 8ª del art. 11CP.

Llegados a este punto, corresponde ahora dilucidar si no podrían conseguirse los mismos efectos que prevé el art. 4 de la ley 18.314, esto es, la rebaja de la pena hasta en dos grados. No obstante, en este punto parece ser que la ley 18.314 nos obliga a matizar con sus disposiciones. En el caso de que los supuestos relativos a “evitar las consecuencias del hecho inculminado”, es perfectamente posible que, aplicando el art. 8 del CP se intensifique la calidad de la atenuación, llegándose incluso a la exención de la misma. No obstante, por expresa disposición del art. 7 de la ley 17.314, los actos preparatorios en los delitos de terrorismo son punibles, caso en el cual la pena es la asignada al delito consumado rebajada en uno o dos grados. Es decir, puede conseguirse a través de ella la misma rebaja de la pena.

En los casos en que se trate de “aminorar” la consecuencias del hecho inculminado, cabría aplicar la atenuante prevista en el art. 11 n°8 del CP, considerada ella como muy calificada, desde que la presentación ante la autoridad y confesión de los hechos puede constituir una acción tendiente a aminorar estas consecuencias perniciosas del delito. La atenuación prevista en este caso operaría conforme a las reglas del art. 68 bis, a la que ya nos hemos referido.

2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

El art. 579.3 CP indica: *"En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado"*.

El fundamento político criminal de esta norma es, al igual que en el caso chileno, meramente práctico. El utilitarismo, como ha señalado la doctrina, se manifiesta en que no prima ningún móvil ético en el que pudiera observarse cierta orientación hacia intereses de justicia⁴¹⁸. Un utilitarismo de carácter preventivo, general y especial⁴¹⁹, que conduce a pensar que también puede fundamentarse esta atenuación, al menos en parte y como se ha indicado antes, desde los fines de la pena. Basta solo con detenerse en lo que es la conducta que sirve de soporte común a todas las demás: el abandono de la actividad delictiva⁴²⁰.

Se configura un sistema atenuatorio casi idéntico al que se contenía en el art. 57 bis CP 1973, muy próximo al “arrepentimiento espontáneo” que contemplaba el art. 9, circunstancia 9ª del mismo CP⁴²¹, aunque su fundamento, presupuesto y consecuencias son diferentes. En la

⁴¹⁸ Existe en este punto unanimidad en la doctrina: GARCÍA PABLOS; *“Delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas armadas y grupos armados terroristas”*, en EP, Barcelona, 1984, p. 364, también autores que reconocen un doble fundamento: Así CUERDA ARNAU, (1995, p. 323) que agrega, correctamente, la menor necesidad de pena, y CALDERÓN CERESO-CHOCLÁN MONTALVO, (1999, P. 1237-1238) que agregan – incorrectamente por las razones indicadas, la culpabilidad.

⁴¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. *“Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”*, en AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. Por Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi, Univ. Sevilla Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1996, 145-155, esp. p.144.

⁴²⁰ Seguimos en este punto la postura de CUERDA ARNAU, 1995, pp.322 y ss.

⁴²¹ En este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 571, PÉREZ CEPEDA, A Ana; *“Reinserción en materia de terrorismo”*, en Cuadernos Jurídicos, año 3, n°31, Junio 1995, pp.24-40, esp. p.26. FERNÁNDEZ PALMA, Rosa. *“El terrorista arrepentido en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994”*, en CPC N° 57, 1995, pp.915-931, esp. p.921.

legislación vigente tal sistema guarda cierta similitud con las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 del CP de 1995, cuya diferencia con el anterior art. 9 circ. 9ª reside en que ya no se exige el haber procedido “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”. No obstante, se exige para la aplicación de la atenuante la confesión de la infracción a las autoridades, antes de conocer el procedimiento judicial que se dirige contra él, y la reparación del mal causado o disminución de sus efectos perniciosos.

2.1. *Ámbito de aplicación.*

En relación a la regulación contenida en el CP 1973, puede señalarse que se han limitado sus efectos ya que ha desaparecido la posibilidad de remisión total de la pena (indulto judicial) para determinados supuestos⁴²². Pero quizás la mayor distinción, y ventaja en nuestra opinión, sea que el legislador a través de un criterio sistemático procedió, correctamente, a ubicar el instituto contenido en el art. 579.3 CP dentro de la sección destinada a los delitos de terrorismo, restringiendo así su ámbito de aplicación⁴²³. Decimos correctamente por cuanto nos parece que siendo una figura que plantea no pocos problemas, es pertinente circunscribirla a la menor cantidad de figuras delictivas posibles⁴²⁴.

De acuerdo a estos razonamientos y atendiendo al tenor literal de la norma el radio de acción del art. 579.3, es decir, *la atenuante prevista*, se extiende solo a “los delitos previstos en esta Sección”, de donde resulta que pareciera quedar excluida la posibilidad de aplicar la atenuación punitiva para el caso específico de “asociación ilícita terrorista” puesto que éste no se ubica entre los arts. 571 y ss. C.P. sino en el art. 516.2 CP. Es cierto que la colaboración activa con las autoridades, en cuanto requisito para aplicar la atenuación especial puede referirse también a “impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”, pero ello no guarda relación con la imposición de la pena señalada al delito de terrorismo previsto “en esta sección”.

En otras palabras, cuando el único delito cometido por el sujeto fuere el de asociación ilícita terrorista (art. 516.2), no podría aplicarse la atenuante prevista en el art. 579.3 aún cuando se satisfagan todos sus requisitos, incluso si los antecedentes que se revelan son relativos a la organización. En estos casos, la atenuación deberá ceñirse a las disposiciones generales en esta materia (art. 21 CP). La situación que regula el art. 579.3 solo procederá cuando los hechos ilícitos se hubieren referido a cualesquiera de los delitos de terrorismo tipificados en los arts. 571 y ss.

2.2. *Requisitos para su procedencia.*

De la lectura del art. 579.3 puede deducirse que el legislador exige copulativamente la concurrencia copulativa⁴²⁵ de los siguientes requisitos: a) abandono voluntario por parte del sujeto de sus actividades delictivas, b) la presentación ante las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, y c) “además” la colaboración activa para con las autoridades en la investigación. Este “además”- copulativo- implica que la mera disociación silenciosa ya no surte efecto como presupuesto de atenuación. Luego, y como advierte la doctrina, en relación a la anterior legislación este sistema “ni es tan privilegiado, ni de tan fácil

⁴²² MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, p.785, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.807.

DE PRADA SOLAESA, 1996, p.77, BARÓN QUINTERO, 1999, p.280, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1977.

⁴²³ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. “*Algunos aspectos jurídico- penales y procesales de la figura del arrepentido*”, en *LL*, N° 41132, año XXVII, Sept. 1996, p. 1.

⁴²⁴ Se establece un régimen similar para los delitos relacionados con el tráfico de drogas (art. 376 CP)

⁴²⁵ En este sentido, la doctrina es unánime en torno al art. 579 del CP: MUÑOZ CONDE, *DP.PE.*, 1996, pp. 784 y 785, DE PRADA SOALESA, 1996, p. 77, BARÓN QUINTERO, 1999, p.280, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1237, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1976, VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1070.

acceso, teniendo en cuenta que las conductas que antes bastaban para aplicar la atenuación se exigen ahora conjuntamente...y vinculadas a la necesaria colaboración”⁴²⁶ (cfr. Art. 57 bis).

a) *El abandono voluntario de la actividad delictiva.*

a.1. *El abandono.*

El presupuesto para la aplicación de la atenuante es que el sujeto rompa con su actividad delictiva. El concepto de abandono presenta ciertas similitudes con los conceptos de arrepentimiento y desistimiento, pero existen diferencias sustanciales que impiden su calificación como tales. El abandono supone la ruptura con algo existente, luego, no cabría asimilarlo al arrepentimiento pues este siempre y en todo caso presupone un delito consumado, y tampoco se ajusta al desistimiento puesto que, en puridad, no se excluye el delito consumado⁴²⁷.

El legislador exige que este abandono se haga respecto de “la actividad delictiva”, pero si consideramos que el tratamiento jurídico al terrorismo reside en último término en un combate a la actuación de organizaciones terroristas- y prueba de ello es la tipificación de las asociaciones ilícitas terroristas (art. 516.2 CP) y la presencia del elemento estructural en el tipo objetivo de la mayoría de los delitos de terrorismo- habría que concluir que el rompimiento se refiere a los vínculos que le unen a la organización, cualquiera que sea su naturaleza⁴²⁸. En este sentido, el término “abandono de la actividad delictiva” es más correcto que el de “disociación” ya que éste supone que el sujeto que abandona haya sido miembro del grupo del cual se aparta⁴²⁹.

Aún siendo más correcta dicha denominación lingüística, observamos, por las razones recién señaladas, que el rompimiento ha de referirse a los lazos que unen al sujeto con la actividad de organizaciones terroristas, sean éstos de pertenencia a la organización, de colaborador con ella o incluso mero simpatizante. Esto dificulta, como advierte MUÑOZ CONDE⁴³⁰, la aplicación del art. 579.3 CP a los supuestos relativos a los delitos que se cometen al margen de las citadas organizaciones (art. 577 CP), puesto que si bien se habla de abandonar “la actividad delictiva” hay que considerar que copulativamente se exige no solo la confesión, sino asimismo la colaboración “activa”, colaboración que solo podría prestar aquel sujeto que se encontrare relacionado de alguna manera con las organizaciones terroristas, y no que meramente persiguere sus mismos propósitos (alteración del orden constitucional o la paz pública).

De allí que en el caso del terrorista individual, la procedencia de la atenuación quede condicionada copulativamente: a) al abandono voluntario de las actividades delictivas, lo que en nuestra opinión, debe estar referido a “sus” actividades delictivas, b) la presentación ante la autoridad y la confesión de los hechos en los que hubiere participado, y c) la colaboración activa con las autoridades “para impedir la producción del delito”⁴³¹, sin que pueda extenderse a otro tipo de colaboración.

a.2. *La voluntariedad.*

⁴²⁶ VALLE MÚÑIZ, J. FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1068.

⁴²⁷ VALLE MÚÑIZ, J. FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1068.

⁴²⁸ Existe cierta unanimidad en la doctrina en torno a este punto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, pp.569-570, CUERDA ARNAU, 1995, p.405, FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p.921. VALLE MÚÑIZ, J.- FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1068, MUÑOZ CONDE, F. “*Los arrepentidos...*”, 1996, p. 151.

⁴²⁹ Así, refiriéndose al antiguo art. 57 bis CP 1973, CUERDA ARNAU, 1995, p.403.

⁴³⁰ MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p.785.

⁴³¹ En esta última opinión, que compartimos: MUÑOZ CONDE, *DP.PE.* 1996, p.785.

El legislador señala que el abandono ha de ser “voluntario” lo que la doctrina ha interpretado como libre y ausente de coacción⁴³². Las razones que el sujeto ha tenido en mente para abandonar su “actividad delictiva” son irrelevantes para el legislador, ya que lo que interesa es el resultado: la separación definitiva con la banda armada o grupo terrorista, en otras palabras, que cese en su actuación antijurídica. Existe cierta unanimidad entre los autores para señalar en que no es necesario que el sujeto haya abandonado su ideología, ni que su comportamiento sea producto de motivaciones éticas o morales, lo que resulta adecuado ya que lo contrario implicaría regresar a los criterios del derecho penal de autor⁴³³. Sin embargo, como veremos a continuación, no parece que estos criterios hayan sido definitivamente abandonados.

MUÑOZ CONDE⁴³⁴ señala que la voluntariedad consiste “en el regreso a la legalidad por motivaciones que no tienen por qué ser éticas, pero sí de respeto y asunción de la legalidad”, lo que si bien parece estar acorde con un criterio doctrinal casi unánime, no nos parece del todo correcto porque, si la *voluntariedad* no dice relación con un *verdadero arrepentimiento*, con una transformación psicológica del sujeto, no puede pretenderse que no existe tal transformación cuando se dice que “basta con que el sujeto crea que el camino del respeto a las normas democráticas es mejor que el anteriormente elegido; las circunstancias han cambiado y que ya no tiene sentido seguir en la vía de la violencia y el atentado terrorista”⁴³⁵.

Primero, si el terrorista cree que ahora es mejor respetar las normas democráticas, está aceptando en su fuero interno el sistema político que antes combatió. Eso es reconversión ideológica. Y el Estado de Derecho no tiene por qué ocultar sus más íntimas intenciones: que todos los ciudadanos acepten el camino de la legalidad y la participación democrática que el mismo ofrece. Por tanto, no vemos cuál sea el problema en “reconocer” que claramente en el art. 579.3 CP cuando se exige un “abandono voluntario” de la actividad delictiva en el fondo se está pidiendo una reconversión política.

Podría objetársenos que el art. 579.3 no impone al sujeto dicha reconversión, porque ella ha de ser “voluntaria”. Nos preguntamos dónde queda la voluntariedad si el sujeto está siendo coaccionado psicológicamente ya que se verá beneficiado con la rebaja de pena sí y solo si abandona la actividad delictiva (además de colaborar activamente con la autoridad).

Claro es que, reconocer abiertamente que lo que se pide es un cambio en la ideología, implicaría una contradicción con uno de los postulados básicos del sistema democrático: el pluralismo ideológico. Por esta razón creemos que el legislador opta por acudir a la frase “abandono voluntario de la actividad delictiva”, ya que con ello parece adecuarla más a las exigencias de un Estado de derecho. No obstante, como hemos develado en este punto, la necesaria conexión entre la estructura económica y política y superestructura jurídica, lleva a concluir que no puede existir el abandono de la actividad delictiva terrorista, en los términos que el Sr. MUÑOZ CONDE plantea, sin que ello implique una reconversión ideológica.

Segundo, es probable que el sujeto decida no cometer delitos a futuro, porque realmente ha existido en él un cambio de ideas políticas, porque ahora acepte la legalidad y el camino democrático, como ha señalado MUÑOZ CONDE, pero no es menos cierto que este mismo sujeto, inspirado por motivaciones egoístas, de beneficio personal, o incluso de traición, declare

⁴³² LAMARCA, C. 1985, p.334, ARROYO ZAPATERO, 1981, p. 418, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 569, CUERDA ARNAU, 1995, p.412 y ss., VALLE MÚÑIZ, J.- FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1068.

⁴³³ Así, VERCHER NOGUERA, A. *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas)*, Edit. PPU, 1991, pp. 366-367. El mismo “*Terrorismo y reinserción social en España*”, en LL N°2, 1994, pp. 969-980, esp. pp. 972-973, LAMARCA, C. 1985, p.334, ARROYO ZAPATERO, 1981, p. 418, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 569, PÉREZ CEPEDA, 1995, p.26, CUERDA ARNAU, 1995, p.412 y ss., MUÑOZ CONDE, F. “*Los arrepentidos...*”, 1996, p. 451, VALLE MÚÑIZ, J.- FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1068.

⁴³⁴ MUÑOZ CONDE, F. “*Los arrepentidos...*”, 1996, p.451.

⁴³⁵ MUÑOZ CONDE, F. “*Los arrepentidos...*”, 1996, p.451.

que abandona la actividad delictiva, y ello no significa que ahora resulte motivado a cumplir las normas jurídicas. Como señala FERRACUTI, al legislador le es igual que el "arrepentido" sea impulsado por una convicción tardía de que ha de cumplir la norma jurídica porque es necesario socialmente, o impulsado por un "frío cálculo" para obtener los beneficios, o por un acto de traición para con sus antiguos compañeros⁴³⁶.

a.3. La manifestación del abandono.

Uno de los puntos más delicados en relación al abandono voluntario de las actividades delictivas es el relativo a la forma a través de la cual debe manifestarse. El abandono voluntario, como se ha señalado antes, guarda relación con el instituto premial italiano denominado "dissociazione" que cobró vigencia a partir de la ley de 18 de febrero de 1987⁴³⁷. El art. 1º de dicha ley suscitó una de las mayores polémicas doctrinales en relación al alcance que debía darse al concepto de disociación, que en dicho precepto se contenía. La disociación, de acuerdo a la interpretación de LAUDI⁴³⁸, no exige solo el abandono definitivo de la organización, sino que debe manifestarse en un comportamiento del imputado que efectivamente diera cuenta del real abandono del vínculo asociativo, así como el repudio de la violencia como método político. Sin embargo no podía saberse si lo que se exigía era una disociación explícita, esto es, aquella en que se expresara la voluntad de cortar vínculos con la organización terrorista, o si podía considerarse también la disociación implícita, esto es, aquella que podía deducirse del hecho de que el sujeto colaborara con las autoridades en las investigaciones. Se seguía produciendo el mismo problema que bajo la vigencia del art. 4 del DL 625/1979⁴³⁹.

Ante todo hay que tener presente que el legislador español, correctamente, ha evitado emplear el término disociación, pues la noción de abandono no se restringe al hecho de apartarse de un grupo al cual el sujeto pertenecía, sino que abarca también la conducta del "extraneus", y "mal se disocia quien no es asociado"⁴⁴⁰. Sin embargo no se pronuncia acerca de la forma en la que debe manifestarse este abandono.

En la ley italiana de 18 de febrero de 1987 sí exigía un requisito formal: una declaración pública de contenido ético político, en la que el sujeto debía manifestar su repudio absoluto a la violencia. Dicho requisito no es exigido por el art. 579.3 del CP español, siendo en este punto justo destacar que el legislador, a pesar de haber sido hondamente influido por la legislación italiana, y sobre todo en la instauración de medidas premiales en materia de terrorismo, ha sabido rechazar de la misma todo cuanto pudiere oponerse a un principio básico en el estado democrático: el pluralismo ideológico.

Se conoce, por tanto, que el sujeto que quiera verse beneficiado por el art. 579.3 del CP no tiene necesidad de realizar ninguna declaración pública de retractación de sus ideas políticas. Eso se hacía en tiempos de la legislación franquista⁴⁴¹.

⁴³⁶ FERRACUTI, F.; *"Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia"*. Trad. de Terradillos Basoco, en *RFDUCM*, 1986, monográfico 11, de *EDP* en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa; p.308.

⁴³⁷ Ampliamente sobre la misma, LAUDI, Maurizio. *"la dissociazione dalla lotta armata: l'approdo legislativo per una complessa realtà"*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 1988, pp. 276 -298.

⁴³⁸ LAUDI, M. 1988, p. 283.

⁴³⁹ Ampliamente, PADOVANI, T.: *"Commento agli art. 4,5 del d.l. 15-12-1979, n.625, conv. con modific. in l. 6-2-1980, n. 15 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica)"*, en *La Legislazione Penale*, 1981, pp. 54 y ss. También DALIA, Andrea Antonio. *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione. La legislazione dell'emergenza commenti ed stei ufficiali"*, Guiffré Editore, 1982, p. 64, nota 101.

⁴⁴⁰ CUERDA ARNAU, 1995, P. 405.

⁴⁴¹ Recuérdese la Ley sobre Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940, que supeditaba la concesión de los beneficios al hecho de que el sujeto llevara a cabo una declaración retractándose de su ideología. *Supra* Cap. V. II.2. *La legislación española ..., I. La normativa antiterrorista hasta la dictadura franquista.*

La entrega de armas o de otros instrumentos del delito, tampoco ha sido exigido nunca por el legislador como manifestación del abandono⁴⁴², a pesar de que algunos autores⁴⁴³ lo consideraban implícito en la exigencia de que el abandono fuere real, manifiesto y definitivo, con propósito de reinserción social. Ello porque sin esta exigencia el abandono no podría considerarse sincero o inequívoco. En nuestra opinión, la entrega de las *armas es una consecuencia política* que se derivaría, en todo caso, de un proceso de negociación entre la organización terrorista y el poder Ejecutivo, y *no una exigencia del legislador*. Además, y como ha indicado DE LA CUESTA⁴⁴⁴, “no son éstos los únicos medios de prueba de la sinceridad y carácter definitivo del abandono de la vinculación criminal”.

Para CUERDA ARNAU⁴⁴⁵, la manifestación del abandono no puede circunscribirse a la mera declaración del sujeto, sino que debe subordinarse la concesión del beneficio al hecho de que se tenga la certeza del abandono, para lo cual “basta... con la realización de cualesquiera de las conductas a que se refiere el art. 57 bis b)”, esto es, conductas de *colaboración activa*, “siempre y cuando... no exista dato alguno que pudiere contradecir el significado que, en principio, se atribuye a las conductas citadas como síntoma del referido abandono”.

En nuestra opinión, y matizando la opinión de esta autora, pensamos que, efectivamente el problema consiste en “acreditar” el abandono, para lo cual bastaría con la mera manifestación expresa del sujeto siempre que no aparezcan datos o pruebas que permitan afirmar la falsedad de tal manifestación. No se requiere, y en esto discrepamos con CUERDA, que el abandono deba ser probado mediante la realización de cualesquiera de las conductas de colaboración o “ayuda eficaz” que describe el artículo. Por dos razones, una de orden sustantivo penal y la otra sustantivo procesal:

Primero, porque se vaciaría de contenido la exigencia de colaboración activa y ayuda eficaz, que el legislador exige conjuntamente con el abandono voluntario. Ellas pasarían a quedar incluidas dentro del concepto “material” de abandono, o como manifestación externa del mismo, careciendo de sentido su expresa consideración como requisito copulativo (el art. 579.3 reza: “..y además colabore...”). *Segundo*, porque de acuerdo a las reglas del onus probandi, la prueba corresponde a quien la alega, independientemente de su posición procesal en el juicio⁴⁴⁶, de tal manera que si el sujeto manifiesta expresamente su abandono de la actividad delictiva, corresponderá a quien afirma lo contrario, probar la falsedad de dicha declaración⁴⁴⁷.

Por último, si el legislador indica que para la procedencia de la atenuante se requiere que el sujeto “haya abandonado sus actividades delictivas y se presente ante las autoridades confesando los hechos en que haya participado” es perfectamente plausible considerar, como ha

⁴⁴² Concordamos con DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 570.

⁴⁴³ Así LAMARCA, C. 1985, p.334.

⁴⁴⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 570.

⁴⁴⁵ CUERDA ARNAU, 1995, pp. 410-411.

⁴⁴⁶ En tal sentido la máxima romana *Onus probandi incumbit actoris, reus in excipiendo fit actor*, que atiende a la posición procesal para distribuir la prueba, carece de relevancia toda vez que la carga de la prueba se desplaza de una parte a otra según sea la naturaleza de la alegación. Véase RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal civil. Parte General y reglas comunes*. Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed., 1982, p.60.

⁴⁴⁷ La naturaleza de la alegación puede referirse a hechos constitutivos, extintivos y específicos. Son hechos *constitutivos*, los que determinan la existencia o validez de una situación jurídica, correspondiendo al que alega una relación jurídica, probar los hechos constitutivos específicos, porque la ley presume los genéricos, de manera tal que estos últimos deberá probarla la parte contraria como un hecho impeditivo. Son hechos *impeditivos* los que obstan a la validez y eficacia de la relación jurídica, *modificativos* los que la alteran en su contenido o efectos, y *extintivos*, los que hacen desaparecer los efectos del hecho o del acto. *La prueba de estos hechos impeditivos, modificativos o extintivos corresponde a aquella parte cuya alegación jurídica se funda en un hecho o acto cuya significación jurídica es alterar o hacer cesar los efectos de cierta relación o situación de derecho*. Cfr. RIOSECO ENRIQUEZ, E., 1982, pp.59-60.

venido interpretando la doctrina⁴⁴⁸, que la presentación ante las autoridades sea una forma de exteriorizar o comprobar el abandono de la actividad delictiva. A este requisito nos referiremos a continuación.

b) La presentación ante las autoridades y la confesión.

La presentación ante la autoridad implica que el sujeto ha de ponerse a disposición ante alguna de aquellas cuya misión sea la persecución de delitos (autoridad judicial, Ministerio Fiscal o integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado)⁴⁴⁹.

Dicho requisito reviste perfiles similares al de la circunstancia atenuante 4ª del art. 21 CP, pero no existe la exigencia de que esta presentación se realice antes de conocer la apertura de un proceso, sino que ella puede verificarse en cualquier momento previo a la detención⁴⁵⁰. En este sentido había sido ya interpretado jurisprudencialmente el art. 57 bis b) del CP 1973 que optó por acoger la vía del indulto parcial o la de la atenuante analógica del arrepentimiento espontáneo en aquellos casos en que se abandonaba la actividad delictiva y se reconocía la responsabilidad después de haberse verificado la detención⁴⁵¹.

No es necesario que la presentación ante la autoridad y la confesión se realicen en el mismo momento⁴⁵², bastando con “la absoluta predisposición”⁴⁵³ que debe animar al sujeto en orden a la confesión de los hechos. Al no establecerse límite temporal en la realización de las conductas, la confesión puede ser prestada en cualquier momento *hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva*. Ello, en opinión de algunos autores⁴⁵⁴, siempre y cuando aún pueda colaborar de alguno de los modos requeridos.

De acuerdo al tenor literal del precepto pareciera ser que el cumplimiento del requisito de presentarse ante la autoridad debe ser cumplido personalmente por el sujeto, sin que quepa la posibilidad de que sujeto se sirva de un mediador, p.ej. su abogado⁴⁵⁵. Sin embargo, y concordando con VALLE MÚÑIZ y FERNÁNDEZ PALMA⁴⁵⁶, estimamos que, no debe excluirse a priori aquellos supuestos en los que sea el abogado del sujeto el que comunique ala autoridad la intención de su representado de acogerse a este supuesto de atenuación, puesto que, como señalan estos autores, en el mismo momento de prestar la confesión el requisito de presentarse ante la autoridad quedaría satisfecho. Siempre y en todo caso, la exigencia de prestar la confesión debe ser realizada personalmente por el sujeto.

Para que la confesión sea válida debe ser completa y veraz⁴⁵⁷, careciendo de valor cuando ella se desvirtúa en beneficio de quien la realiza⁴⁵⁸. Debe referirse a hechos propios, es decir, a aquellos en los cuales el sujeto hubiere participado y fueren relevantes, en principio, en la

448 En este sentido se ha pronunciado gran parte de la doctrina. Véase por todos, LAMARCA, C. 1985, p. 335 y FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 922.

449 VALLE MÚÑIZ- FERNÁNDEZ PALMA, R., 1999, p. 1069, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 430 y ss..

450 En este sentido interpretó la doctrina el art. 57 bis CP 1973 en relación con el “arrepentimiento espontáneo” del art. 9 circunstancia 9ª. Véase LAMARCA, C. 1985, p.335 y ss, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 570, CUERDA ARNAU, 1995, p. 424, FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 924, PÉREZ CEPEDA, 1995, p. 26,

451 Compárese SAN de 11-7-1985, núm. 40/1985 y SAN de 1-4-1989, núm. 34/1989.

452 CUERDA ARNAU, 1995, p. 430.

453 VALLE MÚÑIZ, J.- FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p.1069.

454 VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p. 1070.

455 En esta posición CUERDA ARNAU, 1995, p. 430.

456 VALLE MÚÑIZ- FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1070.

457 Existe en este sentido unanimidad en la jurisprudencia y en la doctrina. Véase en la jurisprudencia SSTS de 20-5-1985 (RJ 1985/2514), 24-1-1964 (RJ 1964/308), 24-12-1982 (RJ 1982/ 7867)

En la doctrina FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 923, VALLE MÚÑIZ- FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1070

458 En la jurisprudencia, STS 30-9-1987 (RJ 1987/6919). En la doctrina FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 923.

determinación de “su” responsabilidad penal. Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria para quienes, interpretando restrictivamente la confesión, basta con que la declaración se circunscriba al ámbito de responsabilidad individual, sin que sea preciso que el sujeto proporcione datos acerca de otros responsables en el mismo delito (casos de codelincuencia) o datos acerca de la estructura de la organización⁴⁵⁹.

Sin embargo, y en opinión de GARCÍA RIVAS⁴⁶⁰, que en este punto sigue a FERRAJOLI⁴⁶¹, es posible que en esta exigencia de confesión “sobre hechos propios” pueda esconderse un premio a la delación ya que, el significado normativo de una confesión plena exige que el imputado efectúe declaraciones exhaustivas acerca del delito en el cual ha participado, sobre sus co partícipes y sobre la estructura de la organización de la que forma parte.

En defensa de esta última postura podemos señalar que, en su día, tuvo sentido y relevancia puesto que la apreciación de GARCÍA RIVAS estaba referida al Anteproyecto de Ley que precedió a la LO 9/1984, cuyo art. 6, sobre la base del abandono voluntario de la “vinculación criminal”, establecía comportamientos “alternativos y no acumulativos”⁴⁶². De allí que si se comparaba la letra a) del art. 6 (referida a la presentación ante la autoridad y confesión de los hechos), con la letra b) del mismo precepto (referida a la colaboración que debía prestarse y su contenido), no podía derivarse, como reconoció también en su día Carmen LAMARCA⁴⁶³, la exigencia de que la confesión debía servir solo para individualizar la responsabilidad penal del sujeto que practicaba el abandono, y ello aún cuando ésta solo se refiera a su “vinculación criminal” y no pudieren imputársele otros delitos diferentes.

Con la actual redacción es posible advertir que la confesión a que se refiere el art. 579.3 debe ser interpretada en sentido restrictivo, puesto que al exigirse “copulativamente” la colaboración activa en las investigaciones, de la manera que el legislador indica, se estaría desvirtuando el precepto. Se vaciaría de contenido, y en esto coincidimos con CUERDA ARNAU⁴⁶⁴, aquellas otras modalidades de conducta que, actualmente, se exigen de manera conjunta. Ya se ha señalado que no basta con la mera presentación a las autoridades y la confesión de los hechos en los cuales se hubiere participado, sino que es necesaria dicha colaboración para que pueda ser aplicada la atenuante especial.

En todo caso, el premio a la delación que advertía GARCÍA RIVAS, permanece aún en el texto legal, pero no bajo la interpretación “amplia” que pudiere dársele a la confesión, sino a través de la exigencia misma de la colaboración activa o la ayuda eficaz para obtener pruebas decisivas en la identificación de los responsables, su captura, y en definitiva en la actuación y desarrollo de las organizaciones a las cuales el sujeto hubiere pertenecido.

Llegados a este punto, y asumiendo que la confesión solo puede referirse a hechos propios, cabe dilucidar aún si esta confesión debe referirse a los hechos que efectivamente se imputan al sujeto, o a cualesquiera hechos en los que hubiere intervenido, estuvieren o no en conocimiento de la autoridad. Parece ser, de acuerdo al tenor literal, que la confesión puede llegar a extenderse a cualesquiera de ellos.

⁴⁵⁹ LAMARCA, C. 1985, pp. 336-337, ARROYO ZAPATERO, L. 1981, p. 180, FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 924, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 434-436, VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1070

⁴⁶⁰ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 109.

⁴⁶¹ FERRAJOLI, L. “*Ravvedimento procesuale e inquisizione penale*”, en *Questione Justizia*, n°2, 1982, p.223, nota 12.

⁴⁶² Así LAMARCA, C. 1985, p. 338, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 570.

⁴⁶³ LAMARCA, C. 1985, pp. 336 y ss. Le sigue DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 570.

⁴⁶⁴ CUERDA ARNAU, 1995, p. 435.

Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente que la confesión supone que el individuo declare contra sí mismo, y en este sentido, renunciar a uno de los principios básicos del derecho penal: el que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y a incriminarse⁴⁶⁵. De allí que sea preferible interpretar restrictivamente la ley penal, y señalar Como lo hacen algunos autores⁴⁶⁶, que la confesión debe referirse solo a los hechos que se imputan al sujeto, puesto que se evita así la autoinculpación en delitos acerca de los cuales ni siquiera se tiene referencia de su participación.

Siguiendo este mismo hilo conductor, y para que proceda aplicar el beneficio, la trascendencia de la confesión debe quedar condicionada a la existencia de otras pruebas que confirmen la verdad de lo que se afirma: “la presunción de inocencia impone que haya de quedar probada toda participación en un hecho delictivo. No es posible condenar sobre la base exclusiva de una declaraciones efectuadas a cambio de una importante rebaja en la imposición de una pena”⁴⁶⁷.

Por último, es perfectamente plausible interpretar que la declaración no alcance a todos y cada uno de los hechos que se imputan al sujeto puesto que, por una parte, omisiones irrelevantes determinarían que el precepto fuere inaplicable⁴⁶⁸, y por otra parte, resulta inoportuno negar a priori la atenuación a aquel que se niegue a reconocer su responsabilidad en los hechos que se le imputan, ya que es muy posible que frente al riesgo de no ver atenuadas las penas, el sujeto sobre la base de un frío cálculo, confiese cualquier otro delito, menoscabando así no solo la verdad procesal, sino también el buen funcionamiento de la Administración de justicia⁴⁶⁹.

c) *La colaboración activa en las investigaciones.*

De acuerdo al tenor literal del art. 579.3 este requisito exige dos comportamientos alternativos⁴⁷⁰: a) colaborar activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, o b) coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con lo que haya colaborado.

La colaboración activa para impedir la producción del delito.

El primer punto a dilucidar es qué debe entenderse por colaboración activa. A estos efectos algunos autores estiman que ella supone el desarrollo de una actividad comisiva, ya que “difícilmente se podrá colaborar activamente de forma omisiva”⁴⁷¹, actividad comisiva que se exteriorizará por la aportación de antecedentes a la autoridad. En nuestra opinión, no cabe excluir a priori la colaboración mediante conductas omisivas cuando ella fuere acompañada de conductas activas. Así p.ej. el sujeto que llamado a cometer un delito en un determinado lugar,

⁴⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F. “*Los arrepentidos...*”, 1996, p. 152.

⁴⁶⁶ CUERDA ARNAU, 1995, pp. 437 y ss., VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1070.

⁴⁶⁷ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 808.

⁴⁶⁸ ARROYO ZAPATERO, L. 1981, p. 422, nota 112. Le sigue CUERDA ARNAU, 1995, pp.474 y 475.

⁴⁶⁹ CUERDA ARNAU, 1995, pp. 438-439.

⁴⁷⁰ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 808, MIRANDA STRAMPES, 1999, p.1976. Se advierte una diferencia con las expresiones empleadas por el legislador en relación a los delitos relacionados con el tráfico de drogas. En el art. 376 CP solo se exige la colaboración activa, lo que se debe, en opinión de la doctrina, a un *mero recurso estilístico del legislador*, y no a una intención de otorgar una naturaleza distinta al grado de contribución que el sujeto debe cumplimentar en cada caso. No es posible afirmar que la coadyuvación eficaz suponga un plus a la mera colaboración activa, de manera tal que en el caso del art. 579 se exija una colaboración más eficaz que en el caso del art. 376 CP. Cfr. VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1071.

⁴⁷¹ VALLE MÚÑIZ –FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p. 1071.

opta por no concurrir (omisión) al mismo y denunciar los hechos a la autoridad antes de su perpetración (acción).

Ahora bien, en cuanto al contenido de esta actividad (comisiva u omisiva), cabe destacar que el legislador no deja en claro qué es lo que debe entenderse por *actividad* en la colaboración. Si limitarse a proporcionar las informaciones necesarias para impedir que se consuma *el delito* en el que hubiese tomado parte, o *cualquier otro delito* de similar naturaleza; o si dentro de esta colaboración para impedir la producción del delito se comprende también el proporcionar *antecedentes* que permitan la identificación o captura de *otros* responsables, a pesar de que este último supuesto se encuentra previsto en la “coadyuvación eficaz”.

Parece ser que basta con que la colaboración sea *objetivamente adecuada*⁴⁷², en el sentido de que la contribución debe ir seria y decididamente orientada a impedir la producción del delito. No obstante permanece la duda en relación a si el delito a cuyo evitamiento debe colaborar se refiere a aquel (o aquellos) que se le imputan, a cualesquiera delitos previstos en los arts. 571 y ss. CP, o también al delito de asociación ilícita.

Si bien es cierto el legislador comienza diciendo “en los delitos previstos en esta sección” cabe destacar que esta expresión se refiere al ámbito de aplicación del beneficio previsto por el art. 579.3, y no propiamente a los requisitos para su procedencia. Esto es, la atenuante operaría solo respecto de los delitos contenidos en los arts. 571 y ss. del CP⁴⁷³. En cuanto a los “delitos” a que se refiere el legislador al enumerar las exigencias de operatividad de la atenuante, no tendría por qué quedar excluida la colaboración) en relación al delito de asociación ilícita terrorista. Ello porque si interpretamos acudiendo al espíritu del legislador, y al criterio sistemático de interpretación de la ley, es posible advertir que, quizás el mayor interés del legislador radique precisamente en la desarticulación de las organizaciones terroristas. No es otra la interpretación que cabe hacer cuando se exige alternativamente la coadyuvación eficaz para “impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

De allí que la colaboración activa y la coadyuvación eficaz deban ser interpretadas de manera conjunta, y no separada, como se haría desde un criterio netamente positivista. Lo que no puede señalarse es que la atenuación opere respecto del delito de asociación ilícita, ya que ello significaría vulnerar el expreso tenor del art. 579.3. En todo caso, no se requiere que efectivamente se impida la producción del delito⁴⁷⁴, lo que si bien por una parte aparece adecuado ya que la satisfacción del supuesto no se hace depender de un resultado, si no de una acción tendente a conseguir un objetivo, por otra parte priva de su sentido a la figura del art. 579.3 en aquellos casos en que el delito que se trata de evitar fuere de aquellos que se imputan al sujeto, porque si este delito no ha llegado a su consumación, sencillamente no existe delito sobre el cual aplicar la atenuación⁴⁷⁵.

La falta de concreción en la colaboración activa “deja al jurista con la sensación de que el legislador pretende poner en claro solamente que el sujeto debe colaborar”⁴⁷⁶. Por otra parte se violenta, si bien no tan burdamente como ocurría en el hoy derogado art. 174 bis c) del CP

⁴⁷² VALLE MÚÑIZ –FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p. 1071.

⁴⁷³ Véase 2.1. Ámbito de aplicación.

⁴⁷⁴ En este punto hay cierta unanimidad doctrinal. Véase CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 809, VALLE MÚÑIZ –FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p. 1071.

⁴⁷⁵ En opinión distinta ARROYO ZAPATERO estima que en este caso la atenuación solo podría referirse al delito de pertenencia o colaboración con banda armada, opinión de la que discrepamos por cuanto según hemos indicado, el ámbito de aplicación del art. 579 CP se limita a los delitos tipificados en los arts. 571 y ss. del CP, dentro de los cuales no está el delito de asociación ilícita terrorista. Véase ARROYO ZAPATERO, Luis. “*La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo*” en CPC, N°15, 1981; pp.379-428, esp. p.420.

⁴⁷⁶ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 110.

1973, el *principio de legalidad* ya que se omite una descripción mas detallada de la conducta típica. Por último, la falta de concreción normativa se transforma, como señaló en su día GARCÍA RIVAS, en discrecionalidad en la fase de aplicación, ya que “el Tribunal se encuentra con un poder de gracia que puede administrar para conseguir una colaboración completa del sujeto”⁴⁷⁷.

La coadyuvación eficaz en la obtención de pruebas

El legislador exige alternativamente a la colaboración activa para impedir la producción del delito, el coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas, es decir, un resultado positivo, por cuanto ellas han de resultar decisivas para los objetivos mencionados. El término “pruebas” debe ser interpretado en su acepción usual, y no en su estricto sentido procesal⁴⁷⁸. Por “decisivas” deberemos entender “aquellas que permiten fundar una acusación por cualquiera de los delitos de terrorismo”⁴⁷⁹, en definitiva, aquellas que resulten idóneas, o “potencialmente aptas”⁴⁸⁰ para la consecución de alguno de los fines que el legislador señala. Distinguiremos dos situaciones:

b.1. Coadyuvar eficazmente en la obtención de pruebas decisivas “para la identificación o captura de los otros responsables”.

La conducta consiste en aportar datos a la autoridad acerca de otros posibles responsables que permitan su identificación, cuando éstos no fueren conocidos, o si existiendo una previa imputación, al menos indicios sobre su participación en un hecho delictivo, o en aportar datos que pudieren facilitar la “captura”. La primera interrogante que surge es a qué “otros responsables” se refiere el legislador, ¿a los responsables del delito específico en el cual el colaborador hubiese tomado parte?, ¿o se referirá a los responsables en la organización toda vez que luego señala *impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas*, etc. en las que hubiese participado o colaborado?.

Parece ser que el legislador quiere abarcar todas las hipótesis posibles, y por tanto la ayuda será igualmente eficaz tanto si se refiere a los responsables del delito específico en el que hubiere tomado parte el sujeto, como a los responsables de la organización. En este sentido, es pertinente señalar la postura de algunos autores quienes se han manifestado a favor de una interpretación amplia acerca de los términos identificación y captura⁴⁸¹. Para ellos deben incluirse: 1. Los casos en que se facilite la detención de un individuo frente al cual existe una orden de esta naturaleza, 2. Supuestos en los que se aporten nuevos nombres, 3. Colaboraciones orientadas a ratificar meros indicios, posibilitando la detención, 4. Aportar datos nuevos sobre quienes se encuentran cumpliendo condena o aparecen ya imputados en un procedimiento penal.

b.2. Coadyuvar eficazmente en la obtención de pruebas decisivas “para impedir el desarrollo de bandas armadas, organizaciones, o grupos terroristas en los que haya participado o haya colaborado”.

Es este quizás uno de los puntos más álgidos en el art. 579.3 puesto que el legislador no determina específicamente cuales son las conductas que integrarían este supuesto, sobre todo si

⁴⁷⁷ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 110.

⁴⁷⁸ Así la doctrina mayoritaria, véase LAMARCA, 1985, p.341, GARCÍA PABLOS, 1983, p. 166, FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 927, CUERDA ARNAU, 1995, pp. 462- 463, VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1072.

⁴⁷⁹ LAMARCA, C. 1985, p. 341.

⁴⁸⁰ Así la doctrina mayoritaria, GARCÍA PABLOS, 1983, p. 166, ARROYO ZAPATERO, 1981, p. 421, LAMARCA, C. 1985, p. 341, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 572, FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 927, CUERDA ARNAU, 1995, p. 463, VALLE MÚÑIZ-FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1072.

⁴⁸¹ Así CUERDA ARNAU, 1995, pp. 459 y ss. Le siguen VALLE MÚÑIZ- FERNÁNDEZ PALMA, 1999, p. 1072.

se considera que evitando la producción de un delito o facilitando la identificación o captura de otros responsables, en cierta medida ya se lograría la finalidad propuesta. Por esta razón, es posible afirmar, como en su día advirtió Carmen LAMARCA, que lo que en realidad se está exigiendo al sujeto es "suministrar informes, sobre la estructura, medios y planes y lugares de organización terrorista, pero sin que ello logre identificar a ningún responsable"⁴⁸².

De allí que, por una parte, no parece existir diferencia entre un arrepentido y un mero "informante". Si lo que debe hacer es suministrar tales informes, la colaboración o ayuda eficaz en la obtención de pruebas no guarda diferencias con la delación. Por otra parte y como se ha venido insistiendo cuando examinamos la legislación chilena, esto implica trato discriminatorio para un mismo tipo de delincuentes, ya que solo podrían verse beneficiados aquellos que tienen una mayor cuota de antecedentes respecto de la organización, lo que suele suceder en los casos de quienes ostentan cargos elevados dentro de la estructura jerárquica⁴⁸³. Existe si no una contradicción manifiesta, al menos una disonancia con el *principio de igualdad* (art. 14 CE) porque, como bien grafica MUÑOZ CONDE⁴⁸⁴ "supone un beneficio para los más importantes, y no para los que a lo mejor están más arrepentidos, pero tienen mucho menos que decir a la policía en relación con la organización criminal a la que pertenecían".

Por último, es posible que en lugar de servir a la desarticulación de las organizaciones ilícitas, produzca un efecto contrario: una mayor compartimentación entre sus miembros de manera tal que se transformen en estructuras mucho más complejas y eficaces⁴⁸⁵.

Ausencia de alguno de los requisitos exigidos por el legislador.

Se ha señalado que para que proceda la atenuación prevista por el art. 579.3 se requiere la concurrencia copulativa de los requisitos anteriormente señalados, con la alternatividad que plantea el tercero de ellos (colaboración activa o coadyuvar a la obtención de pruebas). De esta forma el simple abandono de la actividad terrorista, al igual que la anterior legislación, no es suficiente para beneficiarse de la rebaja de la pena⁴⁸⁶.

En los casos en que sólo exista un abandono de la actividad delictiva, sin otro de los comportamientos exigidos por la norma, la jurisprudencia ha sido contradictoria: en algunos casos ha admitido la posibilidad de aplicar una atenuante analógica, pero sin otorgarle el carácter de muy calificada⁴⁸⁷, y en otros casos sí ha apreciado la concurrencia de esta atenuante como muy calificada⁴⁸⁸. Parece ser que, de acuerdo al espíritu del legislador, si no existe un comportamiento de colaboración activa, una confesión de los hechos en orden a dismantelar el desarrollo de organizaciones terroristas, no cabe apreciar la existencia de una atenuante muy calificada, porque ello implicaría vulnerar la voluntad del legislador⁴⁸⁹.

⁴⁸² LAMARCA, C. 1985, p.345. Similar, DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 578, FERNÁNDEZ PALMA-VALLE MÚÑIZ, 1999, p. 1072. En contra CUERDA ARNAU, 1995, pp. 489 y ss.

⁴⁸³ LAMARCA, C. 1985, p. 322, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.M. 1986, p.580, CARBONELL MATEU, 1996 a), p.809, FERNÁNDEZ PALMA-VALLE MÚÑIZ, 1999, p. 1073. Similar, en la doctrina chilena, MUJICA, A.- RIEGO, C. 1994, pp.121-122.

⁴⁸⁴ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 152.

⁴⁸⁵ En esta opinión CARBONELL MATEU, 1996 a), P.809.

⁴⁸⁶ Existe unanimidad en este punto en la doctrina: MUÑOZ CONDE, DP.PE, 1996, p. 785, MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1976, También se ha pronunciado la jurisprudencia STS de 11-10-1990 (R. Ar. 7956).

⁴⁸⁷ Así la STS de 23-11-1995 (R. Ar. 8780) señaló que cuando el abandono no fuera acompañado de alguno de los comportamientos previstos en el art. 57 bis b) CP1973, pudiera constituir una atenuante analógica del art. 9.10 en relación con la atenuante del núm. 9 del mismo precepto (arrepentimiento espontáneo) pero sin que constituyera atenuante muy calificada.

⁴⁸⁸ Así la STS de 20-12-1996 (R. Ar. 9033) si bien rechazó la aplicación del art. 57 bis CP 1973, apreció la concurrencia de la atenuante del arrepentimiento espontáneo como muy calificada con el alcance penológico previsto en el art. 61.5 del CP 1973.

⁴⁸⁹ STS 22-3-1995. Cfr. BARÓN QUINTERO, 1999, p.280.

En aquellos casos en los que el sujeto ha colaborado con las autoridades confesando los hechos en los cuales ha participado, sin que concurren además los otros presupuestos, solo será posible la atenuación de conformidad con las reglas generales (art. 21.4 CP)⁴⁹⁰.

Breves consideraciones procesales acerca de la procedencia de la atenuación.

En cuanto a la forma de hacer procedente la atenuación prevista por el art. 579.3, el legislador exige una “sentencia razonada”. Esta explicitación del razonamiento, como acierta MIRANDA STRAMPES⁴⁹¹, posibilita el control casacional del ejercicio de la facultad de atenuación por parte de los Tribunales de instancia, ya que esta facultad se encuentra reglamentada. Pero por otra parte, y como advierte CARBONELL⁴⁹² el hecho de que quien haya de aplicar la atenuación no sea la misma persona que quien investiga, desnaturaliza el procedimiento. La figura penal in comento es “un precepto al servicio de la lucha antiterrorista, y concretamente de la instrucción que permita la averiguación y evitamiento de acciones delictivas así como la averiguación de los culpables”⁴⁹³.

Siendo así, en su opinión, si fuere el Ministerio Fiscal el encargado de la instrucción, actuaría con criterio unitario, a diferencia del Juez llamado a aplicar la atenuante, puesto que éste no siempre actuará con dicho criterio. Su argumento se basa en una razón práctica: el art. 579.3 describe una situación que se da en el marco de una “negociación” y en este sentido es la Fiscalía la que puede ofrecer la demanda de una menor pena a cambio de una colaboración activa.

No estamos en condiciones, en esta investigación, de pronunciarnos de manera terminante acerca de esta opinión. Se trata de un problema a resolver por el derecho sustantivo procesal, materia que si bien hemos esbozado en algunos capítulos, no ha sido el núcleo central. Solo podemos acotar que, si bien es cierto que el Juez juzgador no debería estar condicionado por instrucciones o averiguaciones que le fueren ajenas, y que el juez instructor no puede tener en su mano ninguna influencia sobre la pena final a imponer, pensamos que, otorgar mayores atribuciones al Ministerio fiscal en el sentido que CARBONELL plantea, desnaturalizaría también el procedimiento penal, en el entendido que éste no puede convertirse en “juez y parte”.

En definitiva, si la negociación se está poniendo en manos de una de las partes en el proceso, implica privilegiar sus demandas en perjuicio de la parte contraria, ya que esta negociación indudablemente influirá en la investigación. Por último, quedaría sin resolver el problema relativo al control jurisdiccional respecto de este ofrecimiento de una demanda menor a cambio de colaboración, con lo que los problemas planteados relativos a la verdad procesal aumentarían. El sujeto podría negociar, casi ocultamente con el Ministerio Fiscal, transformando de lleno el instituto en una verdadera delación.

2.3. ¿Terrorista arrepentido a agente encubierto?

Una de las cosas que llama la atención en el arrepentimiento eficaz es el beneficio que supone en la rebaja de la pena. La disminución, sensiblemente notoria, especialmente en cierta clase de delitos, conduce a plantearnos una interrogante en relación a quienes se encuentra dirigida la atenuación. ¿Realmente lo es hacia el terrorista arrepentido?. ¿No será que con esta figura se pretende dar una cobertura legal hacia quienes realizan labores de inteligencia al interior de las organizaciones armadas?.

⁴⁹⁰ En este sentido, CALDERÓN CERESO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p.1237.

⁴⁹¹ MIRANDA STRAMPES, 1999, p. 1977.

⁴⁹² CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 808.

⁴⁹³ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 808.

El agente encubierto puede ser definido como “cualquier persona cuyo propósito es adquirir evidencia contra uno o varios sospechosos que se encuentran cometiendo algún ilícito”⁴⁹⁴, englobando a los agentes secretos que integran servicios de inteligencia o fuerzas de seguridad, que realizan alguna investigación bajo una identidad encubierta. En esta labor pueden asumir dos tipos de roles: a) “Entrapment”, que es el delito provocado por la autoridad, y b) “agent provocateur” que no es sino un instigador de un delito, pero cuya finalidad es que tal ilícito se descubra⁴⁹⁵. No destinaremos en esta investigación, por la extensión que a estas alturas ella reviste, un examen acabado de tal figura.

Desde luego cuestionamos su utilización por parte del aparato estatal en la lucha contra el crimen, ya que un Estado pierde su legitimidad en tanto violenta su propio ius puniendi. Es absurdo que el Estado se atribuya no solo la facultad de castigar conductas tipificándolas como delitos, sino también la de provocarlas o inducir las, y alentar la delación, a objeto de encarcelar a delincuentes. Esto, a nuestro entender, puede explicarse desde los lineamientos políticos e intereses particulares de cada gobierno, o en una guerra abierta, pero no desde los lineamientos que impone el Estado de derecho.

Los agentes encubiertos pueden desarrollar múltiples conductas delictivas en su labor de inteligencia, desde infiltrarse en una organización armada para conocer sus detalles, intentar la rearticulación de alguna a objeto de detener a ex militantes⁴⁹⁶, hasta comportarse como incitadores en una manifestación callejera, cometiendo atentados múltiples e instigando al resto de los manifestantes. Los “delitos de terrorismo” que eventualmente podrían cometer son: asociación ilícita; delitos de daños material, con o sin peligro para las personas, y actos de colaboración con organizaciones terroristas. A modo de ejemplo hemos tomado algunas de tales infracciones para mostrar las eventuales reducciones de pena, suponiendo una determinada impuesta en la sentencia.

CP Español

Delito: Asociación Ilícita terrorista (art. 515 CP)

Marco de pena: - Promotores y directores: 8 a 14 años de prisión
- Integrantes: 6 a 12 años de prisión

Pena impuesta: - Promotores: 8 años
- Integrantes: 6 años

Inferior en un grado: - Promotores: 4 años
- Integrantes: 3 años

Inferior en dos grados: - Promotores: 0 años
- Integrantes: 0 años

Delito: Estragos e Incendio (arts. 346 y 351 en relación arts, 571 y 577 CP)

Marco de Pena: art. 571 (relacionado con banda armada): 15 a 20 años

Art. 577 (no relacionado con banda armada): 10 a 20 años (art. 346 y 351CP)
en su mitad superior.

Pena impuesta: - Por art. 571: 20 años
- Por art. 577: 10 años

Inferior en un grado: - Art.571: 12 años y seis meses
- Art. 577: 5 años

⁴⁹⁴ GONZAGA, Ricardo - TABOADA, Pablo: “*El agente encubierto, ¿legalidad o control social?*”, en *Ponencias, Derecho Penal y Criminología*, I Congreso iberoamericano y IX latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, 4,5,6 y 7 Sept. 1997, Centro de Estudiantes, Fac. Derecho y Ciencias Sociales, Federación Universitaria de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, p.17.

⁴⁹⁵ Ídem.

⁴⁹⁶ Fue lo que ocurrió en Chile, bajo el gobierno de P. Aylwin, con la presunta entrega de armas entre el MIR y su facción “Pueblo en Armas”, hechos todos que motivaron una investigación judicial. Supra Cap. II, punto II, 4. *Causas, orígenes y desarrollo de la violencia política y el terrorismo en Europa y América Latina*, 4.6. Chile.

Inferior en dos grados: - Art. 571: 5 años
-Art. 577: 0 años

Delito: Daños (art. 266 en relación art. 577 CP)

a) *Art. 577 en relación art. 266.1*

Marco de pena: 1 a 3 años, en su mitad superior

Pena impuesta: 1 año y seis meses

Inferior en un grado: 1 año

Inferior en dos grados: 6 meses

b) *Art. 577 en relación art. 266.3*

Marco de pena: 4 a 8 años, en su mitad superior

Pena Impuesta: 4 años

Inferior en un grado: 2 años

Inferior en dos grados: 0 años.

Delito: Colaboración con banda armada (art. 576 CP)

Marco de pena: 5 a 10 años

Pena impuesta: 7 años

Inferior en un grado: 4 años y seis meses

Inferior en dos grados: 2 años.

LEY 18.314 chilena

Delito: Asociación ilícita (art. 2 n°5 y art. 3°)

Marco de pena: - Promotores: presidio mayor en cualquiera de sus grados (art. 293 CP), aumentada en dos grados

- Integrantes: presidio menor en su grado medio (art. 294 CP), aumentada en un grado.

Pena impuesta: - Promotores: 15 años y 1 día (pres. mayor en su grado máximo)

- Integrantes: 5 años (pres. menor en su grado máximo)

Rebajada en un grado: - Promotores: 10 años y un día a 15 años (pres. mayor en su grado medio)

-Integrantes: 541 días a 3 años (pres. menor en su grado medio)

Rebajada en dos grados: - Promotores: 5 años y un día a 10 años (pres. mayor en su grado mín.)

- Integrantes: 61 a 540 días (pres. menor en su grado mínimo)

Delito: Estragos e incendio (art. 2 n°1 y art. 3°)

Marco de pena: presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (art. 475 CP), aumentada en uno, dos o tres grados

Pena Impuesta: 15 años y 1 día (presidio mayor en su grado máximo)

Rebajada en un grado: 10 años y un día a 15 años (pres. mayor en su grado medio)

Rebajada en dos grados: 5 años y un día a 10 años (pres. mayor en su grado mín.)

Delito: Envío de efectos explosivos (Art. 2 n°1 y art. 3°)

Marco de pena: presidio mayor en su grado mínimo (art. 403 bis CP) aumentado en uno, dos o tres grados.

Pena impuesta: 10 años y 1 día a 15 años, (pres. mayor en su grado medio)

Rebajada en un grado: 5 años y 1 día a 10 años (pres.mayor en su grado mínimo)

Rebajada en dos grados: 3 años y 1 día a 5 años (pres.menor en su grado máximo)

Delito: Colocación, lanzamiento o disparo de bombas y aparatos explosivos (art. 2 n°4 y 3).

Marco de pena: presidio mayor en cualquiera de sus grados (art. 3 LCT)

Pena impuesta: 5 años y 1 día a 10 años (pres. mayor en su grado mínimo)

Rebajada en un grado: 3 años y 1 día a 5 años (pres. menor en su grado máximo)

Rebajada en dos grados: 541 días a 3 años (pres. menor en su grado medio).

Pocos han sido los ejemplos que nos han bastado para darnos cuenta que, al menos en el caso español, el privilegio para los “arrepentidos” es inmenso. Piénsese por ejemplo en el caso de las asociaciones ilícitas en que la pena puede llegar a anularse por completo si el juez decide rebajarla en dos grados. Lo mismo ocurre en algunos delitos de daños materiales cuando éstos han sido perpetrados por sujetos que no tienen relación con bandas armadas u organizaciones terroristas (art. 577). En el caso chileno, el exceso en la atenuación punitiva no es tan notorio como en el caso español, sin embargo, en algunos supuestos la reducción de la pena es suficiente como para moligerar la privación de libertad un buen número de años.

El breve examen comparativo realizado no puede bastar para afirmar de manera tajante que la figura del “terrorista arrepentido” ha sido diseñada para proteger a los “agentes encubiertos”. Es una realidad que las llamadas “guerras sucias” contra el terrorismo son estrategias diseñadas de tal manera que no pueden concebirse sin la existencia de esta clase de sujetos. Y es también una realidad que el Estado, a su vez, busca los mecanismos para proporcionar el debido amparo a quienes, aún actuando contra la legalidad, asumen la “defensa” del orden constitucional. De allí que, al menos sí puede afirmarse que, en esta “lucha contra el terrorismo a toda costa”, la figura del terrorista arrepentido se convierte en un factor criminógeno favorable a la utilización, por parte del Estado, de procedimientos y métodos que se apartan de los principios que impone el Estado de derecho.

2.4. Medidas alternativas a la “atenuación punitiva por colaboración con la justicia”.

La doctrina se ha esforzado en encontrar vías alternativas tendentes a posibilitar una coherencia entre la necesidad de una respuesta eficaz a la delincuencia terrorista y los principios que inspiran el derecho penal español.

a.- La disociación silenciosa.

GARCÍA RIVAS⁴⁹⁷, tomando como base la legislación italiana, ha estimado que la “disociación silenciosa” resulta ser un mecanismo que no supondría distorsión alguna con los principios del Estado democrático de derecho. Dicha figura supone la consagración de la impunidad, mediando la simple disociación de las organizaciones terroristas, para los culpables de los delitos de asociación ilícita, así como para algunos delitos menores conexos. En opinión del autor con ello se reforzaría el principio de la necesidad de pena y contribuiría a desterrar los criterios inspirados en el simple retribucionismo.

Esta institución, como se ha señalado antes, cobró vigencia en Italia a través de la ley de 18 de febrero de 1987, y su aplicación estuvo atravesada por una gran polémica en relación al alcance que debía darse al concepto de disociación que se contenía en el art. 1º. El problema, consiste en la forma en que debe manifestarse externamente el abandono de la organización, dificultad de la que no estuvo exenta la legislación española bajo la vigencia del art. 57 bis b), que hacía procedente la atenuación con el abandono voluntario de la actividad delictiva y la presentación ante la autoridad confesando los hechos en los cuales hubiere participado, supuesto que podía ser considerado separadamente de la colaboración activa con la autoridad en las investigaciones.

La disociación silenciosa ha sido pues, un instituto que en alguna medida ha sido aplicado ya en la ley penal española, y también fue objeto de críticas, principalmente debido a la falta de concreción por parte del legislador acerca de la manera a través de la cual debía exteriorizarse este abandono, que en todo caso, no era una declaración pública de retractación (como en la ley italiana de 1987), falta de concreción que al menos se encontraba en disonancia

⁴⁹⁷ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 112.

con el *principio de legalidad*. Por otra parte se discutía- y se sigue discutiendo-. El carácter “voluntario” del mismo ya que si bien es cierto puede que se inspire en un verdadero arrepentimiento del sujeto, no es menos cierto que también puede obedecer a otros móviles: necesidad de obtener a toda costa el beneficio, la traición para con sus ex compañeros.

GARCÍA RIVAS tiene razón cuando argumenta que la fuerza de un Estado democrático puede manifestarse en una adecuada utilización de la pena, esto es, atendiendo a aquel principio básico que ordena que se debe renunciar a la pena resultante de un delito en todos aquellos casos en que la misma deje de ser necesaria⁴⁹⁸. Pero si lo que en último término se persigue es que el sujeto pase de un sistema de valores de carácter criminal a otro que no lo es, no parece que la disociación silenciosa pueda ser manifestación de dicho cambio. Como señala FERRACUTI⁴⁹⁹: “la disociación puede evidenciar el reconocimiento de la derrota, la convicción realista de la imposibilidad de llevar a cabo el grandioso proyecto revolucionario, de que los asesinatos y el terror alejan a las masas sin lograr destruir el establishment”. Puede tratarse, consiguientemente “de una manifestación de realismo político y no de un cambio moral”.

La verdad es que, sin desconocer los esfuerzos por encontrar una vía alternativa a la del sistema atenuatorio, la disociación silenciosa no deja de ser un instituto subordinado a las exigencias de la emergencia penal, con todas las valoraciones negativas que esto lleva consigo: el peligro para valores tan fundamentales como lo son el *principio de igualdad*, porque establece un tratamiento diferenciado para un mismo tipo de delincuentes, y la *seguridad jurídica*⁵⁰⁰, porque se rompe la relación necesaria entre delito y pena, quedando subordinada esta última ya no a la producción de un hecho delictivo, sino a una conducta posterior.

b. Posibilidades de aplicación de las normas de derecho penal común.

Considerando las objeciones que nos merece la figura jurídica prevista en el art. 579.3 CP, cabe preguntarse, al igual que lo hemos hecho para el caso de la legislación chilena, si es posible prescindir de una norma de esta naturaleza y aplicar las normas generales del derecho penal.

Se ha indicado que el art. 579.3 del CP vino a limitar los efectos que se contenían en la anterior regulación, eliminando la posibilidad de remisión total de la pena. Con ello sus efectos se limitan tan solo a una atenuación de la pena. Hemos señalado asimismo que esta atenuación especial, extraordinaria, o como quiera llamársele, es posible de encuadrar dentro del concepto material de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En este sentido, y en opinión de CARBONELL MATEU⁵⁰¹, cabe preguntarse si la aplicación de las atenuantes previstas en los numerales 4 y 5 del art. 21 CP, si se les considerara muy cualificadas, o concurrieran conjuntamente, y de acuerdo con el art. 66.4 CP, no cumpliría el mismo objetivo que sustantivo penalmente se persigue con el art. 579.3. Desarrollemos esta opinión:

El art. 21 CP señala que son circunstancias atenuantes, entre otras:

4ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades,

5ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

⁴⁹⁸ GARCÍA RIVAS, N. 1984, p. 112.

⁴⁹⁹ FERRACUTI, F. 1986, p. 308.

⁵⁰⁰ LAMARCA, C. 1985, p.349, PÉREZ CEPEDA, 1995, p. 28, FERNÁNDEZ PALMA, 1995, PP. 929-930.

⁵⁰¹ CARBONELL MATEU, 1996 a), p. 807.

El art. 66 CP, por su parte, indica las reglas a seguir en la aplicación de la pena, disponiendo en la regla 4ª : “cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias”.

De acuerdo al tenor literal del art.21, es perfectamente plausible pensar que la circunstancia 4ª vendría a reemplazar la exigencia de presentación ante la autoridad y confesión de los hechos en los cuales hubiere participado, máxime si, como ha señalado la doctrina⁵⁰², al mismo tiempo puede ser considerado como una manifestación o forma de exteriorización del abandono de la actividad delictiva. La circunstancia 5ª no vendría a reemplazar ninguna otra exigencia del legislador, por lo que a estos efectos resulta innecesaria. Pensamos que la opinión de CARBONELL mas bien parecía estar referida a la posibilidad de aplicar las normas comunes en lugar del art. 57 bis b) del CP 1973, uno de cuyos presupuestos consistía en evitar o disminuir sustancialmente una situación de peligro, o impedir la producción de un resultado dañoso.

Llegados a este punto, corresponde dilucidar si se cumple el tercer requisito exigido por el legislador en el art. 579.3 CP, relativo a la colaboración activa para impedir la producción del delito y la coadyuvación eficaz en la obtención de pruebas decisivas, puede ser reemplazado de alguna manera, o si por el contrario fuese conveniente prescindir del mismo.

No existe dentro de las atenuantes genéricas ninguna que se le parezca, y en este sentido cabe hacer un llamado de atención en orden al carácter “especialísimo” de la figura que se comenta. Recordemos que ella está establecida solo para delitos más graves: terrorismo (art. 579.3) y tráfico de drogas (art. 376). Así las cosas, podría objetarse que la existencia de este requisito es necesaria desde el punto de vista político criminal, puesto que el art. 579.3 es un precepto al servicio de la lucha contra el terrorismo, y en concreto “al servicio de la instrucción que permita la averiguación y evitamiento de acciones delictivas así como la averiguación de los culpables”⁵⁰³.

Por las razones que se han expuesto latamente no parece que este requisito sea coherente con el ordenamiento jurídico que debe imperar en un sistema democrático puesto que: a) vulnera el *principio de seguridad jurídica* ya que la respuesta penal no queda subordinada al hecho delictivo en sí, sino a comportamientos posteriores del sujeto, con lo que se rompe la tradicional relación entre delito y pena, b) es contrario al *principio de igualdad* pues hace posible una discriminación entre una misma categoría de delincuentes ya que solo los que posean mayores conocimientos acerca de la estructura orgánica podrán resultar beneficiados, c) se encuentra en disonancia con el *principio de legalidad* puesto que se advierte una falta de concreción en las conductas de colaboración activa y de coadyuvación eficaz, lo que indudablemente influirá, transformado en discrecionalidad al momento de la aplicación de la norma (es el Juez quien administra este poder de gracia), y d) encubre un premio a la Delación.

Desde el punto de vista del efecto, la atenuación en uno o dos grados de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, la aplicación de la atenuante 4ª del art. 21 CP, considerada como muy cualificada, en nada se diferencia con el que se prevé en el art. 579.3.

c. Alternativas en materia de reinserción social.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, en lugar de la aplicación de figuras premiales como la que supone el art. 579.3 y en su día los arts. 174 bis c) y el art. 57 bis b) CP 1973, ha preferido

⁵⁰² En este sentido se ha pronunciado gran parte de la doctrina. Véase por todos, LAMARCA, C. 1985, p. 335 y FERNÁNDEZ PALMA, R. 1995, p. 922.

⁵⁰³ CARBONELL MATEU, 1996 a), p.808.

optar por otros mecanismos que, sin desatender los criterios de necesidad de pena, “no afecten a la determinación de la medida de la culpabilidad por el hecho en un sentido estricto”⁵⁰⁴, sino que “operen en el marco de la individualización judicial a través del perdón judicial, la dispensa de la pena, su sustitución o...el despliegue de las correspondientes medidas de gracia”⁵⁰⁵. Nos encontramos pues, en una situación distinta, y que atiende solo al caso de los que ya han sido condenados por delitos de terrorismo. Se trata de encontrar una alternativa que posibilite la reinserción social de dichos sujetos.

Inspirada en estas consideraciones PÉREZ CEPEDA⁵⁰⁶ ha realizado una propuesta en torno a la cual ya nos hemos referido en la Segunda Parte de esta investigación⁵⁰⁷, y a la que hemos manifestado nuestra adhesión, con ciertos matices. En concreto la propuesta puede resumirse en:

Primero, la exigencia del compromiso por parte del sujeto de abandono total de las armas. *Segundo*, dejar sin efecto la política de dispersión en materia penitenciaria, acercándoles a las cárceles de sus lugares de origen. *Tercero*, distinción entre sujetos que hubieren cometido delitos en los que no se hubieren visto afectados bienes jurídicos fundamentales tales como la vida e integridad física, y sujetos que hubieren cometido delitos en los cuales dichos bienes jurídicos sí hubieren sido afectados. *Cuarto*, en el caso de los primeros, conocidos en el lenguaje coloquial “prisioneros por delitos de no sangre” (preferimos esta denominación y no la de delitos de conciencia), el otorgamiento de indultos particulares a objeto de remitir las penas o conmutarlas por otras menos graves. En el caso de los segundos, conocidos coloquialmente como “prisioneros por delitos de sangre”, se haría necesaria una revisión judicial de las sentencias en orden a eliminar la cualificación de delitos de terrorismo para que cumplan la pena correspondiente al delito común que correspondiere, lo que traería como consecuencia una rebaja de las penas.

Es necesario recalcar a estos efectos que tanto los “indultos generales” como la “amnistía” son armas políticas en manos del Estado⁵⁰⁸. Recuérdese la utilización que de ellas se han hecho tanto en España como en Chile. De manera tal que, de acuerdo a los criterios que se siguen en esta investigación, sería, a lo menos peligroso optar nuevamente por estos mecanismos. Ana PÉREZ opta, de un lado por el indulto “particular” es decir, una medida individualizada cuyo otorgamiento corresponde al Poder Ejecutivo que ha sido utilizada en muchas ocasiones para enmendar errores judiciales o atenuar penas. En este sentido no puede desconocerse la ventaja que ella implica. Y de otro lado por una eliminación de la cualificación de delitos de terrorismo en ciertos casos, criterio acerca del cual si bien participamos, estimamos difícil de producirse en la realidad.

Nuestras consideraciones son las siguientes:

Primero, si entendemos que el problema del terrorismo se debe dar ante todo en el plano de la negociación política, en principio, no es problemático que sea el ius puniendi estatal, a través del Poder Ejecutivo quien tenga la facultad de otorgar los indultos. Hay quienes, como MIR PUIG⁵⁰⁹, estiman que esta facultad debe quedar reservada solo al Parlamento, y otros como DE LA CUESTA ARZAMENDI⁵¹⁰, optan por una fórmula ecléctica: si bien corresponde

⁵⁰⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 581.

⁵⁰⁵ Ídem.

⁵⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana. “*Reinserción de terroristas*”, ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000.

⁵⁰⁷ Supra Cap. III, III, 2.e. *El indulto y la amnistía*.

⁵⁰⁸ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, 1996, P. 421.

⁵⁰⁹ MIR PUIG, S. 1996, p.770.

⁵¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, p. 591.

al Gobierno valorar la conveniencia o inconveniencia de la concesión del indulto bajo criterios objetivos, ofreciendo una mayor seguridad a los posibles beneficiarios, "para evitar reticencias por parte de los llamados a aplicarlo podría resultar aconsejable su adecuada regulación través de una Ley aprobada por el Parlamento".

Compartimos la opinión de MIR PUIG, ya que permite compatibilizar la finalidad político criminal del indulto con el principio de separación de poderes. Si criminológicamente se hace necesaria una discusión ideológica en el seno de una sociedad para solucionar el problema del terrorismo, tendría que ser el Parlamento el que valorara la conveniencia o inconveniencia política de esta medida, ya que es él quien tiene la misión de representar a los distintos sectores sociales. Por tanto, nos encontramos ante la primera desventaja que conllevaría la vía del indulto particular

Segundo, para que el sujeto pueda acogerse al indulto, es necesaria la renuncia pública a la utilización de la vía armada como método de acción política y su adaptación al sistema democrático, exigencia similar a la que se contiene en la ley italiana de 18 de febrero de 1987, recién criticada, y que en España, ni siquiera en los casos de la "disociación silenciosa", o del "abandono voluntario de la actividad delictiva", se ha planteado tan abiertamente. Esto, por una parte, podría implicar una disonancia con principios fundamentales en el Estado democrático, cual es el pluralismo ideológico, y por otra parte, no da garantía de una intención real de reinsertarse a la sociedad. El sujeto puede haber sido motivado ya por el riesgo de enfrentarse a una dura pena de cárcel, por un acto de traición para con sus ex compañeros, o por mero oportunismo político. Por otra parte, la "publicidad" de la declaración de abandono de la vía armada, de ruptura con la organización, entraña un peligro potencial para la integridad del sujeto que desea acogerse al beneficio (Caso "Yoyes"). En este sentido, podría matizarse la aplicación del indulto particular, prescindiendo de la publicidad de la declaración, y exigiendo, por una parte, la ruptura con la organización, y por la otra, la renuncia a la utilización de métodos de acción política que vulneren los derechos fundamentales de las personas.

Tercero, los indultos particulares están reservados, en la propuesta que se ha hecho solo para quienes no estén directamente vinculados a hechos de sangre⁵¹¹, lo que si bien es cierto podría explicarse desde los criterios del "merecimiento de pena" (para delitos de sangre) y "necesidad de pena" (innecesaria para otro tipo de delitos y por tanto es posible la remisión de la misma o su conmutación por una menos grave), no parece ser una solución real en materia de reinserción toda vez que las mayores condenas de prisión son precisamente aquellas relativas a "delitos de sangre". Máxime cuando en el art. 206 del RP se vacía de contenido el principio de voluntariedad en el tratamiento de reinserción social al exigir la colaboración activa del condenado en las actividades, pues implícitamente se le coacciona a optar por el mismo.

Y es aquí donde la propuesta admite ciertos matices porque, aceptado que sea que los indultos particulares no procederían por delitos de sangre, parece ser que la solución se encontraría en lo que se propone: eliminar en estos casos la cualificación por delitos de terrorismo, condenándoles por los respectivos delitos comunes, con lo cual la disminución de la sanción se haría evidente. Solución ideal para conseguir una real solución, pero en la que pueden observarse al menos dos inconvenientes:

El primero de ellos, y quizás el más importante excede al campo penal y político criminal y entra de lleno en el plano político: eliminar la cualificación de delitos de terrorismo implicaría para el Gobierno reconocer que se trata de delitos políticos. Y parece difícil que la autoridad esté dispuesta a realizar tal concesión. En nuestra opinión, la responsabilidad recae en la autoridad política, la que no tendría por qué oponerse a una medida de esta naturaleza si su intención es dar una *solución real* en el ámbito de reinserción, al problema de la violencia en el País Vasco.

⁵¹¹ PÉREZ CEPEDA, 1995, p. 28.

El segundo inconveniente atiende al plano jurídico, eliminar la cualificación por delitos de terrorismo en los casos de los delitos de sangre, implica el contrasentido de considerar que los delitos que no son de sangre tienen la cualificación de terroristas, y los de sangre, la cualificación de infracciones comunes. El indulto no afecta la existencia del delito sino tan solo a la pena, de manera tal que a en los casos en los que se hubiere concedido un indulto particular, delitos que no son de sangre, nos encontraríamos con delitos de terrorismo en los cuales solo se ha otorgado la remisión de la pena o su conmutación por una menos grave, y en los delitos de sangre, con sujetos que han cometido delitos comunes por los cuales deberán responder.

Estamos conscientes de que la realidad política pone no solo a las autoridades políticas, sino también al jurista en una posición en la que se hace urgente encontrar una solución, y en este sentido no parece inadecuada la propuesta que realiza la Dra. PÉREZ CEPEDA, en orden a eliminar en los casos de delitos de sangre, la cualificación por delitos de terrorismo, previa revisión judicial de las sentencias, además del resto de las consideraciones que ella misma plantea. En defecto de esta opción, debería buscarse otra vía que permitiera rebajar las penas sin eliminar la cualificación de delitos de terrorismo, y quizás ella pudiese encontrarse en lo siguiente:

El indulto es una manifestación del llamado derecho de gracia cuyo efecto incide esencialmente sobre la pena, sin que afecte la existencia del delito mismo. Lo que la Constitución prohíbe en su art. 61 es la aplicación de indultos generales, esto es, aquellos que afectan a todos los sujetos de una determinada clase de delitos⁵¹². Se permite, en cambio, la aplicación de *indultos particulares*, esto es, aquellos que se refieren a personas concretas⁵¹³. En este sentido es pertinente destacar lo que la misma Dra. CEPEDA nos revela: “la aceptación de indultos particulares aparece justificada porque permite que el riguroso cumplimiento de las fórmulas legales no dé lugar a resultados injustos, ya que, por razones de equidad y político criminales puede ser útil tomar en consideración las circunstancias personales en el caso concreto”⁵¹⁴. Por otra parte, permitiría compatibilizar “criterios de justicia con intereses políticos coyunturales del Estado”, lo que siempre y en todo caso no puede dar lugar a la utilización arbitraria de la medida.

Esto significa que dentro de los sujetos condenados por una determinada clase de delitos, en este caso, delitos de terrorismo, *cada uno* tendrá sus propias circunstancias, las cuales deben ser valoradas por la autoridad, sea el Poder Ejecutivo (*lege data*) o el Parlamento (*lege ferenda*), para determinar la *conveniencia o inconveniencia* en el otorgamiento de la medida. En esta valoración debe tenerse en consideración al menos dos elementos: la gravedad del delito y las posibilidades de reinserción social.

Es en este punto donde entra a jugar *la distinción* entre delitos en los cuales se hubieren afectado bienes jurídicos fundamentales como la vida o integridad de las personas (*delitos de sangre*) y aquellos en los que tales bienes no se hubieren visto afectados (*delitos de no sangre*). Supuesto que el indulto puede conducir a la remisión total o parcial de la pena o a su conmutación por una menos grave, el efecto en cada caso “particular” será distinto: Para los que hubieren cometido *delitos de sangre* el indulto solo podría conducir a *la conmutación de la pena por una menos grave*. En los “delitos de no sangre” el indulto podría producir, o bien la remisión total o parcial de la pena, o bien la conmutación por una menos grave.

Pensamos que de esta manera podría resolverse el difícil problema, ante todo político que implicaría eliminar la cualificación de delitos de terrorismo en los delitos de sangre, solución que ya hemos dicho *nos parece la adecuada*, pero que estimamos casi imposible de

512 MIR PUIG, 1996, p.772.

513 MIR PUIG, 1996, p.772.

514 PÉREZ CEPEDA, 1995, p. 28.

concretarse en la realidad, considerando que la máxima que hoy en día prevalece en las autoridades gubernamentales y judiciales es la del combate del terrorismo a toda costa. Podría objetársenos que en realidad estamos “disfrazando” la aplicación de un indulto general para los condenados por delitos de terrorismo, instituto que el ordenamiento español actualmente prohíbe. Volvemos a insistir: se trata de aplicar indultos particulares, medidas individualizadas, que pueden proceder de una solicitud del Tribunal Sentenciador (art. 4.3 CP) y del Juez de Vigilancia durante la ejecución de la pena (beneficio penitenciario del art. 257 RP).

Estamos conscientes de que no es una propuesta acabada, y por ende, no tiene la pretensión, en caso alguno, de constituirse con un carácter de *lege ferenda*, sino simplemente de señalar grosso modo cuáles son las vías que estimamos podrían ser una alternativa en materia de reinserción social, dentro de lo que el ordenamiento penal español permite.

VI. CONCLUSIONES:

COMPARACIÓN ENTRE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LA LEY 18.314 SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS EN CHILE.

De acuerdo al examen que hemos realizado, por separado, de las legislaciones chilena y española en materia de terrorismo, podemos concluir que:

1.- En su mayoría los delitos previstos en la ley 18.314 chilena y en el CP español, son delitos comunes tipificados en los respectivos Códigos Penales de ambos ordenamientos jurídicos. La distinción radica en que, mientras en la legislación chilena, los elementos que determinan la cualificación como delitos de terrorismo se basan en un criterio que opta por considerar al terrorismo como un método de acción criminal, susceptible de ser utilizado por cualquier tipo de organización; en la legislación española es la organización la que cualifica la violencia, constituyendo además de un delito autónomo (art. 515.2 CP) un elemento de lo injusto en los delitos de terrorismo (arts. 571 y ss. CP).

2.- La legislación chilena prescinde del elemento político para la cualificación terrorista de los delitos, la legislación española, correctamente, sí lo reconoce. Esto va a incidir en el contenido del Tipo subjetivo de cada uno de los tipos penales. Si bien es cierto, además del dolo genérico en todos los delitos analizados, se requiere la presencia de elementos subjetivos específicos, que consideramos elementos de tendencia interna intensificada, el contenido de dichos elementos difiere en la legislación chilena y española. En la ley penal chilena dichos elementos dicen relación con objetivos o finalidades relativos al temor o alarma pública que pudieren causar los delitos de terrorismo, y con la imposición de una determinada voluntad a la autoridad. En la ley penal española dicen relación con lo que se considera la finalidad propia del terrorismo: el propósito de subvertir el orden constitucional democrático, añadiéndose además, y alternativamente la finalidad de alterar gravemente la paz pública.

En todos los casos, tanto la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población o de imponer una voluntad a la autoridad (art. 1° ley 18.314), como la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, son elementos que dotan a la acción de un sentido subjetivo especial, razón por la cual hemos considerado que se trata de elementos de tendencia interna intensificada.

3.- Las diferencias a que se ha hecho mención nos han conducido a la necesidad de clasificar los tipos penales, para efectos de su análisis, considerando en el caso de la legislación española, aquellos delitos que son cometidos por sujetos relacionados con bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas, y aquellos delitos realizados al margen de las citadas organizaciones. Luego de esta distinción, la más importante, sin duda, pudo establecerse un

parámetro común en la clasificación de los tipos penales contemplados en la legislación chilena y española, esta vez atendiendo al bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado:

- a) Delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad, la libertad y/o salud de las personas (Art. 2 n°1 y n°3 en relación art. 1° Ley 18.314 chilena). Art. 572 2. del CP español.
- b) Delitos de daño material y/o peligro personal: Art.2 n°1, 2 y 4 en relación art. 1° de la ley 18.314 chilena. Art. 571 del CP español.
- c) Asociación ilícita terrorista: tipificada en el art. 2 n°5 n relación con art. 1° de la Ley 18.314 (Chile). Art. 515.2 del CP español.

En la legislación española se hizo necesario además establecer otras clasificaciones relativas a delitos que la ley 18.314 chilena no contempla, tal fue el caso de los Delitos de peligro a la seguridad pública (art.573), la cláusula residual del art. 574, los tipos de autónoma colaboración con banda armada (arts. 575 y 576), delitos comunes realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 577), y delitos de apología y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578). En cuanto a las *disposiciones comunes*, existe una similitud en cuanto tanto en la ley 18.314 y el CP español existe un adelantamiento de las barreras de protección penal desde que se sancionan expresamente actos preparatorios tales como la conspiración y la proposición para delinquir (art. 7 ley 18.314 y art. 578 del CP español). Asimismo se contempla la inhabilitación absoluta como penas accesorias (art. 9 CPRCH y art. 579.2 CP español).

A continuación realizaremos una comparación entre algunas de las figuras penales contempladas en ambos ordenamientos, que presentan diferencias sustanciales en cuanto a su tipificación, además de las ya señaladas en relación al elemento estructural y la finalidad perseguida por los autores. Por su indudable trascendencia en relación con el resto de los tipos penales, especialmente en el CP español, comenzaremos por la asociación ilícita.

a) Asociación ilícita terrorista.

Mientras en la ley 18.314 chilena, la asociación ilícita terrorista se encuentra tipificada autónomamente como delito específico en el art. 2 n°5, en el CP español, la asociación ilícita terrorista además de constituir un delito autónomo es un elemento de lo injusto en la mayoría de los tipos penales de terrorismo (exceptuando delitos de arts. 577 y 578). En ambos casos se comparten criterios comunes en cuanto a los elementos que deben conformar el concepto de asociación ilícita: una pluralidad de personas que se estructuran conforme a criterios de jerarquía, obediencia y compartimentación, cuyo objetivo es cometer delitos y que se encuentran orientadas por determinadas finalidades, que son las que integran los elementos subjetivos del tipo a que nos hemos referido. Quizás la distinción más tajante es que, mientras en la ley 18.314 cualquier asociación ilícita puede ser calificada como terrorista, sea ella política o no, en el CP español, la asociación ilícita terrorista debe tener un claro objetivo político.

Por esta razón, los tipos penales de asociación ilícita en la legislación chilena y española difieren esencialmente en el Tipo Subjetivo, no por la presencia de un dolo genérico, el cual es común en ambos tipos penales: el conocimiento de la ilicitud de la conducta y la voluntad asociativa, ese querer realizar la conducta ilícita, sino por los elementos subjetivos específicos requeridos por los tipos y su cualificación al interior de los respectivos injustos típicos. La ley 18.314 chilena señala que para que la asociación ilícita pueda ser calificada como terrorista requiere que la acción esté orientada por el propósito de atemorizar a la población (art. 1 n°1 LCT) o la imposición de una determinada voluntad a la autoridad (art. 1 n°2). Son elementos subjetivos específicos que, técnicamente se encuadran dentro de lo que se conoce como elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, y que son los elementos que se

requieren en todos los tipos penales de terrorismo que describe el art. 2 de la ley 18.314. La asociación ilícita terrorista está tipificada dentro de los delitos de terrorismo.

Esta situación no ocurre en el CP español ya que la asociación ilícita no se encuentra tipificada en la sección destinada a los delitos de terrorismo, lo que trae como consecuencia que los elementos subjetivos específicos de los tipos penales de terrorismo, relativos a la finalidad (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública) no son exigidos para la configuración típica del delito de asociación ilícita del art. 515.2 del CP. No pueden, por tanto, considerarse en este tipo penal específico, como elementos de tendencia interna intensificada, ya que el legislador se limita a señalar que son asociaciones ilícitas “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” debiendo considerarse el vocablo “terroristas” como un elemento descriptivo del tipo que describe el art. 515.2 CP, cuya referencia normativa se encuentra en el art. 571 del CP con el que se inicia la sección destinada a los delitos de terrorismo.

En cuanto a la penalidad aplicable, tanto en la legislación chilena como en la española se establece un tratamiento diferenciado para quienes ejercen funciones de dirección en la asociación ilícita. Para ellos existe una pena mayor que la señalada para los simples integrantes, lo que se encuentra en directa relación con el carácter ejemplarizante y retributivo de los criterios político criminales que se siguen en materia de terrorismo. La sanción en el caso de la legislación chilena es la de presidio mayor en cualesquiera de sus grados, aumentada en dos grados, esto es una pena mínima de quince años y un día de presidio y la máxima de presidio perpetuo (art. 293 CP en relación art. 3 de la ley 18.314). En la legislación española la sanción es la de prisión de ocho a catorce años (art. 516.1 CP). En ello la legislación española aventaja a la chilena en cuanto al respeto de los criterios propios de un derecho penal mínimo y de garantías.

En relación a la sanción establecida para los integrantes de dichas asociaciones, en la ley chilena la pena es la de presidio menor en su grado medio, aumentada en un grado, esto es, una pena mínima de tres años y un día y una máxima de cinco años (art. 294 CP en relación art. 3 de la ley 18.314). En la legislación española la sanción es la de seis a doce años de prisión (art. 516.2 CP). En este caso es la legislación chilena la que aventaja a la española desde que establece una sanción menor.

En ambas legislaciones, para el caso de los integrantes, no se requiere la calidad de miembro activo en la asociación ilícita, pudiendo sancionarse a sujetos cuya participación en el delito ha sido meramente la de complicidad o encubrimiento en el delito de terrorismo concreto cometido (p.ej. secuestro). Esto ocurre en la legislación chilena por expresa disposición del art. 3 de la LCT que hace aplicable el art. 294 del CP que, sanciona del mismo modo que a los integrantes a “los que a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios o instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión”. Incluso puede llegar a sancionarse como integrante al mero “simpatizante”, situación que ocurre en la legislación española desde que el CP no hace referencia alguna al carácter de la intervención en la asociación ilícita (salvo para sancionar con mayor pena a los jefes, directores o promotores).

Así las cosas, el ámbito de punibilidad puede llegar a extenderse hacia quienes no ejercen ninguna actividad concreta en las diversas estructuras de base de la organización. Se excluyen, en todo caso, los actos de mero apoyo moral a los postulados de la asociación ilícita terrorista.

b) Delitos de lesión personal.

b.1. Homicidio.

La distinción entre el homicidio terrorista de la LCT chilena y el CP español radica, como en todos los delitos de terrorismo, en el Tipo Objetivo y en el Tipo Subjetivo. En el tipo objetivo porque la ley chilena no requiere la organización como elemento de lo injusto, salvo el caso del art. 577 del CP español, en el que tampoco se requiere dicho elemento. En el Tipo Subjetivo porque los elementos subjetivos específicos no reconocen la finalidad política, como sí lo hace el CP español. Sin embargo, la distinción que en estas conclusiones queremos destacar proviene de la diversa tipificación de los distintos tipos de homicidio en el derecho penal común de ambas legislaciones, y las consecuencias que en materia de penalidad se derivan para las figuras cualificadas de terrorismo.

En la legislación chilena el asesinato no existe como figura autónoma, sino como figura cualificada del tipo básico de homicidio en el art. 391 n°s 1 y 2 del CP, denominada por esta razón “homicidio calificado”. En el CP español, el asesinato sí existe como tipo autónomo en el art. 139 del CP, destacando expresamente que quien matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias que enumera dicho precepto, será castigado “como reo de asesinato”. Por otra parte en la legislación chilena existen los delitos de parricidio y uxoricidio, sancionados en el art. 390 del CP, y que técnicamente se corresponden con figuras cualificadas del homicidio, pero cuya tipificación es autónoma. En la legislación española el delito de parricidio (art. 405 CP 1973) desapareció con la reforma de la LO 10/1995 de 23 de noviembre que promulgó el Código Penal de 1995, en aras a la necesidad de coherencia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, lo que llevó a la desaparición de algunas figuras penales, todo ello según se señala en la Exposición de Motivos de dicha LO.

Realizamos esta comparación puesto que en la tipificación del homicidio terrorista, el legislador chileno, correctamente, valora las diversas hipótesis delictivas remitiéndose expresamente en el art. 2 n°1 de la LCT a los delitos de los arts. 390 y 391 del CP, tanto en cuanto a los elementos que conforman la conducta, como para el establecimiento de las penas aplicables (art. 3 LCT). Por tanto, la pena es distinta según la hipótesis de que se trate. En cambio, el legislador español no distingue, ni para la tipificación de las conductas, ni para el establecimiento de la sanción aplicable, entre las diversas hipótesis delictivas probables (homicidio, asesinato). En todo caso, la pena aplicable puede llegar hasta presidio perpetuo.

Si bien la legislación española aventaja a la chilena en cuanto a la desaparición de la figura penal del parricidio, en concordancia con el principio de intervención mínima, no la aventaja en la manera a través de la cual se penaliza el delito de homicidio terrorista ya que, al no distinguir entre homicidio y asesinato, la sanción siempre será la misma (20 a 30 años de prisión), lo que constituye una infracción a los principios de proporcionalidad e igualdad.

A pesar de esta constatación, es justo destacar que, por una parte, el límite máximo de la pena para el homicidio terrorista en la legislación española, es de treinta años de prisión, y no presidio perpetuo como en la de la ley chilena. Por otra parte, en la legislación española existe un límite máximo en el cumplimiento efectivo de las penas, 30 años de prisión, límite que no existe en la ley penal en Chile, siendo en este aspecto el CP español infinitamente más coherente con los criterios que impregnan el moderno derecho penal. Ello no obsta, en todo caso, a las consideraciones que puedan realizarse en orden a lo inadecuado que resulta, criminológicamente, el establecimiento de largas penas de privación de libertad. Treinta años de prisión por un homicidio terrorista nos parecen más que suficientes, incluso exacerbado ya que está demostrado, como ha señalado GIMBERNAT⁵¹⁵, que un internamiento superior a los quince años causa al penado “irremediable e inconstitucionalmente, ‘daños irreversibles en su personalidad, conduciéndole a ‘su destrucción como ser social’”.

⁵¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. “Prólogo a la segunda edición”, en *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, 3ª edición, Tecnos, 1997, p.30.

b.2. Delitos de lesión personal en contra del Jefe de Estado y otras autoridades.

Estas figuras se encuentran consagradas como un delito de terrorismo específico en el art. 2 n°3 de la LCT chilena, a diferencia del CP español que consagra tipos cualificados de los delitos contemplados en el art. 572.1. El art. 572.2 del CP español establece una agravación de la pena cuando los delitos de lesión personal reseñados en el numeral 1 de dicha disposición, se realizaren en contra de ciertos sujetos pasivos especiales.

El reconocimiento de la finalidad política en los delitos de terrorismo en el CP español tiene una ventaja no solo desde el punto de vista político criminal, puesto que ello priva a los delitos de terrorismo del beneficio propio de los delitos políticos, sino además en cuanto a la técnica legislativa. De entrada, en la legislación chilena, se hizo necesario contemplar una norma expresa en la Constitución que privara al terrorismo del privilegio de la delincuencia política. Por el art. 9 de la CPRCH se señala claramente que estos delitos se reputarán siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales.

Luego la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, al no dar relevancia al elemento político en los delitos de terrorismo se ve obligada a tipificar como tales, los delitos de lesión personal en contra del Jefe de Estado u otras autoridades (sujetos pasivos especiales), sólo cuando la conducta se ejecuta “en razón de los cargos” que las autoridades desempeñen. Solo así puede respetarse el principio de igualdad ya que, lo que se privilegia es la función, y no la persona de la autoridad. De encontrarnos en este último caso habría que concluir que la vida e integridad corporal de dichas personas es más valiosa que la del resto, con la consiguiente infracción al principio mencionado. La exigencia de cometer los delitos “en razón de los cargos” permite, por otra parte, distinguir correctamente entre una auténtica conducta de terrorismo y un delito común. Nos preguntamos si esta exigencia en el aspecto cognitivo del dolo (actúo porque sé quien es X y el cargo que desempeña) significa un reconocimiento implícito a la finalidad política en el terrorismo.

b.3. Secuestro.

En la ley penal chilena los delitos contra la libertad perpetrados por particulares se encuentran contenidos en los arts. 141 y ss. del CP que comienza por tipificar el delito de secuestro (art. 141 CP) que a su vez contiene varias hipótesis delictivas a su vez cualificadas. La sanción se agrava, de acuerdo a lo señalado en el precepto, cuando el secuestro fuere ejecutado con determinadas finalidades (obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones), o cuando se realiza por más de quince días, o si del mismo resultare un daño grave en la persona del ofendido. El art. 142 tipifica la sustracción de menores y el art. 143 CP la “aprehensión” de una persona para presentarla a la autoridad, cometida por un particular y fuera de los casos permitidos por la ley.

La detención ilegal perpetrada por funcionarios públicos se contempla como un tipo penal autónomo y privilegiado en los arts. 148 y 149 del CP, en un párrafo distinto al anterior (párrafo 4 del Libro II Título II del CP: De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”). La sanción en estos casos es notoriamente inferior a la contemplada en los arts. 141, 142 y 143 del CP (delitos contra la libertad cometidos por particulares). El CP español, a diferencia del CP chileno, tipifica las detenciones ilegales en un mismo capítulo denominado “De las detenciones ilegales y secuestros” (Libro II, Título VI: Delitos contra la libertad del Libro II, capítulo Primero), tipificando la conducta cometida por particulares en los arts. 163 a 166 CP, y la realizada por funcionarios públicos en el art. 167 CP.

Esta distinción resulta de vital importancia al momento de la incriminación penal de dichas conductas en cuanto delitos de terrorismo. Mientras la ley 18.314 chilena se limita a considerar delitos de terrorismo solo el secuestro y la sustracción de menores (arts. 141 y 142), el C.P. español tiene un campo de aplicación mucho más amplio ya que cualifica como delitos

de terrorismo a “las detenciones ilegales” en general. En esto, el CP español parece adecuarse más al principio de igualdad ante la ley ya que, en una adecuada interpretación de la remisión normativa que efectúa el art. 572.3 CP, cabe concluir que las detenciones ilegales, sean cometidas por funcionarios públicos, sea por particulares, son susceptibles de ser calificadas como delitos de terrorismo.

Siguiendo estos parámetros y cobijándonos en el necesario respeto al principio de igualdad estimamos que, en la ley 18.314 chilena, no puede excluirse a los funcionarios públicos como eventuales sujetos activos de los delitos contra la libertad, siempre y cuando, por respeto esta vez al principio de legalidad, su conducta encuadre dentro de los tipos penales descritos en los arts. 141 y 142 relativos al secuestro y la sustracción de menores. Esto es lo que de *lege data* puede inferirse.

En nuestra opinión, no hay razón jurídica que permita excluir la conducta descrita en el art. 148 del CP como conducta susceptible de ser calificada como delito de terrorismo. El funcionario público que ilegal y arbitrariamente detuviere a otra persona puede y debe ser castigado como autor de un delito de terrorismo si su acción estuviere orientada por cualesquiera de las finalidades contenidas en el art. 1 de la ley 18.314. Es perfectamente posible, y así lo han demostrado las conductas que sociológicamente pueden denominarse como terrorismo de Estado, que un funcionario público con el objeto de amedrentar o atemorizar a un sector de la población, generalmente de la disidencia política violenta, detenga ilegal y arbitrariamente a uno de sus adeptos. También podría darse la situación en que para obtener una determinada decisión a la autoridad, detenga ilegalmente a personas. Imaginemos que un sector de los militares detiene ilegalmente a miembros de una agrupación de derechos humanos, a objeto de presionar al gobierno de turno para que resuelva favorablemente en los juicios que existen en contra de determinadas personalidades políticas de la dictadura militar.

Estimamos que esto resulta de vital importancia puesto que, como es público y notorio, el terrorismo de Estado es el más peligroso y difícil de detectar, precisamente porque sus actuaciones se realizan bajo un manto de impunidad que proporciona el aparato estatal.

c) Delitos de daño material y/o peligro personal.

c.1. Estragos e incendios.

Dichas figuras se encuentran tipificadas en el Art.2 n°1, 2 y 4 en relación art. 1° de la ley 18.314 chilena, y en el art. 571 del CP español. La diferencia entre ambos, además de las ya sabidas relativas al elemento estructural u organizativo y la finalidad política, exigida en la ley penal española, va mas allá y dice relación con el bien jurídico protegido que resulta inmediatamente afectado, lo que trae consecuencias a la hora de esclarecer la naturaleza jurídica de tales delitos.

El art. 2 n°1 de la ley 18.314 para la incriminación terrorista se remite a los delitos de estragos e incendio de los arts.474, 475,476 y 480, ubicados en el Título IX del Libro II del CP dentro de los “delitos contra la propiedad”. El art. 571 del CP español se remite normativamente a los arts. 346 y 351 ubicados en el Título XVII del Libro II del CP relativos a los “Delitos contra la seguridad colectiva”. Esto determinará que, para la configuración típica, en el primer caso (ley chilena) baste con la conducta de daños materiales que describe el legislador, respectivamente al referirse a los estragos o incendios, mientras que, en el CP español, además de dichos daños materiales, se exige- correctamente.- que su comisión implique un riesgo o peligro para las personas. Cuando no existe este riesgo, recuérdese que en virtud de la modificación efectuada por la LO 7/2000, los hechos se castigarán como delito de daños del art. 266 CP.

De allí que, en la legislación española, los incendios y estragos, tanto en su forma de delitos comunes como de delitos de terrorismo puedan clasificarse como delitos de peligro, específicamente peligro concreto. En cambio, en la legislación penal chilena el peligro o riesgo para las personas no es exigido bastando para la configuración del delito de terrorismo con la ejecución de la conducta materialmente dañosa y la presencia de la “finalidad terrorista”. Solo en algunos casos el incendio puede ser considerado como un delito cualificado por el resultado (arts. 474, 475 n°1 y 476 n°1 CP en relación art. 2 n°1 LCT), resultado que puede ser ya de lesión a bienes personalísimos (vida, integridad corporal: art. 474) o de peligro para dichos bienes (arts. 475 n°1 y 476 n°1 CP). En los estragos, en cambio, no se exige en ninguna de sus hipótesis, el riesgo para las personas.

c.2. Delitos relacionados con armas, sustancias o aparatos explosivos.

La ley 18.314 chilena no tipifica como delito de terrorismo el depósito y tenencia de armas, sustancias o aparatos explosivos, figura que aparece como delito específico en una ley penal especial (Ley 17.798 sobre Control de Armas y explosivos). Sí lo tipifica, en cambio, el art. 573 del CP español.

La ley 18.314 se limita en el art. 2 n°4 a incriminar como delito de terrorismo el “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo” cuando reunieren cualesquiera de las características reseñadas en el art. 1° de la LCT. Esta figura se asemeja en su Tipo Objetivo al delito descrito en el art. 573 del CP español que sanciona además de la tenencia y posesión, “la mera colocación o empleo de tales sustancias (explosivas, inflamables, incendiarias o asfixiantes) o de los medios o artificios adecuados”.

En ambos casos se describe un delito de acción ya que la conducta se constituye por la “colocación” de tales sustancias. La diferencia, a pesar de esta similitud, dice relación no solo en cuanto a la exigencia en el CP español de la relación con una organización terrorista (salvo el caso del art. 577 CP), y en el reconocimiento de la finalidad política, sino en cuanto al objeto material mismo en ambos tipos penales. Nótese que en la ley chilena se omite expresamente en su objeto material “las partes y piezas, o sustancias empleadas para fabricar artefactos explosivos”. En la legislación española se tipifica también como delito de terrorismo, la mera colocación o empleo de objetos similares a los descritos.

De allí que, en este punto en concreto, la ley penal en España relativa al terrorismo sea más severa puesto que, su ámbito de punibilidad no solo alcanza a los delitos de tenencia y depósito de armas y explosivos, que en Chile se rigen por otra ley especial (Ley 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos), sino que alcanza también a la mera colocación o empleo de artificios que aún no forman un aparato explosivo.

Por otra parte, la ley 18.314 chilena contempla algunos delitos cuya tipificación no se encuentra en el CP español, así por ejemplo, el envío de efectos explosivos (art. 2 n°1 LCT en relación con art. 403 bis CP) y el apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte público (art. 2 n°2 LCT). A pesar de que en este aspecto la ley penal chilena parece extender su ámbito de punibilidad, más allá de lo que prevé el CP español, hay que recordar que en este último se contiene una cláusula residual (art. 574 CP) en virtud de la cual “cualquier otra infracción cometida con las finalidades del art. 571”, esto es, delito o falta, puede ser incriminada a título de terrorismo, aplicándosele la pena correspondiente a dicho delito o falta, en su mitad superior.

En ello puede advertirse que la ley penal en Chile aventaja al CP español en cuanto al debido respeto al principio de legalidad y tipicidad en materia penal. No cualquier delito puede ser cualificado como delito de terrorismo, sino solo los que expresamente se señalan en la ley 18.314.

d) Actos de colaboración con asociaciones ilícitas terroristas.

Una de las figuras que mayores objeciones plantea en la el CP español es el relativo a los tipos autónomos de colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Se tipifican así, los delitos contra el patrimonio (art. 575 CP), y el delito de colaboración con banda armada (art. 576 CP). Tales figuras no existen en la ley 18.314 chilena.

d.1. Delitos contra el patrimonio.

La exclusión de estos delitos en la ley 18.314 se debe, a nuestro entender, a que los lineamientos político criminales que inspiran al legislador chileno son radicalmente distintos a los del legislador español: la organización no es considerada como el elemento de vital importancia en el terrorismo. La historia de la ley demuestra que para el legislador chileno, el terrorismo es un “método” de acción criminal, y que lo que existe son “organizaciones” que pueden utilizarlo, más ellas no son el punto nuclear en la definición jurídica de terrorismo. Por estas razones, quienes cometen delitos contra el patrimonio con el fin de allegarlos a una asociación ilícita terrorista, cometen delitos comunes, por regla general, robos con violencia. En esto la jurisprudencia ha sido unánime. Estimamos correcta la posición del legislador chileno en orden a excluir los delitos contra el patrimonio del campo de aplicación de la LCT, pero no por la razón antes dicha, ya que, a nuestro entender, la organización es un requisito sine quan non en lo injusto penal de los tipos de terrorismo. Nuestras razones atienden a dos puntos en concreto:

Primero, el bien jurídico individual que resulta inmediatamente afectado en los delitos de terrorismo, en el caso de los delitos contra el patrimonio, no es otro que la propiedad. Dicho bien jurídico debe, en nuestra opinión, quedar excluido del campo de aplicación del terrorismo ya que para que pueda estimarse al menos la existencia de un peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo del que es titular la sociedad toda, la tipificación debe circunscribirse a delitos que atentan contra bienes jurídicos fundamentales: la vida, la integridad física, la libertad y la salud. *Segundo*, porque los delitos contra el patrimonio no tiene por objeto directo o finalidad inmediata la alteración del ordenamiento constitucional democrático, sino que constituyen un “medio” de financiamiento de la estructura, de la asociación ilícita, a partir de la cual se cometen auténticos delitos de terrorismo, dentro del marco de su estrategia política.

Por ejemplo, los sujetos que roban un banco (caso frecuente en el terrorismo insurgente), o que crean sociedades con fondos privados y estatales (caso del terrorismo de Estado), tiene por objeto mantener en el tiempo la asociación ilícita. En el primer caso, directamente a través de la entrega de los fondos provenientes del botín, en el segundo caso, para encubrir el financiamiento a un grupo antiterrorista destinado a reprimir al terrorismo insurgente. Y a su vez, el mantenimiento económico de la organización tiene por objeto perpetuarla en el tiempo para dar curso a su estrategia política, cuya táctica consiste en la comisión de auténticos delitos de terrorismo: homicidios, asesinatos, secuestros, etc.

En cualquier caso, si bien es cierto en la legislación española la cuestión se ha resuelto a través de la tipificación autónoma, y en la legislación chilena a través del castigo por el delito común cometido, atendiendo a los razonamientos anteriores, estimamos que la pena a aplicar en estos casos, cuando logra probarse la relación con la asociación ilícita, debe regirse por las normas del concurso medial de delitos: art. 75 CP chileno y art. 77 CP español.

d.2. Delito de colaboración con banda armada.

Por razones de política criminal, el legislador español ha tipificado como delito autónomo los actos de colaboración con banda armada, que en general se corresponden con actos preparatorios y en algunos casos se confunden con formas de participación en los concretos delitos cometidos. La ley 18.314 chilena castiga la colaboración conforme a las reglas generales de la participación criminal.

Es necesario, empero, destacar que durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley 19.027 hubo intentos de tipificar la colaboración con asociaciones ilícitas con una norma prácticamente idéntica a la que actualmente se contempla en el art. 576.2 del CP español, a propuesta de la bancada de la DC⁵¹⁶. Ignoramos las razones exactas que tuvo el legislador para dejar sin efecto esta proposición⁵¹⁷, pero consideramos acertada la decisión toda vez que la penalización de los actos de colaboración implica una grave alteración de las reglas generales del derecho penal. A estos efectos, enumeraremos cuales son los problemas que se advierten en la legislación penal de España.

Primero, se sancionan bajo un mismo título conductas cuyo desvalor de acción y de resultado difiere esencialmente. De acuerdo a los términos de la incriminación en el art. 576 del CP se sancionan de la misma y agravada forma, tanto la conducta de quien “lleva a cabo” un acto de colaboración, como la del que meramente lo “facilita” o “recaba”. *Segundo*, la largueza con que el legislador español utiliza el pronombre indeterminado “cualquier” para sancionar los actos de colaboración puede llevar a sancionar la mera adhesión ideológica a los postulados de una organización terrorista. Claro está que en materia penal la interpretación siempre ha de ser restrictiva, de manera tal que, como ha señalado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, lo que debe sancionarse es la colaboración que se traduce en actos materiales pero desligada de un acto delictivo concreto.

Tercero, el delito de colaboración con banda armada se concibe como un delito de mera actividad, porque no se requiere que la asociación ilícita efectivamente resulte beneficiada con la conducta. Es asimismo un delito de peligro abstracto, figura que en el derecho penal moderno ha sido cuestionada por su desconexión con el principio de lesividad. *Cuarto*, designar una cláusula genérica como hace el legislador en virtud de la cual se sanciona “cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” implica el establecimiento de un tipo penal abierto contrario al principio de tipicidad, y de paso convertir al terrorismo en un verdadero “cajón de sastre” al extenderse el ámbito de punibilidad.

Y *Quinto*; la tipificación de la colaboración con banda armada implica un adelantamiento de la punibilidad que no resulta adecuado desde el punto de vista político criminal para solucionar el problema terrorista. Es cierto que los actos preparatorios pueden ser punibles cuando el legislador así lo ordena en ciertos casos, pero lo que no puede justificarse bajo ningún concepto es que las formas de participación en un delito concreto, o incluso conductas en las que existe una causal de justificación (p.ej. la mediación en la detención ilegal y secuestro) puedan ser tipificadas autónomamente como delitos específicos.

e) Apología del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo.

La apología es una figura de difícil delimitación en choque constante con las garantías constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a información. Su carácter polémico deriva de su utilización frecuente, por parte del legislador, para hacer frente a necesidades

⁵¹⁶ “Indicaciones formuladas al Proyecto de ley que modifica la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad”. Boletín 3-07. Indicación del diputado Sr. Bosselin, en *Historia de la ley 19.027*, 1997, pp.43 y 44.

⁵¹⁷ El Segundo informe de la CCLJ señala en su punto 8° las indicaciones rechazadas por la Comisión, dentro de las cuales aparece la realizada por el diputado Sr. Bosselin para agregar el art. 19. Cabe destacar que existe un error de concordancia toda vez que el texto del art. 19 propuesto por el diputado se refería a los actos de colaboración, y en el informe de la CCLJ el texto de este art. 19 corresponde al de otro artículo que también proponía agregar el Sr. Bosselin (art. 18) relativo a la substanciación de las causas por los delitos contemplados en la ley 18.314. Luego en su punto 9° la CCLJ se refiere a las indicaciones declaradas inadmisibles, dentro de las cuales aparece la realizada por el Sr. Bosselin para agregar el art. 20, relativo a indemnización a víctimas del terrorismo. En parte alguna se refiere a los actos de colaboración, mas ellos no se consideraron en el texto de la ley. 18.314. Véase, *Historia de la Ley 19.027...*, 1997, pp.60-63.

coyunturales de carácter político. Ha sido una constante histórica el que frente a un incremento de la actuación de organizaciones terroristas y de los grupos que les apoyan, se produzca “esta forma incompetente y poco rigurosa de legislar”⁵¹⁸ que tiende a simplificar el análisis de determinados fenómenos delictuales creyendo que su solución se reduce a fijar legalmente un marco penal abstracto excesivamente severo.

La legislación española, a diferencia de la chilena, tipifica expresamente los actos de apología del terrorismo. Cabe recordar que antiguamente esta figura se contemplaba en el texto constitucional chileno (art. 8 CPRCH), y fue derogada en los momentos en que se preparaba la transición a la democracia (Ley de reforma constitucional N°18.825, de 17 agosto 1989). La LCT no contempla disposición alguna en la que pueda sustentarse este tipo de conductas. Sí la contempla la Ley de Seguridad del Estado (N°12.927), como delito contra el orden público, castigando a “los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales” (art. 6 f).

Nótese que la figura no exige que se trate de un “ensalzamiento del crimen” en términos tales de constituir una incitación directa a cometer un delito. Tampoco se exige la “publicidad” de tales actos. La carencia de tales elementos, centrales en el concepto de apología, ponen en tela de juicio la adecuación del art. 6f) con el *principio de lesividad*. Si conforme a la descripción típica, puede llegar a sancionarse la mera exposición de ideas o doctrinas, aunque ellas propugnen la violencia, sin necesidad de que exista publicidad (apología privada), y sin necesidad de que las palabras que se profieran constituyan una incitación a cometer delitos, no puede comprenderse en qué medida se estaría lesionando o poniendo en peligro el “orden público” que es el bien jurídico protegido, según se infiere de la ubicación del art. 6f) en la LSE, como delito contra el orden público. Una conducta como la descrita, a lo sumo puede constituir un delito de opinión, cuya sanción penal es inadmisibles en un Estado de derecho.

En el CP español, la apología, como regla general, no es sancionada en cuanto tipo penal autónomo, sino que en cuanto forma de provocación. Así, para ser punible hace falta que la ley lo disponga expresamente, y que constituya una incitación directa a cometer el delito (art. 18.1 CP). La apología del terrorismo, en cambio, ha atravesado por un camino legislativo inestable. Ha sido castigada como delito autónomo en el CP 1973, derogada en cuanto tal por la LO 9/1984, introducida nuevamente en el CP por la LO 3/1989, hasta llegar al CP 1995, en el que vuelve a ser eliminada como figura autónoma. La LO 7/2000 reintrodujo la figura de apología del terrorismo, dando una nueva redacción al art. 578. Este art. 578 castiga con una misma pena a dos conductas totalmente distintas, a saber: el enaltecimiento o justificación de los actos de terrorismo, y la humillación a las víctimas del terrorismo.

En nuestra opinión, la reintroducción de la apología del terrorismo, en concreto, del delito de “enaltecimiento del terrorismo”, ha sido un desacierto legislativo, toda vez que, para cumplir con el principio de lesividad, haría falta que la conducta apologética tuviera la idoneidad suficiente como para al menos poner en peligro el bien jurídico protegido. En el caso que nos ocupa, tal bien jurídico es el ordenamiento constitucional democrático, objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo.

Como hemos podido observar, el tipo penal carece de uno de los elementos centrales en el concepto de apología, cual es que constituya una incitación directa a cometer delitos, como lo ha señalado reiteradamente tanto la jurisprudencia (TC) como la doctrina. Esto queda demostrado en la no exigencia de este requisito en el art. 578 y al señalarse expresamente en la

⁵¹⁸ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “*La apología delictiva en el nuevo código penal de 1995*”, en CPC, N°58, 1996, p.70. Similar, REBOLLO VARGAS, R. *La provocación y la apología en el nuevo código penal*, Tirant Monografías, Edit. Tirant Lo Blanch, 1997 a), pp. 106 y ss. el mismo, “*La apología y el presagio de ‘un futuro inmediato de gran sufrimiento*”, en JpD, N° 28/1997 b), p. 36,

Exposición de Motivos que tales conductas se castigarán con independencia a lo dispuesto en el art. 18 CP. Siendo así, que no es preciso que exista tal incitación directa a cometer delitos, y por ende, no hace falta que el dolo del apologeta alcance el ánimo incitador, bastando solo con el del elogio a determinados delitos, no puede verse en qué medida se estaría poniendo en peligro el ordenamiento constitucional democrático.

Por otra parte, si bien el término enaltecimiento no plantea problemas en orden a su identificación con lo que normalmente se entiende por apología (elogio, alabanza), sí lo plantea el vocablo “justificación”. Esto por que, “justificar” significa el esgrimir razones en pro de una determinada conducta. Si se está penalizando a quien aduzca con razonamientos a favor de la utilización de la violencia, mediante la comisión de delitos, pero sin que con ello se esté incitando a cometerlos, entonces estamos penalizando una mera discrepancia ideológica. El apoyo o solidaridad moral o ideológica a determinadas acciones delictivas (“justificar, aducir razones en su favor), no puede confundirse con tales acciones delictivas, ni tampoco entenderse como incitación directa a cometerlos. Cabe recordar que el TC ha declarado inconstitucionales las conductas apologéticas que no constituyan una incitación directa a cometer delitos.

Por estas razones, y las expuestas en el examen pertinente, es que estimamos conveniente la eliminación de la apología del terrorismo, como delito autónomo, ya que la sanción para aquellas conductas que exceden los límites constitucionales de la libertad de expresión, ya se encuentran previstas en el art. 18 CP. En la línea seguida en esta investigación estimamos que la apología debe ser castigada como provocación, exigiéndose la incitación directa a cometer el delito, ya que de lo contrario estaríamos ante una norma inconstitucional por transgredir el ámbito de la libertad de expresión. Si la libertad de expresión encuentra sus límites en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales, entonces cabe exigir que en la tipificación de los delitos se exija también el respeto a esos mismos límites, y que dicen relación con el principio de legalidad y seguridad jurídica. En este sentido, la eliminación del art. 578 significaría un adecuado retorno a las normas generales del CP, permitiendo cumplir con los principios de legalidad y lesividad.

La punición de los actos preparatorios obedece a la necesidad de adelantar la barrera de protección penal frente a eventuales lesiones a bienes jurídicos de la mayor importancia, como la vida. Pero ello no se resuelve incriminando autónomamente conductas que rayan con la libertad de expresión, y con el derecho a la información. El derecho penal, cuando quiere adelantar la punibilidad, cuenta con herramientas suficientes, y de hecho lo hace en la incriminación casuística, de la proposición, la conspiración y provocación a delinquir. Considerar la apología como un delito autónomo implica utilizar el derecho penal como un instrumento de manipulación política ante la carencia de otros medios más eficaces para controlar a la sociedad.

En cuanto al delito de humillación a las víctimas del terrorismo, cabe destacar que, con mayor razón que en el de “enaltecimiento del terrorismo”, nos encontramos con contradicciones a principios básicos del derecho penal. En primer lugar, el principio de igualdad, ya que implica una sobreprotección a determinada clase de ciudadanos, específicamente “víctimas del terrorismo y sus familiares”, por sobre otras víctimas. Implica considerar que el “honor” (bien jurídico protegido) de estas personas vale más que el del resto. Nótese que este delito se establece solo para los casos de terrorismo, ni siquiera para los casos de otros delitos violentos. En segundo lugar, una infracción al principio de legalidad, dada la amplitud de conductas susceptibles de ser incriminadas (tipo penal abierto). En tercer lugar, una infracción al principio de proporcionalidad, toda vez que la pena señalada para el delito es sensible mente superior a la de figuras similares contenidas en el ordenamiento penal común (injurias, calumnias).

Al igual que en el caso de la apología, estimamos que si el ordenamiento penal común ya cuenta con tipos penales susceptibles de castigar las conductas que se describen, y con más respeto a las garantías constitucionales, tales como los delitos de calumnias (art. 205 y ss.) y los

de injurias (art. 208 y ss), el tipo penal contenido en el art. 578 resulta inverosímil. El humillar a una víctima del terrorismo es moralmente reprobable, mas no criminalmente sino en la medida en que la conducta constituya un delito de injurias o calumnias, o incluso un atentado contra la integridad moral, situaciones todas ya previstas en la legislación penal común.

Por último, cabe destacar que en su última parte, el art. 578 nos revierte a arcaicos criterios de indeterminación de la pena, que resultan inaceptables en un estado de derecho ya entrados al segundo milenio.

4. La atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

Tanto en la legislación chilena como en la española la estrategia agravatoria en los delitos de terrorismo, que hemos analizado, se conjuga con una estrategia de atenuación punitiva basada en razones político criminales de carácter eminentemente utilitario, que puede a la vez combinarse con un fundamento desde los fines de la pena, con ciertas matizaciones para el caso de las modalidades de conducta que suponen la inculpación de otras personas. Parece ser, como ha señalado la doctrina, que la prevención general y especial sufren un proceso de relajación desde que el sujeto se decide a abandonar la actividad delictiva (caso de la legislación española), alterándose así la necesidad de tutela en términos tales que supongan una reducción considerable de la sanción impuesta.

Así, se establece una atenuación punitiva por el hecho de colaborar con la justicia. Técnicamente puede considerarse incluida dentro del concepto material de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en el entendido que, siendo un elemento accidental del delito no afecta ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino solo a la pena, atenuándola, por razones político criminal de índole utilitario, y de prevención general y especial.

La atenuación en ambos casos es una facultad del juez (“podrá imponer”), siendo en este punto más exigente el CP español, puesto que ordena al Tribunal “razonarlo en la sentencia”. Esto significa que el juez debe exponer los motivos que le conducen a beneficiar al sujeto con dicha atenuación, exposición de motivos que la ley 18.314 chilena no exige. En este sentido la legislación española aventaja a la legislación penal chilena ya que la obligación de explicitar el razonamiento posibilitaría un control judicial por parte de los tribunales.

La ley chilena no exige ni el abandono voluntario de la actividad delictiva⁵¹⁹, ni la presentación voluntaria ante las autoridades confesando los hechos en los cuales hubiere participado, como sí lo hace el CP español en el art. 579.3. La legislación chilena se limita a exigir, aunque sin darle este nombre, la colaboración activa para con la justicia, lo que también exige el CP español.

La concurrencia copulativa en el art. 579.3 CP español, de los requisitos de abandono voluntario de la actividad delictiva, presentación ante las autoridades y confesión de hechos propios, además de la colaboración activa en las investigaciones, da cuenta de una mayor exigencia respecto de la procedencia de este instituto, en comparación con la legislación chilena. Sin embargo, en ambos puede advertirse el carácter eminentemente utilitario desde que se exige la realización de conductas de colaboración activa, muchas de las cuales no parecen diferenciarse de lo que implica una real delación, especialmente aquella modalidad consistente en la inculpación de terceros.

Así vemos que en la ley 18.314 chilena, uno de los presupuestos de esta colaboración es el de “proporcionar antecedentes que sirvieren efectivamente para impedir o prevenir la

⁵¹⁹ Sí exigía el abandono de la actividad delictiva la ley 19.172, aunque en ella no se especificaba la voluntariedad. Como se ha señalado, la ley 19.172 ya no se encuentra vigente puesto que su duración se extendió por un periodo de cuatro años contados desde su publicación, período que culminó al 4 de noviembre de 1996.

perpetración de otros delitos terroristas, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”. Muy similar al presupuesto que contempla el art. 579.3 del CP español: “colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

Es justo destacar que, si bien en ambas legislaciones se observa que razones de conveniencia político criminal llevan a disfrazar la delación con el pomposo nombre de colaboración activa, la legislación chilena es mucho más precisa, aunque no mejor, que el CP español, por las siguientes razones:

De partida, *se especifica* claramente que los antecedentes “eficaces” para prevenir o impedir la comisión de delitos deben referirse *no al hecho* delictivo en el cual el sujeto hubiere tomado parte, *sino a cualquier otro delito de terrorismo*. Esto, como se ha señalado, permanece en una nebulosa en la redacción del art. 579.3 del CP español ya que los requisitos que se exigen para la procedencia de la atenuación no solo están referidos al delito en el cual el sujeto hubiere tomado parte, sino asimismo a toda su actividad delictiva, y a la actividad delictiva de otras personas: “...o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables...”.

Si bien es una ventaja, para el *principio de legalidad*, que se especifique esta conducta, no resulta ella acorde con otros principios básicos del derecho penal, ni siquiera con el mismo *principio de legalidad*. La consecuencia jurídica para un hecho ilícito se hace depender de un comportamiento posterior, externo y ajeno al delito que se imputa al sujeto: Se violenta la *seguridad jurídica* y además el *principio de proporcionalidad* ya que se rompe la tradicional relación entre delito y pena. Solo podrán, en la práctica, verse beneficiados, quienes poseen mayores cuotas de conocimiento al interior de una organización, con lo que se vulnera el principio de igualdad en el tratamiento para un mismo tipo de delincuentes.

En el art. 4 de la ley 18.314 chilena la “eficacia” de los antecedentes se determina en cuanto éstos sirvan a “la identificación” de los responsables de “dichos delitos”, como a “su detención o captura”. Esto no aparece claro en el art. 579.3 del CP español cuya redacción no permite esclarecer si el legislador alude a los “responsables” del delito en el cual el sujeto que colabora hubiere tomado parte, o a los responsables de la banda armada, es decir, a los responsables del delito de asociación ilícita terrorista. Al menos en la ley chilena se está diciendo claramente que se refiere a los responsables de esos “otros delitos de terrorismo”, y no a aquellos en los cuales el sujeto hubiere tomado parte. Lo que si bien aparece como una mayor especificación, no deja de constituir un equívoco por cuanto se advierte con mayor claridad que se está beneficiando la delación, constituyendo un peligro para la verdad procesal.

El ámbito de aplicación de la atenuación punitiva que establece el CP español parece ser mucho más amplio que el que establece la ley chilena, constituyendo esto una desventaja en términos de las garantías individuales. Ello porque en los supuestos de la colaboración que ha de prestarse para que proceda el beneficio, aparece mucho más claro que el verdadero objeto del legislador es el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, lo que es lógico si consideramos que el elemento estructural es un requisito sine qua non en el concepto jurídico de terrorismo que intenta proporcionar el CP español.

No obstante, como se ha señalado, resulta contradictorio que, en este punto específico, la atenuación prevista por el art. 579.3 CP no proceda tratándose del delito de asociación ilícita terrorista (art. 516.2),. recuérdese que el legislador inicia la norma señalando “en los delitos previstos en esta sección”, restringiendo así su ámbito de aplicación a los arts. 571 a 577. La atenuación de la pena para el caso del solo delito de asociación ilícita terrorista debe regirse por las disposiciones comunes sobre atenuación de responsabilidad criminal (art. 21 CP).

Al legislador chileno, de acuerdo a los términos de la legislación vigente, el art. 4 de la ley 18.314 no interesa tanto la destrucción de las organizaciones, sino la prevención de la comisión de auténticos delitos de terrorismo. Y en ello parece aventajar al CP español ya que el derecho penal del hecho impera con mayor nitidez, desde que el legislador aunque esté exigiendo que se colabore con “otros delitos de terrorismo”, está circunscribiendo los supuestos de colaboración a “hechos ilícitos”, a identificar a los responsables de “delitos de terrorismo”, sin referirse expresamente a las asociaciones ilícitas.

A este respecto, estamos conscientes de que las normas penales vigentes en cada país responden a los criterios político criminales que imperan en ellos, acordes con la realidad política particular. Es un hecho que las organizaciones armadas en España se han constituido en un factor determinante para una represión penal más severa, situación que en Chile no es posible de apreciar. Las organizaciones armadas en este último han sido prácticamente desmanteladas, como consecuencia del debilitamiento ideológico al interior de las mismas (y no por aplicación de la figura del arrepentido).

Nuestras objeciones a la figura del “terrorista arrepentido” más allá de las relativas a los valores que deben imperar en un sistema democrático, entre los cuales se encuentra la lealtad, porque como decía BECCARIA⁵²⁰, “hasta entre los malhechores se desprecia al delator”, apuntan a la inexistencia de una necesidad real de carácter político criminal que haga posible esta verdadera manipulación política que se produce con la aplicación de un sistema atenuatorio “especial”, mas benigno que en relación al derecho penal común, para con delitos en los que claramente se reconoce una finalidad política.

La excepcionalidad- y más benigna, insistimos- en el tratamiento para los delincuentes por delitos de terrorismo, lleva inserta una contradicción fundamental, incluso puede hablarse de una doble vía⁵²¹, un doble discurso por parte del legislador: de un lado, agrava las penas, de otro, les favorece premiando la delación. Y este premio a la delación implica un peligro inminente para el establecimiento de la verdad procesal: el que colabora, las mas de las veces lo hará inspirado por ese “frío cálculo”- como bien graficó FERRACUTI⁵²². de obtener los beneficios, sin medir las consecuencias que pudieren acarrear sus declaraciones, tal como ocurrió en Italia con el llamado “Caso Tortora”. Enzo Tortora fue víctima de la legislación de emergencia italiana, torturado y encarcelado sin más pruebas que las declaraciones de un “arrepentido”, desde un Tribunal, cumplió con su labor de prologar un artículo escrito por Mellini sobre el pentitismo, cuyo contenido hemos reproducido en parte en el Cap. III de esta investigación.

Y es que, además de la profunda conmoción que nos puede suscitar un caso como el de Enzo Tortora, porque fue “arrojado a una cárcel, como un delincuente, por la sola palabra de algunos criminales (sin una prueba, sin nada que fuese más allá de la maquinación perversa y de la calumnia)”, *cabría preguntarse si la legislación de emergencia no pone en jaque al Estado de Derecho y al sistema democrático mismo*. El mismo Tortora manifestaba en el prólogo antes señalado:

“He sentido, muchas veces, durante la tortura que se me ha inflingido y todavía se me está inflingiendo, la tentación de pedir perdón incluso a Pinochet, a Stalin, a Hitler: a los dictadores, en definitiva, más totalitarios y feroces. Pero, por lo menos éstos se hubiesen reído si alguno les hubiese hablado de Estado de Derecho, de Constitución Democrática. Aquí estamos bajo Pertini: sin embargo, suceden cosas que ni bajo el Fascismo, período en el que la magistratura rechazó siempre hacer estiércol de los derechos de los ciudadanos y se vieron constreñidos a instituir al menos los Tribunales

⁵²⁰BECCARIA, Cesare; *De los delitos y de las penas*, Trad. español de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, 9ª reimpresión, 1996, p. 99.

⁵²¹ GARCÍA RIVAS, 1984, p.109, VALLE MÚÑIZ, J.- FERNÁNDEZ PALMA, R. 1999, p. 1067

⁵²² FERRACUTI, F. 1986, p.308.

Especiales, hubiesen podido aparecer o presentarse, como vergüenza, digo vergüenza verdadera, y lepra de Occidente... Mientras escribo, se me dice, en un Tribunal, con oficinas en ruinas, por el escaso personal, que un millar de ciudadanos se encuentra a la espera de dos dactilógrafos (¡dos!) terminen de pasar a máquina las 'actas', las famosas 'actas' en las que cualquier aspecto, repugnante, del caso Tortora y de sus 'casos' queda ilustrado... Allí leeremos, al menos. Y veremos 'qué hay debajo'. Yo sé que debajo solo está la vergüenza, pero no es esto lo que me pesa. Seguro sólo de mi conciencia, que es limpiísima, he intentado romper los tiempos del silencio de modo 'radical'..."⁵²³.

Llegados a este punto, surge la interrogante acerca de cual es la real eficacia de la aplicación de estas “atenuaciones punitivas privilegiadas” por “colaborar con la justicia”, si con ellas, además de violentarse principios básicos en el Estado de derecho (legalidad, de igualdad, seguridad jurídica), se pone en peligro “potencialmente” a todos los ciudadanos, nadie está exento de sufrir lo que ocurrió a Tortora en Italia, manifestación más que clara de que las redes de represión por parte del Estado se extienden más allá de lo inicialmente previsto. Por otra parte, y como se ha indicado, constituye un factor criminógeno a favor de la utilización, por parte del Estado, de procedimientos reñidos con el Estado de derecho. En concreto, se fomenta la utilización de “agentes encubiertos” ya que éstos quedarían protegidos en virtud de la atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

Cabe preguntarse si en esta lucha contra el terrorismo a cualquier costo, no se está encubriendo una represión que va más allá de lo meramente delictual, sirviendo como instrumento poderoso en manos del Estado para la neutralización de la disidencia política. El problema del terrorismo, como se ha insistido en esta investigación, es de “negociación política”, y no de “eficacia policial”. Y si bien la “eficacia policial” puede servir a un objetivo concreto: desarticular a tal o cual comando terrorista, no es menos cierto que con ello el problema no disminuye. ¿Cuántas veces ha sido desarticulado el “Comando Madrid”, el “Comando Araba”, el “Comando Vizcaya?”. ¿Y cuántas veces se ha detenido a dirigentes políticos por su “presunta” vinculación con ETA, para después dejarles en libertad?. ¿Cuántas veces la eficacia policial no se ha encontrado en disonancia con la libertad de expresión a través de la prohibición de la circulación de medios de prensa (Caso Egin, Caso Ardi Beltza) porque supuestamente le “marcan” los objetivos a la organización terrorista?.

La realidad política ha demostrado que los caminos a seguir son otros. Especialmente si las organizaciones que cometen delitos de terrorismo cuentan con un importante número de población que apoya sus objetivos políticos, si bien no su accionar armado. GARCÍA RIVAS señala que “cuando una norma debe operar sobre una determinada realidad y esta se ve modificada por otras causas... una inteligente decisión del legislador sería derogarla. Si además aquella norma se muestra eficaz para instalar controles sobre sectores marginales del pensamiento político, el legislador no solo desconoce su labor sino que actúa ilegítimamente, fuera del marco de la Constitución...”

Ciertamente tiene razón, por lo que lo correcto sería encontrar otros mecanismos que permitieran beneficiar aquellos que, por la razón que sea, deciden abandonar su actividad delictiva, pero sin dar pie a que se instaure la “delación compensada”, para lo cual resulta adecuado restaurar en casos de terrorismo la vigencia de las normas comunes de derecho penal, conjugándolo con una adecuada política de reinserción social a través de las medidas de gracia.

⁵²³ MELLINI, Mauro. “Una República arrepentida: Leyes especiales y barbarización de la justicia en Italia”, en CPC, N° 57, 1995, pp. 669-709. Prólogo de Enzo Tortora, pp. 669-672. Trad. al español de Manuel Quintanar.

PRIMERA: Enfrentarnos al fenómeno terrorista para arribar a un análisis desde la perspectiva político criminal, criminológica y finalmente dogmática jurídica ha supuesto situarle en tres dimensiones: social, material e histórica. Es la tarea que se ha pretendido satisfacer en la Primera parte de esta investigación. En ella se ha intentado esbozar su dimensión social, ubicándolo como un fenómeno inserto en la realidad social y no ajeno a ella. Se ha tratado de establecer las relaciones específicas existentes entre, por una parte, el campo político, social y económico, y por la otra, el terrorismo. Esta tarea continuó siendo desarrollada en la Segunda Parte donde se examinó con mayor detenimiento la reacción social e institucional a la violencia terrorista a través de los mecanismos de control social formal de que dispone el Estado. Este control formal se ha volcado bajo la forma de legislaciones de excepción dando paso a una verdadera "cultura de la emergencia" que ha contradicho los principios del garantismo penal. Por último, en la Tercera parte se ha intentado demostrar la manera a través de la cual este tratamiento jurídico especial se inserta en los tipos penales de terrorismo, realizando un examen de cada uno de ellos a la luz de las legislaciones chilena y española.

PRIMERA PARTE. CONSIDERACIONES POLÍTICAS E HISTÓRICAS.

SEGUNDA En la dimensión social se ha observado que el *desajuste económico (desigualdad económica y social)* que se produce en el sistema capitalista de medios de producción, o economía liberal de mercado, si se prefiere, trae aparejado un *desajuste político (desigualdad en la participación política)*, cuya suma produce un *fracaso en la integración de los distintos sectores sociales*. Esto produce en su exacerbación máxima la aparición del fenómeno del terrorismo, que nos ha puesto ante la necesidad de *cuestionarnos las bases y criterios de legitimación del poder político* que se ejerce en un determinado contexto histórico. Nos encontramos con la aparición de un tipo específico de violencia que ha de tener por referente el Estado Moderno y sus sucesores, en sus versiones de Estado Social y Democrático de Derecho.

Contestando a este cuestionamiento hemos indicado que el Poder del Estado encuentra en la legalidad una fuente indirecta de su legitimidad. La legitimidad requiere del ordenamiento jurídico estatuido positivamente (legalidad) pero a la vez, la creencia por parte de los ciudadanos en este orden. Por ello es que un Estado que se ampara en el formalismo puro no puede sostenerse a largo plazo.

Es lo que ocurrió en *Chile* cuyo proceso de institucionalización autoritaria tras la promulgación de la Constitución de 1980, bajo la dictadura militar, acabó con elecciones generales que abrieron paso a la transición democrática (1989-1990). Es asimismo el caso de Perú, cuya democracia "formal" acabó con la salida de Fujimori y la asunción de un gobierno interino (2000), y en España tras la caída del régimen franquista y la llegada de la transición democrática (1976). La legalidad pura no es el criterio único de legitimidad del Estado.

La creencia en la legalidad no se produce *per se*, es preciso que ella provenga de un acuerdo racional acerca de los valores en los que se sustenta el sistema, lo que supone una discusión previa al interior de la sociedad en la que exista representación de los distintos sectores sociales. La legitimidad del Estado se vincula, por tanto, con el sistema de valores que se adopte, el que se manifiesta en la protección de determinados intereses. Mientras más amplios sean estos intereses y tiendan a la efectiva protección de la igualdad y libertad de las personas, mayores posibilidades existen de legitimación. Resulta entonces cuestionable, desde esta perspectiva, aquel sistema económico cuya escala de valores se basa en una preeminencia de las cosas por sobre las personas, y el hombre es tratado como mercancía. Ciertamente es que, para paliar estos efectos, se propone la libertad del individuo, y se asegura garantizarla, pero también es cierto que esta "libertad" ha sido entendida en nombre de la economía de mercado, y no en nombre de la dignidad humana. Lo contrario sucede en el Socialismo, en donde existe un control y sometimiento de las cosas para así lograr la libertad de las personas.

TERCERA En un sistema que se basa en la explotación, la ley cumple una función social claramente determinada: un tratamiento desigual para los sectores más acomodados y los más empobrecidos. Este tratamiento desigual que se hace desde la superestructura jurídica es lo que ha llevado al “Derecho” a constituirse en un instrumento de dominación de clase, institucionalizador de la violencia de unos sectores sobre otros. Se trata de un derecho “igual” para individuos “desiguales” que no consigue producir una igualdad real: los sectores más desposeídos carecen de los medios adecuados para satisfacer sus necesidades y acceder a una efectiva protección de sus garantías. Ello produce a la larga un fracaso en la integración social que se manifiesta en su versión más exacerbada, en la aparición de la violencia política y más tarde del terrorismo.

Patente es el caso de los grupos armados que operaron en *Chile* tras el advenimiento de la transición democrática, quienes desconocieron la institucionalidad por considerar que las condiciones económicas, políticas y sociales no habrían variado esencialmente. El caso español aparece menos claro. Si bien es cierto el fracaso de integración producido por el desajuste económico puede argumentarse para explicar la violencia de grupos en los que la ideología pertenece al campo del marxismo leninismo, no puede sostenerse como criterio único en los casos en que el factor esencial es la ideología nacionalista, que aglutina un carácter chovinista y a la vez revolucionario. Chovinista porque nace dentro de una de las zonas más ricas de España, revolucionaria porque el sentimiento de opresión que experimentó bajo el régimen franquista la sociedad vasca se extrapoló como conciencia a gran parte de la población, que en principio no se opuso a la utilización de la violencia como método de acción política. Hablamos de los tiempos de Carrero Blanco.

En el sistema socialista, si bien es cierto subsisten las desigualdades, al procurarse lentamente la eliminación de la contradicción existente entre trabajo y capital, se puede llegar a una igualdad a nivel social y económica en la que la igualdad jurídico política puede ser posible. Seguimos, por tanto, ateniéndonos al modelo socialista, a pesar de que se nos habló de una “nueva era” que comenzaba con el derrumbe de los países del Este. Las condiciones económicas, sociales y políticas no han variado esencialmente, existe pobreza, marginalidad (especialmente en Latinoamérica), y el fracaso del “socialismo real” no puede conducirnos a un abandono de los postulados que abrogan por un nuevo modelo de sociedad, más justa y participativa.

CUARTA: Las democracias de los países europeos se estructuran sobre el modelo del Estado Social o de Bienestar, que se formaliza a través del Estado social y democrático.

En el caso de *España* debe hacerse una salvedad: es cierto que se estructura como un Estado democrático, sin embargo parece haberse producido un estancamiento en el desarrollo del modelo del Estado de Bienestar ya que estructural y políticamente no ha llegado a la categoría de las sociedades del capitalismo maduro.

La idea de la crisis del Estado de Bienestar no es nueva. En ella encontramos que el Estado se organiza en una democracia en la que aparentemente el poder social se apodera del poder público, pero lo cierto es que continúan siendo los detentadores del poder económico y financiero (este último en el capitalismo maduro) los que determinan las condiciones en las que ha de desarrollarse la democracia. Esto se manifiesta en el desmedro de la participación real de los ciudadanos en la formación de la voluntad política, ya que se produce un incremento de las facultades del Poder Ejecutivo en desmedro de otros poderes.

En el caso de Latinoamérica, las necesidades de acumulación capitalista por parte de los países desarrollados han sido las que en mayor medida han determinado su modo de producción, la estructura de sus clases sociales, y la forma de sus regímenes políticos. La historia del subdesarrollo latinoamericano es parte de la historia del desarrollo del capitalismo mundial. Las ideologías acerca de la modernización occidental han llegado a estos países

ejemplificando con la superioridad de sus sistemas económicos, paralelamente han arribado también ideologías que impulsan las revoluciones sociales.

Por eso es que los modos de acción política y social latinoamericanos no pueden encuadrarse en un principio único, en su interior se albergan demasiadas ideas dispares: la modernidad de occidente que traería el desarrollo económico, la revolución social que acabaría con los regímenes capitalistas dando paso a un nuevo modelo de sociedad, la búsqueda de una identidad cultural con el objeto de hacer frente a la dominación extranjera, nacionalismos y movimientos de liberación nacional, y una constante tendencia al populismo en muchos de sus países.

Vistas estas consideraciones cabría preguntarse si la crisis de los modelos latinoamericanos, en la que se inserta como respuesta violenta el terrorismo, ha sido el producto de sus constantes golpes de Estado y sus consecuentes dictaduras militares o si en realidad ha sido el producto de las crisis económicas y financieras por las que ha debido atravesar este continente.

Patente es el caso colombiano, en donde, a pesar de existir una “democracia” hace más de cuarenta años, existe terrorismo. La identidad de Latinoamérica sufre un proceso de debilitamiento como consecuencia de esta verdadera “importación” de ideologías, de un lado, aquellos países más pobres, que carecen de los medios adecuados para impulsar una transformación política y jurídica al estilo de las democracias occidentales, van sumiéndose en la marginalidad y la pobreza, ejemplo de ello es el caso boliviano y también el peruano. De otro lado, aquellos países que cuentan con mayores recursos, instan a la reproducción de los modelos de los países industrializados del tipo europeo o norteamericano. Caso patente es el de *Chile*. Durante la década de los ochenta se importaron las ideologías norteamericanas provenientes de la Escuela de los “Chicago Boys”. A partir del proceso de transición democrática pretende adecuar su estructura y superestructura a las que ostentan las democracias occidentales. Las transformaciones políticas y jurídicas que se han venido sucediendo a lo largo de estos años así lo demuestran. No obstante, por su propia naturaleza de país tercer mundista y a pesar de contar un mayor progreso económico que el resto de los países latinoamericanos, no puede afirmarse que éste haya llegado siquiera al umbral del Estado de Bienestar.

En este contexto el Estado de Derecho se yergue como un instrumento encubierto de dominación política en manos del sistema. Hay que tener presente que la idea de Estado de Derecho es el producto de una etapa histórica determinada, en la que el dominio pertenece a la burguesía. *¿Significa esto una capitulación de los principios del Estado de Derecho?. En ningún caso.* Engels decía que no puede pretenderse “borrar de un plumazo la historia”. Gran afirmación que cobra plena validez hoy por hoy. No existen condiciones subjetivas, y las objetivas no resultan suficientes, como para plantear un vuelco (al menos en Europa) al estilo de las revoluciones de principios de siglo, única forma de sustituir ese “Estado de Derecho burgués” como ha sido denominado por algunos sectores. *Es exigencia fundamental e irrenunciable actualmente la afirmación y mantenimiento de un mínimo de certeza en la ley, como garantía para los ciudadanos, exigencia de seguridad jurídica.*

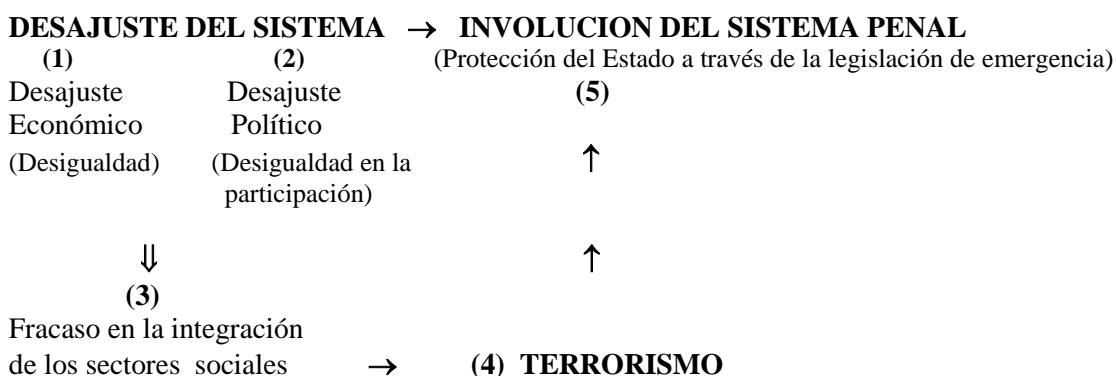
Hace falta, por tanto, rescatar estos principios, pero no de la manera en que inicialmente fueron concebidos, para proteger a una única y exclusiva clase social, sino en beneficio de aquellos sectores sociales que sufren las consecuencias de las disfunciones socioeconómicas, los empobrecidos y explotados, los marginados, aquellos que están fuera del “consenso”, a los que disienten, pacífica o violentamente. Por ello es que, lo que aquí se ha discutido no es la validez del Estado de Derecho, ni de sus principios, sino *la inadecuación de las legislaciones a ese mismo Estado de Derecho que dicen respetar.*

QUINTA: Considerando lo expuesto puede señalarse que el fundamento de la legitimidad del poder en un Estado democrático ha de proceder de un acuerdo libre entre los ciudadanos y el Estado (Pacto Social), y contar con un espacio público en el que los ciudadanos puedan autorizar o desautorizar al poder político, de manera racional y sin necesidad de acudir a la violencia como método preferente de acción política.

Los criterios fundamentales de la legitimación del Estado son: *Primero*, el respeto a los derechos del hombre y la humanidad dentro de un sistema económico que asegure su efectiva protección. Esto exige en primer lugar, transformaciones económicas, no pueden hablar con seriedad de derechos humanos los sistemas que estimulan la desigualdad económica y social. La *igualdad* es, por tanto, el primer derecho que ha de respetarse cuando de legitimar un sistema se trata pues, *sin igualdad no puede existir libertad*, siendo éste el siguiente derecho a respetar y como prerrogativa innata a todo ser humano. La manifestación de la libertad en el sistema democrático se realiza a través de la participación en la formación de la voluntad política, lo que a su vez presupone el pluralismo ideológico. Éste ha de adoptar la forma de autocrítica constante al interior del mismo, en aras a proteger la dignidad humana como valor central.

Segundo, El rescate, en el Estado de derecho, del *principio democrático*, entendido como soberanía popular, ya que es la forma de condicionar la legitimación constitucional del Poder a la participación política de los ciudadanos. En este sentido, el criterio de las mayorías, a pesar de las objeciones que pueden hacerse desde ciertos sectores políticos, sirve como fundamento de la legitimidad eficaz, siempre que vaya acompañado de una legitimidad crítica, es decir, con pleno respeto a las minorías que disienten, y abriendo los canales de participación para que los ciudadanos tengan acceso a una información veraz acerca de las diversas posiciones que se confrontan. Es el "Todo social" (mayorías y minorías) el que está legitimado para adoptar las decisiones políticas.

SEXTA El uso de la violencia por parte del Estado para regular los conflictos políticos y sociales a través del *ius puniendi*, ha de provenir de la validez y eficacia del Pacto Social. En este sentido la respuesta legislativa penal no está ajena a los procesos ideológicos de transformación de la sociedad y el Estado, lo que conducirá a su utilización- generalmente encubierta- como instrumento de manipulación política a través de las llamadas legislaciones penales de emergencia. Frecuentemente el terrorismo ha sido visto como la causa inmediata de la aparición de legislaciones penales que al interior de un sistema democrático revisten caracteres autoritarios. Si nos detenemos por un instante y analizamos la causa mediata de este autoritarismo de la ley penal, veremos que es precisamente el desajuste del sistema económico y político el que origina la involución del sistema penal, lo que gráficamente podríamos señalar de la siguiente manera:



Si bien, puede parecer que a primera vista el terrorismo ha coadyuvado a la aparición del autoritarismo en la ley penal de los sistemas democráticos, al proporcionar los argumentos "suficientes" para proceder al recorte en las garantías fundamentales, y que lateralmente se le atribuye el ser una más de las causas de la involución del sistema penal, más bien parece, ya con los precedentes sentados en las conclusiones anteriores, que la raíz del problema se encuentra en el desajuste económico y social del sistema ya que éste al proteger los intereses de los grupos en el poder, descuida deliberadamente el resto de los sectores (independientemente de los logros frutos de victorias sociales). Esta desigualdad es la que produce la involución en el sistema penal. El terrorismo como se aprecia en el esquema propuesto solo tangencialmente es causa de la involución en el sistema penal.

SÉPTIMA El terrorismo, como fenómeno histórico y social es una subespecie de otro fenómeno aún más general: la *violencia política*. Ella se origina en el marco del conflicto entre gobernantes y gobernados, adquiriendo la categoría de instrumento de coacción para alcanzar determinados objetivos. La violencia es una forma de hacer política por otros medios. Desde el punto de vista ético ella se encuentra justificada cuando no existe otro recurso para producir los cambios al interior de una sociedad. De allí que la valoración del recurso a la fuerza deba hacerse considerando el contexto histórico, social y político en el que se inserta, lo que permitirá a su vez calificarla de legítima o ilegítima.

Sin embargo, no toda violencia que en principio aparece como legítima, está exenta de transformarse en terrorismo. Puede suceder que existan condiciones objetivas que lleven a la violencia a constituirse en el único medio posible para impulsar los cambios sociales, tras agotarse otras vías. Supongamos el caso de regímenes autoritarios, en los que los canales de participación democrática se encuentran cerrados, o de una democracia en la que tales canales se encuentran abiertos pero de manera formal y no real, o una democracia en la que el Estado necesite protegerse de la violencia insurgente que se produce en su interior. ¿Es posible justificar así todo acto de violencia armada?.

Ha sido nuestra opinión la de limitar el ejercicio de la violencia al marco fijado por las Convenciones relativas al Derecho Humanitario (lo que no significa reconocer en cada caso particular la existencia de una guerra civil). De allí que cuando no se respeta este marco, la violencia deviene en ilegítima y con grandes posibilidades de transformarse en terrorismo.

Para que la violencia pueda calificarse de ilegítima se requiere, por tanto, al menos dos condiciones:

- a) Un contexto político y social en el que se encuentren abiertos de manera “real” los cauces de participación democrática, es decir, un Estado de Derecho, y
- b) La utilización de procedimientos brutales para hacer efectivo su ejercicio, procedimientos en los que se ataca frontalmente los derechos humanos no solo de determinados objetivos o “blancos” sino asimismo, potencial o efectivamente- del resto de las personas que conforman la sociedad, lo que se llaman víctimas inocentes, o personas ajenas a la lógica de guerra que se produce.

Esto último reviste la mayor importancia. Puede llegar a justificarse, desde el punto de vista ético y político (si se comparte cierta ideología), el atentado contra una autoridad o contra el más alto dirigente de una organización terrorista insurgente, porque en definitiva ellos constituyen, cada uno en su ámbito, objetivos militares. Pero lo que no puede justificarse es lo que el terrorismo denomina los “costos necesarios” de la violencia, salvo que nos encontráramos en una guerra civil abierta y situados en uno de los dos bandos. Atentar con un artefacto explosivo en plena vía pública o en un centro comercial causando numerosos muertos (terrorismo insurgente), no es un acto revolucionario, es un acto de terrorismo. Entrar a un Café disparando a numerosas personas porque se cree que en él se encuentran dos “subversivos” a los que hay que eliminar (contraterrorismo), no es un acto de defensa del orden constitucional y del Estado, es un acto de terrorismo.

OCTAVA: El primero en utilizar la violencia como instrumento de coacción es el Estado. Se trata de una violencia institucionalizada cuyo ejercicio se encuentra justificado sobre la base de la necesaria reacción frente a conductas que se oponen al ordenamiento jurídico vigente. El recurso a la fuerza por parte de un Estado “legítimo” debe hacerse siempre conforme a la legalidad, y solo cuando ella sea absolutamente necesaria, reminiscencia del carácter de última ratio del Derecho Penal. Así hemos distinguido dos tipos de violencia que puede ejercer el Estado, por una parte, la *violencia ilegal*, aquella que puede ser ejercida tanto por un poder legítimo (sistema democrático) o ilegítimo (dictaduras) pero que se ejerce faltando a la legalidad vigente. Dentro de ella hemos enmarcado el *terrorismo de Estado*, y por otra parte, la *violencia ilegítima*, esto es aquella que emana de un poder político legítimo pero que se excede en el uso de la violencia empleando todos los mecanismos institucionales para ellos, dentro de los cuales

se enmarca el maximalismo en el derecho penal a través de la excepción para los delitos de terrorismo.

El terrorismo de Estado puede conceptualizarse, por tanto, como la utilización de la violencia para dar continuidad a su proyecto político, pero por medios extralegales. Así concebido no solo puede tener lugar en gobiernos de facto, sino también, se reconozca o no, al interior de los sistemas democráticos. Su consecuencia inmediata y directa es la profunda lesión al Estado de Derecho, consecuencia que puede darse solo en el sistema democrático. Y ello por la sencilla razón de que en un régimen autoritario ni siquiera existe un verdadero Estado de Derecho.

Desde las ciencias sociales no existe problema en admitir la existencia del terrorismo de Estado en un sistema democrático, el que se presentará cada vez que el Estado utilice la violencia ilegal como complemento de las políticas gubernamentales de control social. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico formal, argumentan algunos, no puede existir el terrorismo de Estado. Aceptamos que esta afirmación es válida solo en lo que la realidad nos muestra. Ningún Estado está dispuesto a aceptar que utiliza el contraterrorismo, y tampoco a sancionar a quienes bajo su amparo lo practican, a título de terrorismo. Quienes niegan la posibilidad de la existencia del terrorismo de Estado en un sistema democrático, argumentan desde el plano jurídico positivo, basados en la utilización legítima de la fuerza por parte de las instituciones estatales (ejercicio legítimo del *ius puniendi*). Preguntamos si es posible que esta misma fuerza sea utilizada a la vez legítima e ilegítimamente. Pensamos que es un contrasentido.

Es el Estado el llamado precisamente a salvaguardar el orden constitucional, a garantizar la seguridad y tranquilidad ciudadana, y por tanto su conducta contraria a ella en casos tan específicos como lo es el contraterrorismo trae un *plus* que se añade a la conducta. Su agresión no es solo contra el ordenamiento constitucional y el Estado de Derecho, sino en contra de toda la Sociedad, porque él, como Estado, tiene la posición de garante. Con mayor razón nos encontramos ante actuaciones terroristas.

No ha sido nuestra intención el introducirnos en una discusión que además, nos parece bizantina. Lo que interesa determinar es si las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que se llevan a cabo por parte de funcionarios del Estado, con nexos oficiales (reconocidos o no), cuya finalidad es la neutralización o eliminación del "enemigo interno", atacando los derechos fundamentales, son posibles de ser inculcadas a título de terrorismo. En ello al menos hemos encontrado mayor acuerdo: sí es posible cuando se satisfacen los requisitos que cada tipo penal exige. Por ello es que, no nos es indiferente la posibilidad, que se ha aplicado en la práctica, que los funcionarios del Estado respondan jurídicamente de las conductas abusivas "a título personal", para así evitar el enjuiciamiento "político" a un determinado gobierno o una imputación institucional. Esto nos parece contradictorio con las bases del Estado Democrático..

NOVENA: Llamar terrorismo a cualquier método de acción armada, así como a cualquier movimiento insurgente llamarle guerra revolucionaria ha sido un error frecuente y en el primer caso con una intencionalidad específica: descalificar la utilización de cualquier acción de violencia política armada. Entendemos que la valoración negativa de la violencia, esto es, el terrorismo, necesariamente dice relación con los presupuestos del Estado democrático de derecho, que rechazan la utilización de aquella (violencia) ante la existencia de vías legales - formales y materiales - de participación política.

Ha sido también un error frecuente el confundir el apoyo social con que cuentan determinados sectores con la utilización legítima de la violencia. No obstante, este apoyo popular no la legitima *per se*. Si así fuera tendríamos que justificar los crímenes del nacionalsocialismo dado el apoyo del pueblo alemán a la política de exterminio de judíos que llevó a cabo Hitler. Esto no significa, que contra quienes apoyan esta violencia debamos utilizar

los mecanismos legales de represión que se asignan al terrorismo. Sería contradecir principios básicos del Estado de derecho: el pluralismo ideológico y el respeto a las minorías. El apoyo social ha sido el detonante para que muchos pueblos se liberen de sus opresores (p. ej. movimientos de liberación nacional en América Latina). A contrario sensu, si una organización carece de dicho apoyo, se produce un aislamiento social que provoca en último término, un recrudecimiento de la violencia. La organización insurgente se vuelca hacia un único objetivo: la demostración de fuerza y capacidad operativa ante la autoridad.

Ahora bien, si de un apoyo social nulo se va in crescendo, y la organización egresa de ese aislamiento social en el que se encuentra y cada vez más sectores asumen sus reivindicaciones, debemos distinguir: en los casos de regímenes autoritarios puede llegar a producirse una revolución social (caso Cuba, Nicaragua, El Salvador), y nadie puede privarle a esta violencia de su carácter legítimo. En otros casos, cuando se está en un sistema democrático, el aumento del apoyo social para una organización, en teoría, privaría de su sentido a la violencia, adquiriendo valor la utilización de los canales de participación que ofrece el sistema, siempre que su utilización se encontrare garantizada de manera *real*. Decimos “en teoría” porque no puede desconocerse la desventaja en la que estas organizaciones se encuentran, para lograr este apoyo social, cuando se ejercen contra ellos mecanismos informales de control, siendo el caso más paradigmático la manipulación de la información por parte de los medios de comunicación.

La violencia política en Latinoamérica, precisamente por su categoría tercermundista, ha sido una constante en su historia. Más allá de lo que han supuesto las manifestaciones de violencia armada en contra de regímenes autoritarios, cabe destacar que las guerrillas latinoamericanas han puesto en jaque a las incipientes democracias y generado un escepticismo en relación a los procesos constitucionales. No obstante, en ocasiones ha degenerado en actos de terrorismo cuando la correlación de fuerzas no le ha sido favorable. Esta degeneración ha sido el producto del aislamiento social en que se han encontrado lo que les hace más vulnerables para los ataques por parte del aparato del Estado, generando a su vez el contraterroismo o terrorismo de Estado. De los tres países examinados, Colombia, Perú y Chile, es este último el que presenta el menor problema.

Colombia permanece en un verdadero Estado de guerra civil, a pesar de las conversaciones entre gobierno y guerrilla. A este problema se une el del paramilitarismo, caracterizado por la crueldad de sus métodos y su violencia indiscriminada. En Perú, Sendero Luminoso continúa su estrategia de guerra popular, a pesar de existir diferencias internas tras la detención de su líder máximo, y a pesar de los acontecimientos políticos que se han sucedido. Para la guerrilla maoísta la caída del régimen de Fujimori no cambia lo que les parece inherente a la democracia peruana: su capitulación ante el imperialismo.

En el caso chileno, la violencia política fue ejercida como método de oposición a la dictadura militar, sin que pudiera ponerse en duda su legitimidad. Al advenimiento de la transición democrática, algunas organizaciones (FPMR autónomo y Mapu Lautaro) no abandonaron el recurso a la fuerza como método de acción política, como consecuencia de su desconocimiento a la institucionalidad vigente y al Estado de Derecho. Ello porque la transición sería una especie de pacto entre la burguesía y los militares, según su propia descripción. Nadie puede desconocer que el Dictador si bien dejó la jefatura de Estado, continuó siendo en un principio Comandante en Jefe del ejército, y luego Senador vitalicio, todo ello como producto de las denominadas “leyes de amarre” que dejó el gobierno militar, entre las cuales se encuentra la propia Carta Fundamental. ¿Puede llamarse tan ligeramente terrorismo a lo que realizaron estos sectores de la izquierda?. ¿Por qué si no se han alzado voces al interior del gobierno socialista señalando que la transición no puede considerarse terminada mientras no exista una nueva Constitución?.

Esta violencia - sin sentido ante una gran mayoría de la sociedad- ha ido paulatinamente disminuyendo, y parece ser que el proceso de descomposición en los sectores que "formalmente" continúan propugnando la vía armada ha sido consecuencia de un aislamiento político y social, producto de sus divisiones internas, más que de la "eficacia policial".

En Europa, la violencia política, ha amainado en los países del capitalismo maduro. En el caso de las organizaciones de izquierdas, como la RAF en Alemania, y las BR en Italia, podría decirse que ha sido una especie de derrota ideológica que seguramente tiene su fuente más directa en su creciente marginalización en relación a los conflictos sociales, y posteriormente en la caída de los países del Este. En el caso de las organizaciones de la derecha, ha sido asimismo su aislamiento social lo que ha determinado su inoperatividad. La violencia en estos países actualmente reviste connotaciones distintas. En Alemania existe violencia xenófoba (pequeños grupos neonazis). En Italia, la violencia con fines de lucro (Mafia).

En otros países, y que constituyen el paradigma en materia de terrorismo, es la violencia política separatista y nacionalista la que origina los mayores problemas y los peores atentados.

De los examinados, Francia es la que tiene los menores índices de violencia, a pesar de la existencia del FLNC (Córcega) y de Iparretarak (País vasco-francés), distanciada de ETA a raíz de conflictos internos. Son Reino Unido y España los que marcan el punto álgido en este contexto. El IRA, a pesar del Acuerdo de Stormont (1998), aprobado por el Sinn Féin, se ha negado al desarme, y algunas de sus facciones (IRA Continuidad, IRA Auténtico) han continuado la guerra contra el Estado británico, aunque la violencia se aprecia en menor escala que en años anteriores.

En *España*, ETA, se ha caracterizado por sus incontables “treguas” que son posteriormente dejadas sin efecto para continuar con la violencia armada, y a pesar del contraterrorismo al que se asistió; a pesar de la severidad de la acción judicial y policial, que en ocasiones violentan las garantías fundamentales, ella no parece resultar afectada. Ni el contraterrorismo ni la acción policial represiva terminan con la organización criminal. Su capacidad de rearticulación es infinita y esto es posible gracias a que cuentan con armas lo suficientemente poderosas como para arribar a la conclusión de que el problema del terrorismo no se resuelve ni con el terror legal ni con el ilegal.

Nos referimos a las *armas político formales* (un partido legalmente constituido y otras organizaciones de apoyo); las *armas materiales* (infraestructura necesaria para el mantenimiento de su estructura político militar) y las *armas morales* (sentimiento nacional, sustrato ideológico férreo e inquebrantable). Contando con ello no es difícil comprender esta capacidad de rearticularse tras cada golpe que se les asesta, y de responder a esos golpes a través de violencia. Nos encontramos pues ante un círculo vicioso en el que son los derechos fundamentales los que resultan afectados, de un lado se abre paso a la posibilidad de la violación "extraoficial" de los mismos (detenciones, torturas) y del otro, se fomenta el ataque a bienes jurídicos trascendentales como la vida por parte de la banda, con lo que *no se soluciona el problema real*. Puede decirse entonces que se "huye hacia el Derecho Penal".

DÉCIMA: Del examen de la violencia política y su manifestación en los países europeos y latinoamericanos comentados, pasamos a examinar el hecho normativo que regula la criminalidad política: el *Delito Político*. Él ha sido el producto de un determinado momento en la evolución histórica. Mientras en su nacimiento fue considerado un hecho ilícito extremadamente grave, después de los conflictos bélicos mundiales ha ido beneficiándose de una paulatina conversión de las formas represivas en medidas muy poco coercitivas, aún cuando ya empieza a visualizarse la aparición de una tendencia inversa, instauradora de represiones bastante drásticas, para algunas conductas que antaño fueron consideradas políticas.

Los intentos de su conceptualización, a través de las teorías objetivas, subjetivas y mixtas no han permitido aunar criterios. En definitiva, los delitos políticos serán así considerados en función de los criterios políticos de cada Estado y del régimen que en él se adopte. Resultan esenciales al concepto de delito político, además del elemento teleológico o finalidad política, sobre todo las características de temporalidad y particularidad que lo sindician

como una representación de la manifestación del comportamiento social en un Estado de la evolución de la historia de la humanidad, y al interior de regímenes autoritarios o incluso regímenes democráticos cuando la democracia reviste solo un carácter formal. Siendo, en cualquier caso, imprescindible definir esta figura para restringir la benignidad que trae consigo, especialmente en materia de extradición, parece ser que el criterio ecléctico es el más correcto, y más precisamente el que se proponía en la VI Conferencia para la Unificación del Derecho penal en Copenhague (1935), aunque no fue aceptado.

Estimamos que deben considerarse asimismo como delitos políticos los delitos conexos a ellos, esto es, los que se cometen para favorecer la ejecución de un delito político o asegurar su impunidad, pero hay un límite objetivo: *ha de respetarse los derechos humanos*, entendidos éstos como aquellos derechos positivizados y recogidos en las normas de carácter internacional que acompañados de exigencias básicas desde la fundamentación ya sea iusnaturalista, monista o dualista, reconocen el principio de la dignidad humana como eje central de su objeto. Derechos que, precisamente por ser reconocidos en normas internacionales, han sido incorporados a los ordenamientos constitucionales de los Estados, entre los cuales los más importantes parecen ser la vida y la integridad física

El elemento central de nuestra concepción del delito político es el contexto político en el que se comete: régimen autoritario, totalitario o democrático "formal". Por tanto, las conductas que atacan derechos fundamentales reconocidos universalmente tales como la vida y la integridad física en el contexto de un sistema formal y *materialmente* democrático no son delitos políticos.

DÉCIMO PRIMERA: Llegados a este punto, puede afirmarse que, el **Terrorismo**, en cuanto fenómeno histórico y social, es el fruto de la dinámica de choque constante en los procesos de cambio estructural en las sociedades, en los que se intenta mediante la utilización de la violencia ya el logro de cambios radicales, ya la mantención de un determinado sistema. En este sentido hablábamos de un carácter bipolar de la violencia terrorista: una que surge como respuesta a la dominación entre clases o sectores sociales, y una que dice relación con la mantención de la estructura de poder cuando sus bases de legitimidad aparecen cuestionadas.

A pesar de la multiformidad que éste pueda adquirir, pensamos que existen ciertas características comunes que, desde las Ciencias Sociales, nos proporcionan los elementos adecuados para aproximarnos a una definición en el plano jurídico:

Primero, el terrorismo es un delito de finalidad política, y en stricto sensu, es un delito político. La diferencia entre ambos es el contexto político y social, valga la tautología, en el que tiene lugar. Cuando hablamos de terrorismo nos encontramos en el contexto de un sistema democrático capaz de consagrar *materialmente* las vías de participación política, esto es un Estado democrático de Derecho real y no aparente. **Segundo**, la finalidad política en el terrorismo puede ser bipolar: perseguir la subversión o la mantención del orden político establecido mediante el ataque a derechos fundamentales. Por tanto engloba el ataque que realizan tanto actores estatales - con nexos oficiales reconocidos o no reconocidos - como actores provenientes de la disidencia política violenta. **Tercero**, los medios empleados para el ejercicio de la violencia, que no solo deben ser ilegales, sino capaces de afectar la vida, la integridad física y la libertad de las personas. Se trata de *imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad o a toda ella para que sobre la base del miedo adhiera a sus postulados*. De allí que consideremos como rasgo consustancial al terrorismo *su ataque frontal a los derechos humanos*. **Cuarto**, el terrorismo tiende a desarrollarse como método de acción tendencialmente exclusivo, esto es, como fruto de una estrategia adoptada por una organización con la intención de romper mediante el miedo la voluntad del contrario a través de la comisión de actos atroces y crueles que importan una violación a los derechos humanos. Importa una agresión a la sociedad, no tanto en cuanto el ataque a los "símbolos del poder" (p.ej. autoridades políticas) implique una agresión al Estado y consecuentemente a la Sociedad, sino en cuanto la sociedad es objeto de un mayor control social

por parte del Estado que intenta destruir toda posible colaboración de sectores sociales con el enemigo, abriendo legalmente "una puerta" para la infracción a las garantías fundamentales de cualquier ciudadano.

En suma, puede concluirse que el terrorismo aparece cuando en el Estado democrático de derecho un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos o políticos, empleando la violencia como estrategia de acción a través del ataque a derechos tan fundamentales como la vida, la integridad física y la libertad, derechos reconocidos y positivizados a nivel nacional e internacional, esto es derechos humanos, y teniendo los medios empleados la capacidad no solo de atacar dichas facultades en las víctimas directas de la misma, sino asimismo en otros actores sociales ajenos a la lógica del conflicto.

SEGUNDA PARTE.

TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

DÉCIMO SEGUNDA: El derecho penal, como instrumento de control social no está ajeno a los procesos ideológicos y de transformación del Estado, distribuyendo la protección penal de manera desigual conforme a la jerarquía de los intereses económicos y la desigualdad social de los individuos. En este contexto el terrorismo ha sido enfocado desde dos puntos de vista: en el ámbito criminológico, y atendida su característica de verdadera estrategia política de la que es portadora una organización criminal, se le considera y trata como una forma de criminalidad organizada. En el ámbito político criminal, un tratamiento jurídico excepcional que riñe con los principios garantistas desde que se hace primar la "eficacia" en una lucha contra el terrorismo a cualquier costo, argumentándose normalmente que peligrará la "estabilidad" democrática.

El terrorismo, se ha dicho, no es la causa directa de la involución en el sistema penal. No son las acciones terroristas las que en definitiva provocan el recorte de las libertades públicas, sino el desajuste del sistema mismo. Si la legitimidad del Estado democrático procede de un consenso racional, producto de un diálogo exento de coacciones, y si la norma penal refleja las condiciones de este diálogo, ¿Es posible argumentar que se requiere un recorte de las libertades públicas porque, ante los atentados terroristas, peligrará la estabilidad de ese Estado?. Dicho de otra manera ¿Qué incidencia real para la desestabilización del sistema democrático pueden tener los grupos terroristas?. Pensamos que ninguna. Quienes cometen actos de terrorismo pueden atacar frontalmente los derechos humanos, asesinando, lesionando, secuestrando, pueden llegar a afectar la paz ciudadana, la tranquilidad pública, o como quiera llamársele, y pueden llegar a poner en peligro, en las situaciones antijurídicas más graves, el ordenamiento constitucional, pero nadie puede sostener de manera seria que una o dos organizaciones terroristas tengan la capacidad de derrumbar el sistema democrático. A menos, claro está que se tratare de un sistema cuya legitimidad resulte cuestionada por carecer de la materialidad en las formas de participación política. Entonces ya no estamos en un sistema democrático, sino ante un sistema autoritario que se ha institucionalizado, y la violencia que se ejerce en su contra ya no es violencia ilegítima ni terrorismo, sino la de un movimiento de liberación nacional. Entonces hablamos de delitos políticos y no de delitos de terrorismo.

Esta afirmación es válida especialmente en el caso de la violencia política de izquierda que se ha producido en *Chile*. Ante la vorágine de acontecimientos políticos y en materia de derechos humanos que se han sucedido en los años de transición, difícilmente puede sostenerse que las organizaciones que han sido estigmatizadas como terroristas" puedan poner en peligro a la estabilidad democrática, y tampoco puede sostenerse que se encuentran en condiciones de "desafiar" al Estado demostrándole que ha sido incapaz de lograr su total desmantelamiento, características ambas que en la actualidad reviste el terrorismo. De allí que sea nuestro parecer lo injustificado que resulta el mantenimiento de determinados lineamientos político criminales - legislaciones especiales- que fueron diseñados para la erradicación de una situación de violencia en un determinado contexto histórico, y que actualmente distan mucho de reflejar las nuevas condiciones y transcurridos casi tres gobiernos civiles

Hasta aquí nos hemos referido a la nula posibilidad de las organizaciones insurgentes para destruir la democracia. Cosa distinta ocurre en el terrorismo de Estado, que sí está capacitado para destruir la democracia, pues al contar con la aquiescencia abierta o encubierta del Estado mismo, puede atentar mucho más eficazmente contra los derechos humanos, eliminando a la oposición política y neutralizando a un pueblo entero a través del sometimiento a un control social férreo. El terrorismo de Estado pugna pues, con la esencia misma del Estado de Derecho.

DÉCIMO TERCERA: Ha sido una opinión generalizada, errada, a nuestro entender, el confundir el terrorismo con la criminalidad organizada, basada al menos en tres argumentos: a) El terrorismo se estructura como una estrategia, un método de acción diseñado por una organización criminal. b) Cuenta con redes internacionales de apoyo entre las distintas organizaciones, y c) Se financia de manera oculta a través de otras actividades delictivas propias de la criminalidad económica. Así las legislaciones, tanto a nivel internacional como nacional han otorgado un tratamiento idéntico para todo lo que se considera crimen organizado, lo que se ha manifestado en una cooperación internacional interestatal en los procedimientos penales y policiales, y en la negativa del privilegio extraditorio para quienes cometen delitos fuera de su país de origen. No obstante, cada vez más parece ir cobrando fuerza la idea de que el terrorismo es algo distinto de esas otras formas de criminalidad, aunque ella no se ha concretado a nivel legislativo: se mantiene la aplicación de una normativa general y común para todos estos tipos de delincuencia.

Las razones que permiten afirmar que el terrorismo no es una forma de criminalidad organizada derivan todas ellas de una sola y común: la dicotomía en la finalidad *perseguida*.

Primero, las conductas de terrorismo tienen una finalidad política, ya sea que provengan de la insurgencia como del aparato estatal. En cambio, la finalidad de las conductas que integran la criminalidad organizada (narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de blancas, etc.) tiene un carácter económico. Esta distinción se acentúa más cuando del “terrorismo” de izquierda se trata (caso chileno) pues éste busca el cambio radical en la sociedad. Diríase que va en contra de los valores que impone una sociedad de consumo. En cambio el crimen organizado, al *perseguir* un fin lucrativo se erige como portador de los valores de esa sociedad de consumo manteniendo uno de sus pilares fundamentales. Patente es el caso del narcotráfico y de la criminalidad económica. Nadie puede desconocer, al menos en su interior, a quién en definitiva sustentan económicamente esas grandes redes que trafican ilícitamente la droga, o que blanquean capitales. No precisamente a los sectores sociales más desposeídos. La finalidad política es, por tanto, el elemento distintivo central y su reconocimiento permite, en el plano sustantivo penal, no transformarle en un verdadero cajón de sastre de otras conductas delictivas.

Segundo, si la finalidad política es el fin último, aquellas conductas que se realizan para financiar la estructura organizativa, delitos económicos, no son sino una manifestación mediata de esta finalidad. El fin de lucro que inmediatamente se persigue con la comisión de dichos delitos no es sino un medio para posibilitar la consecución del fin político, ya que sin estructura el terrorismo no puede desarrollarse ni llevar a cabo la táctica delictiva auténticamente terrorista (p.ej. homicidios, asesinatos, etc.) dentro de su estrategia política. En cambio, en las conductas del crimen organizado la finalidad única es el lucro.

Tercero, para conseguir la finalidad política que persigue, el terrorismo está consciente de que requiere el apoyo de importantes sectores sociales, para lo cual necesita que su mensaje sea comunicado socialmente. Al mismo tiempo ello le permite demostrar fuerza y capacidad ante la autoridad, y amedrentar a aquellos sectores que no comparten sus postulados. El terrorismo necesita y procura la publicidad de sus actos para poder destruir voluntades, sea en el Estado (terrorismo insurgente) sea en las organizaciones que actúan contra el Estado. En cambio, el crimen organizado no persigue esta publicidad, lo que reclama es el silencio y encubrimiento de sus actos.

DÉCIMO CUARTA: Siguiendo los criterios de análisis que nos proporciona la Criminología crítica, el terrorismo debe considerarse como una conducta desviada que se encuentra en interrelación estrecha con las estructuras sociales. De allí que mientras no existan cambios estructurales radicales difícilmente puede encontrarse una solución.

El terrorismo es una subespecie de la delincuencia por convicción, esto es, aquel tipo de delincuencia que pone en entredicho la legitimidad de las normas penales y actúa motivado por un convencimiento ideológico que le permite valorar “su orden normativo” con preeminencia al del derecho estatal vigente. No obstante, sus características impiden beneficiarle con los privilegios tradicionalmente concedidos los delincuentes por convicción. Si bien es cierto, el delincuente terrorista pone en entredicho la legitimidad de las normas penales y actúa motivado por un convencimiento ideológico que le permite valorar “su orden normativo” con preeminencia al del derecho estatal vigente, no puede justificarse su violencia cuando se atenta contra principios básicos del Estado de Derecho. La libertad ideológica se garantiza constitucionalmente (arts. 19n°6 CPRCH y 16 CE) teniendo como límite las conductas que se oponen a principios considerados como básicos para el mantenimiento del orden social: el principio de la dignidad humana y el principio de universalidad. El terrorismo viola estos dos principios: *Primero*, la libertad ideológica se ejerce atacando frontalmente la dignidad humana, *Segundo*, no respeta el principio de universalidad, aplican el terror pero no aceptan que el terror se aplique contra ellos. Por ello es que no es posible equiparar la valoración jurídica de las actuaciones de auténticos delincuentes por convicción (p. ej. insumisión) con la actuaciones de delincuentes de terrorismo, en términos de ofrecer una solución en el ámbito de lo injusto que se ampare en una causal de justificación.

DÉCIMO QUINTA: La respuesta político criminal al terrorismo se ha volcado en la aplicación de criterios provenientes de lo que se ha llamado “emergencia penal”, cuya manifestación por excelencia son las legislaciones de excepción, legislaciones que tienden a aparecer, por regla general, en los momentos de crisis económicas y/o sociales de los Estados, quienes optan por neutralizar a la disidencia en lugar de asumir su propia responsabilidad para resolver dicha crisis.

La legitimación de la excepcionalidad en el plano jurídico comienza a través del uso pleno de la función simbólica del derecho penal: más que dar una solución directa al problema se trata del intento por calmar a la opinión pública frente a los atentados terroristas, mostrándole que la respuesta jurídica es el producto de un legislador atento y decidido a enfrentar la criminalidad. En estas verdaderas campañas contra el terrorismo, los medios de comunicación cumplen un papel fundamental. A través de ellos se instrumentaliza y manipula a la opinión pública, haciendo en ocasiones, a aparecer el terrorismo mucho más organizado y violento de lo que realmente es, de manera tal que sea la misma ciudadanía la que exija una maximalización en la respuesta penal. Así, el derecho penal pasa a convertirse en un instrumento de manipulación política para alcanzar un consenso de mayorías, confirmar una ideología de la defensa social y legitimar determinadas medidas represivas que potencialmente afectan a todos los ciudadanos.

Paralelamente, y a nivel internacional, se ha respondido legislativamente al terrorismo desde tres ámbitos: Universal (ONU), Sectorial (OACI y OMI) y Regional (OEA y Consejo de Europa). A través de los Convenios internacionales han repercutido en las legislaciones nacionales fomentando la aparición de las legislaciones de excepción.

Tanto en los países europeos como latinoamericanos que han sido objeto de investigación, existe un tratamiento jurídico para el terrorismo que se ha convertido ya en toda una tradición: una estrategia agravatoria de las penas que se combina con una estrategia de atenuación punitiva. Ella ha mostrado, en su mayor parte, una inadecuación a los principios garantistas ya que se hace primar la Razón de Estado por sobre la razón jurídica. Con ello se

corre el riesgo de entrar en un proceso vertiginoso de fascistización, ya que lo que prevalece es la eficacia en esa lucha contra el terrorismo a toda costa, por sobre el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas. En esta estrategia el punto más álgido lo conforman las medidas adoptadas en el plano procesal penal, a través de la suspensión o limitación de garantías individuales, y las medidas adoptadas en el tratamiento penitenciario. En el ámbito sustantivo penal la consecuencia inmediata del tratamiento agravatorio, además de la severidad en las penas, es la extensión de la punibilidad hacia conductas que no son auténticamente terroristas (colaboración, terrorismo individual). La consecuencia inmediata del tratamiento atenuatorio ha sido, o bien la exclusión de la pena o su atenuación como premio a la coadyuvación con la justicia.

Así por ejemplo, en *Gran Bretaña*, la Ley de Prevención del Terrorismo de 1974 puso en entredicho el respeto a las garantías fundamentales al consagrar un procedimiento de arresto y detención carente de todo control judicial y con amplias facultades para la autoridad administrativa. A ello debe añadirse en el plano sustantivo penal la consideración de peculiares figuras delictivas como la omisión de informar a las autoridades sobre hechos relacionados con el terrorismo, y las tradicionalmente europeas conductas de colaboración y de financiamiento económico de la estructura organizativa. También la aplicación de la orden de exclusión a toda Gran Bretaña y la utilización frecuente del “Testigo de la Corona”. Alemania se ha caracterizado por la limitación al derecho a la defensa, además de la concesión a la autoridad de facultades especiales que carecen del más mínimo control jurisdiccional. En el plano sustantivo penal destacan especialmente la penalización de formas adelantadas de la punibilidad. *Italia* en su primera etapa legislativa, “de emergencia”, aumenta sobre todo las facultades a la autoridad administrativa. Posteriormente y a partir de la Ley Cossiga, comienza a producirse el fenómeno del pentitismo, instrumento que ha sido una de las armas más eficaces en manos del Estado italiano para lograr la erradicación de los actos de terrorismo. En el plano sustantivo penal destaca la consideración del terrorismo como agravante genérica de responsabilidad criminal. *Francia*, si bien es cierto no se excluye de esta tradicional forma de tratar jurídicamente el terrorismo, y contiene procedimientos que pudieren resultar cuestionables, se destaca por ser la menos severa con esta forma de criminalidad, aplicando penas menos gravosas y premiando de mejor manera al “terrorista arrepentido” (reducción de la pena a la mitad).

En *Colombia*, atendida la situación política por la que atraviesa, los criterios político criminales de la emergencia penal han determinado la consideración del terrorismo, en el ámbito sustantivo penal, desde tres perspectivas: en cuanto tipo penal específico de terrorismo, en cuanto elemento subjetivo para la calificación de ciertos tipos penales y como circunstancia de atenuación punitiva. Peculiarmente, la pena más alta no resulta de la aplicación del delito de terrorismo como nomen iurius propio (hasta veinte años), sino en el caso de la circunstancia de agravación punitiva (hasta 60 años en caso de homicidio). La estrategia de atenuación por colaboración con la justicia permite excluir la pena o disminuirla. En el ámbito procesal cabe destacar el constante recorte de las garantías fundamentales dada las frecuentes declaraciones de Estado de emergencia o de excepción constitucional. La amplitud que se otorga a la autoridad administrativa ha desencadenado en muchas ocasiones en la práctica de torturas y malos tratos. La presunción de inocencia se pone en entredicho con las normas procesales que regulan la actuación de la Fiscalía General de la Nación ya que ella tiene legalmente la facultad de decretar la privación de libertad del sujeto incluso antes de que se haya dictado acusación. Y por último, la utilización de los llamados testigos ocultos.

En el caso de *Perú* encontramos aún mayor dramatismo. Los DL 25.474 (1992) y su complementario, el DL 25.659 se caracterizan por un tratamiento agravatorio exacerbado. El DL 25.474 concentra en sí tanto al ámbito sustantivo penal, como procesal y de ejecución de la pena. En el plano sustantivo penal se distingue entre diversas formas de terrorismo, entre las cuales se encuentran figuras simples, agravadas y tipos autónomos (asociación terrorista, colaboración con la misma, incitación terrorista y apología del terrorismo). El DL 26.659 regula el “delito de traición a la patria” concebido especialmente para aumentar la sanción penal a los

líderes de organizaciones armadas. Su trascendencia es vital: permite que civiles sean arrastrados al fuero militar, permitiendo así que sean tribunales militares quienes efectúen su juzgamiento, con la consiguiente supresión de garantías. En el ámbito procesal hay que subrayar: la existencia de los jueces sin rostro, instituto que pone en tela de juicio la imparcialidad del Tribunal y se ha constituido en fuente de irregularidades; la ampliación de las facultades policiales atribuyéndoles competencias propias de la judicatura, ampliaciones en los plazos de detención hasta quince días; limitaciones en el derecho a defensa, entre otras. En cuanto al ámbito de las consecuencias jurídicas, las penas previstas para el delito de traición a la patria pueden llegar a cien años de prisión, presidio perpetuo o muerte.

DÉCIMO SEXTA: En el caso de *Chile* y *España*, y realizando un paralelo entre ambas legislaciones penales cabe destacar que, el vaivén que ha experimentado la legislación española, ese constante ir y venir entre la consideración de los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio sancionados por la ley penal especial o ley penal común, no ha sido experimentado en *Chile*, ya que desde la promulgación de la ley 18.314 en 1984, los delitos de terrorismo han sido considerados como delitos de nomen iuris propio y sujetos a una ley especial. Pese a haber sufrido en ambos países dictaduras militares que trajeron consigo una criminalización de la disidencia política, bajo el gobierno del General Pinochet, el móvil o elemento subjetivo necesario para la existencia de los delitos de terrorismo, el móvil político, solo aparecía en algunos tipos penales de la ley 18.314. En cambio, bajo el gobierno del General Franco, esta motivación era esencial para la configuración del hecho típico.

En sus inicios, el tratamiento jurídico para los delitos de terrorismo en ambas legislaciones experimenta “una vis atractiva de los delitos políticos”. Bajo el régimen franquista se produce una vis atractiva del delito de rebelión militar, y bajo los gobiernos posteriores a 1925 en *Chile* se produce una vis atractiva de los Delitos contra la seguridad interior del Estado. *España* acuña por primera vez la expresión “terrorismo” en el CP de 1944, agrupando bajo este término ciertas conductas de la Ley de Seguridad del Estado. En *Chile*, en cambio lo fue en 1932 con el DL 50 de 24 de junio, en el que no sancionaba un delito de terrorismo sino un delito político, un delito contra la seguridad interior del Estado: “la incitación a la revuelta o al terrorismo”.

Desde el punto de vista sustantivo penal, en *España* con los *Pactos de La Moncloa*, en la tipificación del delito se atendió más a la naturaleza del hecho que a la finalidad *perseguida* por sus autores. Esta tendencia fue seguida por el DL 82/78 de 28 de diciembre que adecuándose a lo dispuesto por la Constitución Política recientemente promulgada, eliminó los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio, mostrando claramente un afán despolitizador de los mismos. Así los delitos de terrorismo desaparecen y pasan a formar parte de la delincuencia común, evitándose toda referencia a la finalidad y al sujeto activo, que antes exigía el elemento organizativo. *Chile*, en cambio, tras la promulgación de la Constitución de 1980, aún bajo dictadura militar, tendió a considerar los delitos de terrorismo como delitos autónomos sujetos a una ley penal especial. Y en este sentido podemos considerar que la actual ley 18.314 va siguiendo la tendencia española de aquella época, ya que se trata de despolitizar el terrorismo atendiendo más a la naturaleza del hecho cometido que al móvil que impulsa a los sujetos a actuar, pese a que se incorporan elementos subjetivos en el tipo. Hemos visto cómo el legislador se preocupa de asignar un especial valor a los medios de comisión del delito.

Después de 1978, la ley penal española vuelve atrás, nuevamente contempla los delitos de terrorismo bajo una ley especial, Ley 11/80, cuya similitud con la ley 18.314 en *Chile* se aprecia en que en ninguna de las dos se proporciona un concepto de terrorismo. Se limitan a considerarlo un delito autónomo. Esto era más patente en *Chile* con la original ley 18.314, de 1984, que describía un verdadero catálogo de conductas terroristas, aunque también resulta válido tratándose de la ley en vigor cuya amplitud extiende peligrosamente el ámbito de punibilidad hacia otras esferas de delincuencia. También existen similitudes entre la LO 9/1984 española y la ley 18.314 chilena de 1984: en ambas se fija una pena mínima para ciertas

conductas delictivas, equiparan la pena del delito frustrado y consumado, ambas contienen normas relativas al arrepentimiento como causa de atenuación de la pena.

Con la ley 3/1988 se reincorporaron los delitos de terrorismo al CP español. A partir de aquí se produce *un divorcio* entre la ley penal española y chilena. Mientras en **España** el concepto de terrorismo se fundamenta en la existencia de una banda armada y en el reconocimiento de la finalidad política, en **Chile** se sigue atendiendo a la naturaleza del hecho y a una finalidad apolítica. Mientras la ley española tipifica conductas de colaboración, la ley chilena no lo hace, y por último, la LO 3/1988 en España intenta solucionar la alteración a las reglas comunes sobre *iter críminis*, eliminando la equiparación entre delito frustrado y consumado para efectos de su sanción, igual como lo hace la Ley 19.027 en Chile que reformó la ley 18.314.

DÉCIMO SÉPTIMA: Se advierte una similitud en las legislaciones vigentes de los países in comento, desde que este tratamiento jurídico agravatorio para las conductas de terrorismo, lo combinan con un sistema de tratamiento privilegiado para el terrorista arrepentido. En la ley penal chilena, art. 4º de la ley 18.314 y en la Ley española, art. 579 del CP.

En cuanto a la diversidad de tipos penales, cabe destacar que en ambas legislaciones, durante la época de las dictaduras militares existió el delito de apología del terrorismo. En **España** con el DL 10/1975, y en **Chile** con el art. 1º nº13 de la ley 18.314 y el art. 8º de la CPRCH. También podemos advertir que la ley chilena vigente es similar a la antigua ley española 9/1984 en cuanto exige la concurrencia de determinados medios dañosos para considerar cometido el delito: uso de armas de fuego, bombas, aparatos explosivos (art. 8º de LO 9/1984 y Art. 1º nº1 Ley 18.314 vigente).

Quizá lo más importante de esta comparación es que si bien tanto en Chile como en España se ha ampliado el ámbito de conductas delictivas a efectos de la aplicación de la ley, la ley penal chilena parece tener una amplitud mayor que la española, capaz de abarcar cualquier otra conducta delictiva, desde que no exige para la configuración del tipo la finalidad política ni la existencia de la organización criminal. En cambio, la ley penal española al hacer referencia expresamente a los delitos cometidos por una organización o banda armada terroristas, restringe el ámbito de punición de conductas de autoría, sin embargo, y como contrapartida, posibilita la punición de conductas de colaboración.

En cuanto al *iter críminis*; ambas legislaciones contemplan una alteración a las reglas generales sobre consumación y tentativa, y la sanción para actos preparatorios. La **legislación chilena** sanciona la tentativa con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado, y la conspiración para cometer delitos de terrorismo con esta misma pena, rebajada en uno o dos grados (art. 7 de Ley 18,314). El CP español sanciona la provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos de terrorismo con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda.

En cuanto a la penalidad, ambas legislaciones contemplan penas privativas de libertad para los delitos de terrorismo. La severidad de las mismas se explica por la gravedad de los bienes jurídicos que resultan afectados. La ley penal española contempla penas máximas de treinta años de prisión para el caso de los delitos más graves, y que es asimismo el límite general máximo en el cumplimiento de las mismas. Treinta años que nos parecen suficientes si atendemos a la gravedad de los hechos cometidos (p.ej. homicidio), pero que incluso pueden resultar excesivos para el favorecimiento de una política de reinserción social. En la **legislación chilena**, si bien es cierto el juez tiene un margen más amplio para la aplicación de las mismas que en relación a la ley española (el juez debe aplicar las penas que el tipo penal señala), no parece adecuarse a los criterios de un derecho penal mínimo y de garantías desde que la consecuencia jurídica al delito cometido puede llegar a presidio perpetuo e incluso muerte.

Un punto que llama la atención es el relativo a las penas accesorias. Tanto en la legislación chilena como española se consagra la inhabilitación para ejercer funciones o cargos públicos. En el caso *chileno* se encuentra consagrada incluso a nivel constitucional (art. 9) ampliando la inhabilitación, de nada menos que quince años para ejercer cargos públicos, a diversas otras actividades, entre las cuales cabe destacar la de ejercer funciones de enseñanza en establecimientos educacionales, trabajar en un medio de comunicación social difundiendo información u opinión, y ser dirigente de organizaciones políticas, gremiales, vecinales, sindicales, estudiantiles, profesionales o empresariales. A ello se suma la pérdida de la ciudadanía que acarrea la condena por delito de terrorismo, también según la propia Constitución (art. 16). Parece ser que nada se ha dejado fuera: al terrorista ya condenado se le niega todo derecho de participación política, así sea que haya cumplido íntegramente la pena privativa de libertad. Debe considerarse en este contexto que, también por disposición constitucional (art. 16 CPRCH) al no condenado por delito de terrorismo pero procesado por el mismo, se le suspende el derecho a sufragio, dando la impresión de que se presume la culpabilidad en lugar de la inocencia.

En la legislación española, la suspensión en el cargo o empleo público comienza antes de la condena. El art. 384 bis la hace aplicable para el procesado, dando la impresión de aplicar una verdadera pena que se contrapone a la presunción de inocencia. En el caso de los condenados la inhabilitación se rige por las normas comunes.

Cabe destacar lo inadecuado que resulta, a efectos de dar solución al problema del terrorismo, la aplicación de este tipo de medidas. Si la base del repudio al terrorismo es la utilización de la violencia como método de acción política, despreciando las vías democráticas de participación, no se entiende de qué manera éste puede reinsertarse a la sociedad cuando se le cierran los cauces democráticos de participación y sus derechos políticos.

Una diferencia se advierte en materia de indultos: mientras en la *ley penal chilena* aún continua en vigor la prohibición expresa de dictar indultos particulares, salvo para el caso de conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo, por disposición constitucional (art. 9 de la CPRCH) *el legislador español* ha avanzado un paso más. A partir del la Ley 56/78 se deroga la prohibición mencionada y entonces es posible dictar indultos particulares.

DÉCIMO OCTAVA: En el plano procesal, debe enfatizarse el camino similar que se ha seguido en ambos países en torno a la originaria competencia de los tribunales militares para el conocimiento de los procesos por delitos de terrorismo. Si en *España* el DL 10/ 1975 de 26 de agosto atribuía esta competencia a la justicia castrense cuando la acción se efectuare de modo “episódico o individual”, en *Chile* el antiguo art. 5 del CJM le restringía solo en cuanto “el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros o los que las leyes especiales sometían al conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares”. Con posterioridad el DL 2/76 en *España* restringió esta competencia a aquellos actos ejecutados por una “organización” de tipo militar o paramilitar, hasta la incorporación de los delitos de terrorismo a la justicia ordinaria con la creación de la Audiencia Nacional, que como se ha dicho si bien entendemos que pertenece a la jurisdicción ordinaria, reviste los caracteres de tribunal especial. *Chile*, en cambio no ha hecho este rodeo reseñado. Del antiguo art. 5 del CJM pasando por la ley 18.314 (LCT) de 1984, directamente ha suprimido esta competencia militar a través de la reforma de las *Leyes Cumplido*.

En cuanto a la suspensión de garantías, tanto la CE de 1978 como la CPRCH de 1980 consagran un régimen de garantías individuales, pero al mismo tiempo la posibilidad de que dichos derechos puedan verse suspendidos o limitados en determinados casos. La suspensión general de derechos opera en ambas legislaciones tratándose de Estados de Excepción constitucional. Art. 55.1 de la Constitución española, y art. 41 de la Constitución Chilena. La suspensión “individualizada” de derechos opera, en *España*, tratándose de casos relacionados

con la actuación de bandas armadas o grupos terroristas (art. 55.2 de CE) y en *Chile* tratándose de “conductas terroristas” (art. 19 n°7 c) y e), art. 16 CPRCH).

Es evidente que la finalidad del proceso penal en un Estado de derecho es encontrar la verdad material en la investigación de un hecho que reviste caracteres de delito, conforme a los principios y garantías que la Constitución Política consagra. Las Cartas fundamentales tanto chilena como española consagran para todos los ciudadanos el derecho a ser juzgados en un debido proceso legal. Esto significa que también en los casos en que se investiguen hechos terroristas debe cumplirse con esta norma.

La ley 56/78 en *España* estableció un régimen de medidas especiales en materia procesal y policial tendientes a dar eficacia a la investigación en los delitos de terrorismo, medidas que se tradujeron en un recorte de garantías, al igual que ocurriera más tarde en *Chile* con la promulgación de la Ley 18.314 (LCT, arts. 13, 14, 15, 17), normativa que si bien tras la modificación de las Leyes Cumplido varió en lo relativo a las facultades extraordinarias de los organismos de seguridad, se mantuvo en cuanto a la suspensión de garantías.

El plazo de detención en manos de la policía a la fecha de la ley 56/78 española tenía una duración de diez días, plazo que rige en la actualidad en la ley 18.314 chilena. No deja de resultar inexplicable el hecho de que el legislador español manifestando su interés de aplicar la ley penal ordinaria a los procesados por delitos de terrorismo, haya solo recortado el plazo de detención a cinco días con la ley 4/1988, que de igual manera es un plazo superior al común de 72 hrs. El plazo de detención en *Chile* para los casos de terrorismo continúa siendo de diez días, por sobre el común de cinco días. Las objeciones que nos merece este instituto procesal dicen relación con el objetivo último que se persigue con este plazo de detención. Carece de sentido ampliar el plazo de detención cuando la única confesión que tiene el valor de plena prueba es la que se presta ante el tribunal. Además se produce un efecto criminógenos favorable a la comisión de delitos de apremios ilegítimos y torturas en la búsqueda de una confesión de los hechos que no será ni espontánea ni prestada libre y conscientemente, faltando al derecho que asiste a todo individuo a no declarar sobre sí mismo.

Cabe acotar que el modelo legislativo chileno ha ido poco a poco adoptando el español, constituyendo en algunos casos un acierto y en otros un desacierto. El acierto se encuentra en aquellos casos que tomando como ejemplo el modelo español se tiende a la protección de derechos fundamentales. Fue lo que ocurrió con la ley de reforma penal sustantiva y formal de 1 de julio de 1998 que, modificando el CP, contempla nuevas garantías para “todo detenido”, del que no se excluyen los detenidos por delitos de terrorismo.

El régimen de incomunicación es también un elemento común en ambas legislaciones: se privilegia su carácter de instrumento adecuado para la protección de la investigación, por sobre la posibilidad de que ella sea a la vez instrumento adecuado para la violación de derechos fundamentales como la integridad física y la vida. ¿Qué queremos decir con esto?. Que al igual que el plazo de detención mayor al ordinario, la incomunicación por un plazo también mayor que el común es una puerta abierta para la práctica de mecanismos inadecuados de investigación. Si bien en la ley chilena y española el legislador pone límites, Chile 15 días, *España* 8 días (límites máximos que se deducen interpretando las normas pertinentes), observamos que en ambos casos, de aplicar una interpretación extensiva, podría llegarse a una incomunicación indefinida como hemos intentado demostrar. En tal caso forzosamente deberemos aplicar una interpretación penal restrictiva, ya que se trata de la afectación de derechos fundamentales.

A lo anterior se suma el hecho de que la *legislación española* en este punto merma el derecho a defensa ya que la incomunicación impide al detenido el contacto con su defensor, cuestión ésta que no existe en la ley chilena, ya que de acuerdo al CP, y en este punto la ley

18.314 se sujeta a la normativa común, establece que ninguna incomunicación podrá afectar el derecho del detenido a comunicarse con su abogado.

Por otra parte, las facultades que se entregan a la autoridad administrativa en materia de intervención en las comunicaciones resultan similares. Las leyes españolas 21/78 y 4/1988 son las que más nos recuerdan la actual *ley chilena* sobre conductas terroristas, ya que en ellas se conceden amplias facultades al Ministerio del Interior para la intervención de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Tratándose del registro domiciliario, tanto la LO 4/1988 *española* como la *ley 18.314 chilena* faculta a la autoridad administrativa para proceder a ejecutar esta medida, previa autorización judicial. Ello, creemos, no es suficiente garantía. La única garantía posible es la presencia física del juez. Se trata de una alteración de las reglas normales de competencia ya que la adopción de estas medidas corresponde al juez que instruye un proceso.

El peligro que esta restricción en las garantías individuales lleva consigo es que, lejos de ser medidas “individualizadas” son potencialmente aplicables a todos los ciudadanos. La suspensión de garantías tiene un carácter permanente en ambas legislaciones, y en ambos casos no opera sobre el contenido mismo de los derechos, sino sobre su garantía judicial, a diferencia de lo que ocurre en los Estados de Excepción constitucional.

Como adelantándose a las nefastas consecuencias que en materia de garantías procesales puede acarrear la aplicación de una normativa de excepción, el Estado de derecho, tanto en *Chile* como en *España* contempla ciertas protecciones que los particulares tienen frente a este ius puniendi estatal que se ejerce en un proceso penal:

1.- La prohibición de utilizar en la investigación métodos de tortura para lograr la confesión del detenido u otro tipo de información relativa a la investigación. En la *legislación chilena* esta prohibición se encuentra amparada en las siguientes normas: art. 19 n°1 de la CPRCH; arts. 255 del CP, 272 bis del CPP y 11 de la ley 18.314, y en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes: Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Convención contra la Tortura, y Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros. En la *legislación española* la prohibición se ampara en el art. 15 CE, arts. 389, III y 391, III LECrim, art. 204 bis PC, y Convenio de Nueva York de 1984, y en los tratados internacionales mencionados.

2.- En materia de prueba: Mientras en *España* rige un sistema de libre apreciación de la prueba (arts. 717 y 741 I LECrim), en *Chile* rige un sistema de prueba legal o tasada (art.456 bis CPP) que en los casos de delitos de terrorismo recurrirá muchas veces a la presunción de derecho establecida en la ley 18.314 para probar la finalidad terrorista. En ambas legislaciones se contempla la *presunción de inocencia*: En *España*, art. 24.2 CE y 6.2.CEDH y, y en *Chile*, art. 19 n°3 de CPRCH y 456 bis del CPP.

3.- En ambas legislaciones la ley establece la manera de restablecer el imperio del derecho frente a las garantías vulneradas. En *España*, la ley otorga al Tribunal Constitucional la facultad de controlar y enmendar todas las violaciones a los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos por la Constitución, a través del procedimiento de amparo. En *Chile*, la CPRCH establece los recursos de protección y amparo, y la acción de amparo o amparo preventivo (arts. 20 y 21 de CPRCH).

Con estos mecanismos se procura que el Estado de Derecho consagrado en la Constitución sea garantizado a través de un proceso penal cuyas características sean las de objetividad, justicia e imparcialidad. La autoridad gubernativa, en cuanto órgano auxiliar del Poder Judicial, y del Ministerio Fiscal (en España) ha de actuar precisamente llevando a cabo una adecuada investigación, respetando los principios del Estado de derecho, y por ello es que en todo proceso penal deben procurar respetar y cumplir la Constitución, velar por los

derechos fundamentales y libertades públicas que ella asegura como garantía para todos los ciudadanos, y al mismo tiempo investigar los delitos de manera eficaz.

Decíamos que es en el plano procesal aquel en que sin duda mayor relevancia tiene la "emergencia jurídica" para los casos de terrorismo porque es quizás en este ámbito donde más cabida se da al llamado "Derecho Penal de Policía", cuya consecuencia es una duplicación de los poderes instructorios y un doble sistema de *persecución*, el judicial y el policial, recortando en virtud de la razón del Estado las facultades al Juez. Se da entonces una inversión de valores al interior de un Estado Democrático en el que la razón jurídica se encuentra muy por debajo de la razón del Estado y quien investiga y juzga carecen de independencia frente al aparato de poder. En general, y esto valga para todas las legislaciones que se han examinado, creemos que la suspensión o limitación de derechos individuales ha de contar siempre y en todo caso con autorización judicial para adecuarse a los principios del Estado de derecho, esto es, limitar el campo de acción de la autoridad gubernativa en favor de la judicial por cuanto es ella la mejor facultada para calificar la oportunidad y eficacia de la suspensión de garantías en cada caso, y será en definitiva la que juzgue los hechos. El avance tecnológico no justifica, hoy por hoy, la ampliación de los plazos de detención hasta cinco y diez días ni la extensión de la esfera de atribuciones policiales en desmedro del registro domiciliario para la detención de sospechosos sin antes contar con autorización judicial. Solo la previa intervención del juez puede garantizar el respeto a las libertades individuales

DÉCIMO NOVENA: La fase de ejecución de la pena se caracteriza por la aplicación de un tratamiento penitenciario ad hoc caracterizado por su extrema severidad, en el que se combina un régimen cerrado de reclusión, como consecuencia de la clasificación del sujeto en primer grado (*España*) o de su calificación como "reo de alta peligrosidad" (*Chile*), con una restricción en los beneficios penitenciarios. Este tipo de medidas, particularmente en *Chile*, se aplican no solo a los condenados sino asimismo a los procesados, caso este último en el que nuevamente nos encontramos con una vulneración a la presunción de inocencia. Las llamadas cárceles de máxima seguridad pasan a formar parte del cuadro general retrotrayendo los criterios más retributivos de la pena. Llama la atención que a quienes en estos países han cometido conductas propias del terrorismo de Estado se les trate de manera desigual dejando en desventaja no solo a los prisioneros terroristas sino también a los comunes. Para ellos están cárceles construidas ex profeso y sin las restricciones que se imponen a los terroristas insurgentes (cárcel para militares en *Chile*), o la posibilidad de escoger el penal en el que deben cumplir condena (caso de *España*).

El modelo español penitenciario español ha sido importado, en parte, por la ley penal chilena. Las disposiciones contenidas tanto en el RP de 1993 como en su sucesor, el RP de 1998 (DS. 518) se asemejan a las del RP español en cuanto a la clasificación de los internos, aunque se les llama de diversa manera.

La política de dispersión se ha erigido como el soporte central en la legislación penal española, política de dispersión que ha resultado ser una de las mayores causas de conflicto y una de las primeras reivindicaciones de los presos por delitos de terrorismo. Tímidamente en Chile se intentó aplicar algo similar, en una o dos ocasiones, trasladando a presos desde la cárcel de Alta Seguridad hacia otros recintos penales. Cabe destacar a este respecto lo inadecuado que sería trasladar como paradigma el modelo penal español en circunstancias que se ha demostrado, con creces, la inadecuación de la dispersión para lograr la reinserción. Ella aísla al penado del resto de la sociedad porque le desarraiga.

Punto clave a considerar es el de la resocialización, debiendo destacarse que para que ella pueda cumplir con su misión debe ser voluntaria. La voluntariedad en el tratamiento ha sido cuestionada en cuanto el sujeto aparecería coaccionado por la obtención o no obtención de beneficios.

VIGÉSIMA: Tanto en Chile como en España las dictaduras militares se cerraron con un proceso de reforma a nivel global. Frente al cambio político al que inevitablemente se verían atraídas, hubo necesidad de reformar el derecho penal. Y así, poco antes del fin de las dictaduras, se inicia tímidamente un proceso liberalizador en el tratamiento jurídico para el terrorismo. En *España* el DL 10/1975 es sustituido por el DL 2/1976 y en *Chile* se produce la Reforma Constitucional de 1989, y se promulga la ley 18.937.

Una vez llegados los gobiernos democráticos, se procura adecuar la legislación al cambio político: en *Chile* a través de la ley 19.027 y en *España*, a través de la promulgación de la Constitución Política de 1978, los Pactos de la Moncloa y la ley 82/78. Los objetivos político criminales *perseguidos* por los legisladores en ambos países fueron similares. A la necesidad de racionalizar las penas se unía la necesidad de atribuir la competencia para su conocimiento y fallo a la justicia ordinaria, y un mayor control judicial sobre la autoridad administrativa.

La tendencia liberalizadora, destipificadora de los delitos de terrorismo, no ha sido orgánicamente coherente. Mientras que en *España*, tras los *Pactos de la Moncloa* se inició una despenalización del terrorismo, y posteriormente fue incorporado como delitos de nomen iuris propio a la ley penal común, como contrapartida se especializa su tratamiento procesal con la creación de la Audiencia Nacional, tribunal especial dentro de la jurisdicción ordinaria. En *Chile* la despenalización del terrorismo no se ha llevado a cabo, los delitos de terrorismo, al contrario que *España*, son previstos y sancionados por una ley penal especial. Y como contrapartida, al revés de lo que ocurre en *España*, su conocimiento y fallo corresponde a los tribunales ordinarios, aunque también existe un tribunal ordinario especial, Ministro en Visita.

Aún en ambas legislaciones, existe la tipificación como delitos autónomos de conductas de favorecimiento, sanción de actos preparatorios, alteraciones en las reglas del iter críminis, severas penas, suspensiones de garantías, todo lo cual nos conduce a pensar que asiste a ambas legislaciones un carácter “especial”. Si en *Chile* la especialidad en el tratamiento se llama “ley penal especial” en *España* se llama “Código Penal” y “Ley de Enjuiciamiento Criminal” que contienen una normativa similar a la de las anteriores leyes penales especiales sobre bandas armadas. Se trata de una normalización del procedimiento de urgencia. No vemos diferencia sustancial entre la “urgencia” y la “normalización de la urgencia”. Si el tratamiento jurídico para los delitos de terrorismo, es una excepción a las reglas generales, ¿De qué sirve preguntarnos si es mejor una ley penal especial o un Código Penal común para su tipificación, cuando en este último no se hace sino reproducir la excepcionalidad anterior?.

El derecho excepcional se ha constituido, por tanto, y políticamente, en uno de los soportes materiales más utilizados por los Estados democráticos especialmente cuando recién se asume un régimen político de tal naturaleza. Pero no es, qué duda cabe, la manera de enfrentar fenómenos tan complejos como lo ha sido el terrorismo. Es necesaria la defensa del Estado de derecho, pero no a cualquier precio.

VIGÉSIMO PRIMERA: Como corolario a lo examinado en la Segunda parte de esta investigación puede decirse que el terrorismo nos ha puesto ante un problema de carácter político ideológico, en el que la respuesta legislativa, judicial y policial demuestran una insuficiencia en la resolución del problema. Por tanto, la forma de enfrentar la desviación terrorista tendrá que ser a través de una discusión crítica ideológica en el seno de la sociedad, en la que se encuentre garantizada la participación de los distintos sectores sociales a través del acceso a una información de carácter científico carente de estigmatizaciones.

Estamos conscientes de que en toda discusión ideológica se encuentran “convicciones” que se basan no en razones sino en determinados intereses, lo que lleva a los sectores que se confrontan a no aceptar discusiones, porque cada uno de ellos se cree en posesión de “la verdad”, considerada ésta como valor absoluto y universal. Un síntoma del carácter ideológico

de la convicción es la reacción irracional frente al contrario, lo que se aprecia claramente en el terrorismo. Lo opuesto a la ideología no es la verdad sino la disposición al diálogo. Ahora bien, en este “diálogo” se imbrican diversos factores: intereses políticos de partidos o grupos sociales, intereses del Estado, intereses de las organizaciones terroristas. Al existir “convicciones” con su connatural carácter ideológico, y por tanto, una alta probabilidad de que no exista realmente esa “disposición” necesaria a dialogar, se produce un fracaso en la práctica de las negociaciones políticas (p. Ej. Caso español).

Diríase que la confrontación Estado- Terrorismo es como el *Ouroboros*, esa serpiente que gira y gira interminablemente mordiéndose la cola; la idea de continuidad y autogeneración, y al mismo tiempo de irracionalidad: el Estado se sirve del terrorismo de manera encubierta para no enfrentar las crisis y ejercer, al mismo tiempo el control social sobre la sociedad alcanzando sectores que no pertenecen a la criminalidad terrorista. Y el terrorismo se sirve del Estado y de esta política de control social de carácter represivo para dar justificación a su actividad delictiva. El Estado lucha contra el terrorismo a toda costa, y asesta “golpes” a las organizaciones. El terrorismo responde a esos golpes rearticulándose y recrudeciendo la violencia.

A pesar de esta constatación, no es posible abandonar la idea de la disposición a dialogar. De lo contrario tendríamos que volver a los más íntimos criterios retributivos y responder al terrorismo con sus mismas armas, cuestión que no puede darse, bajo ningún pretexto, en un Estado democrático. Es preciso promover un debate al interior de la sociedad sobre los alcances de la respuesta legislativa de excepción y el límite a los derechos fundamentales, en el que se garantice una producción científica que permita proporcionar una información mucho mas imparcial a los ciudadanos que aquella que le proporcionan los mass media. Y los representantes políticos de los distintos sectores sociales tienen una tarea en la promoción de tal debate que no pueden eludir.

TERCERA PARTE.

ANÁLISIS SUSTANTIVO PENAL DEL TERRORISMO A LA LUZ DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE CHILE Y ESPAÑA.

LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE TERRORISMO. HACIA UN CONCEPTO JURÍDICO DEL TERRORISMO.

VIGÉSIMO SEGUNDA: Uno de los objetivos fundamentales de esta investigación ha sido el aproximarnos a una definición jurídica del terrorismo, para lo cual se le ha ubicado en el contexto social en el que se produce, y procurado cotejarle con las conceptualizaciones que profusamente han proporcionado la doctrina y las legislaciones. Es en este punto donde mayores dificultades se han encontrado por cuanto la disimilitud en las diversas concepciones no ha permitido un aunamiento de criterios.

Tomando como base los elementos que proporcionan las dimensiones material, histórica y social, puede arribarse a la conclusión de que el terrorismo constituye una agresión directa o indirecta a los derechos inherentes a la dignidad humana, al Estado de Derecho que en ellos encuentra su fundamento, y al régimen democrático escogido por un pueblo en ejercicio de su derecho a la libre determinación, mediante la comisión de actos atroces para imponer sobre la base del miedo una determinada voluntad política a grupos o la sociedad. Se trata, por tanto, de conductas que, elevadas a la categoría de delitos, tienen un contenido específico de lo injusto que excede al de los delitos comunes, y por ello es que nos hemos pronunciado a favor de la consideración de los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio al interior de las legislaciones nacionales. Si bien ellos se perpetran a través de la comisión de delitos comunes, los tipos penales reguladores de este tipo de delincuencia resultan inadecuados para la protección del bien jurídico colectivo que es objeto de ataque, considerando que nuestro criterio

de valoración jurídico penal para la designación del mismo han sido los derechos humanos. Su delimitación jurídica ha sido pues, exigencia de primer orden.

VIGÉSIMO TERCERA: El concepto de terrorismo en la *legislación chilena* se estructura sobre la base de tres elementos que se deducen de la interpretación conjunta de los arts. 1° y 2° de la ley 18.314:

- a) un elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por el autor, que no reconoce la finalidad política, y que se refiere al propósito de causar temor en parte de la población o en toda ella, o alternativamente arrancar exigencias o imponer resoluciones a la autoridad (art. 1° LCT)
- b) Los medios utilizados, esencialmente dañosos y que aparecen integrados en el elemento subjetivo bajo la forma de presunción de la finalidad terrorista. Y al mismo tiempo en algunos tipos penales como eventual medio de comisión (art. 2 n°4 LCT)
- c) La protección a determinados bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos.

El concepto de terrorismo en la *legislación española* se estructura sobre la base de una doble tipificación: De un lado, conductas cometidas en el marco de la estrategia diseñada por una banda armada u organización terrorista, y de otro lado, conductas cometidas al margen de las bandas armadas. Ambas se encuentran unidas por una misma finalidad de carácter político y por una misma forma de comisión (delitos comunes).

De esta forma puede señalarse que, en el caso de las conductas que se llevan a cabo en el marco de la estrategia de una organización terrorista la noción de terrorismo exige:

- a) Un elemento estructural: la existencia de una banda armada, organización o grupo terrorista a la cual pertenece o con la que colabora o actúa al servicio el autor de los ilícitos
- b) Un elemento teleológico: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública
- c) Un elemento instrumental: la perpetración de tales conductas mediante la comisión de delitos comunes (arts. 571, 572 y 573), con la salvedad de las conductas autónomas de colaboración con banda armada.

En el segundo caso, esto es, las conductas que se llevan a cabo al margen de las bandas armadas, solo pueden advertirse los dos últimos elementos nombrados.

Esta doble tipificación es la que hace cobrar valor a la idea de que la noción de terrorismo en la legislación española es aún inconcreta, de un lado, se nos define tautológicamente el terrorismo como aquello que cometen organizaciones terroristas, sin entrar a proporcionar definición legal alguna de las mismas, más que la que pudiera desprenderse, y de manera incompleta, del art. 571 del CP, y de otro lado, se nos dice que es terrorismo también lo que cometen actores individuales.

La distinción es sustancial entre ambas legislaciones. En *Chile* los delitos de terrorismo se estructuran sobre la base de una finalidad que carece de toda connotación política, salvo que interpretáramos la circunstancia 2ª del art. 1° LCT como manifestación aún tímida de dicho reconocimiento. En ello la *legislación española* parece aventajar por cuanto el reconocimiento a la finalidad política en nada obsta a una comprensión adecuada de los tipos penales ni implica realizar discriminaciones arbitrarias de carácter ideológico, como hemos puesto de manifiesto en esta investigación. Por otra parte, la carencia en los tipos penales de terrorismo *chilenos*, de un elemento estructural que integre el tipo objetivo, esto es, la existencia de una organización terrorista, permite extender el ámbito de punibilidad hacia otras conductas que no son terroristas. Esta situación se produce también en la *legislación española* pero con menor intensidad que en la ley chilena al tipificarse en el art. 577 el mal llamado “terrorismo individual”.

Estos dos elementos en una concepción jurídica del terrorismo han sido los temas claves en la Tercera parte de esta investigación. El elemento teleológico, por su indudable relación con el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo y con el rol que desempeña la finalidad perseguida en la parte subjetiva del tipo. El elemento estructural por su relación con un tipo penal específico: asociación ilícita terrorista y en cuanto elemento integrante de la parte objetiva en el tipo, presencia que solo se advierte en la legislación penal española.

VIGÉSIMO CUARTA: Para arribar a una conclusión acerca de cual es el Bien Jurídico protegido en los delitos de terrorismo hemos debido realizar una larga exposición tendente a esclarecer cuál es el papel que dicha categoría dogmática reviste desde el punto de vista político criminal y las funciones que éste cumple en cuanto límite al *ius puniendi*. Una tarea absolutamente necesaria debido a que, especialmente en los casos de terrorismo, puede advertirse la importancia de las políticas de control social en la creación de las normas penales y el peso del Derecho penal simbólico. Resulta en esto sumamente tentador la intención por proteger determinados intereses, disfrazándoles como bien común para encubrir la incriminación de conductas que no importen un ataque a la sociedad en sí, sino a una determinada forma de ejercer el Poder político.

Ha sido preciso distinguir entre el contenido material del bien jurídico y los criterios de valoración jurídica del mismo. Se ha procurado en esta investigación aunar criterios que giran en torno a la protección de los derechos humanos desde una perspectiva intersubjetivista y los enfoques materiales del objeto de tutela penal.

Así hemos tomado posición a favor de quienes conciben el bien jurídico como un producto histórico, dependiente de las condiciones que ostenta la estructura económica y la superestructura jurídica en la sociedad, específicamente en la sociedad democrática. En su interior son concretas relaciones sociales en conflicto las que permiten arribar a una síntesis normativa superadora de la confrontación social. El contenido material del bien jurídico estaría conformado entonces, por esas relaciones sociales concretas y dialécticas, que se producen en la sociedad democrática, y de cuya confrontación nace una síntesis (relación social concreta) que es merecedora de protección penal. Y en este aspecto hemos destacado los bienes jurídicos colectivos como categoría a la cual pertenece el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo. Ello porque en estos ilícitos la síntesis normativa que nace como consecuencia de la confrontación social surge de un tipo determinado de relaciones sociales, aquellas que son estimadas como esenciales en la subsistencia del sistema democrático. Las conductas de terrorismo no afectan tanto a personas individuales como a la sociedad en su conjunto.

Ha sido nuestra opinión el considerar a los bienes jurídicos individuales que en estos delitos resultan afectados o puestos en peligro, como un criterio de determinación de la gravedad del delito y la consiguiente agravación de la pena. Los tipos penales de terrorismo no se agotan en la conducta que ataca un bien jurídico individual, en la acción de matar, lesionar o secuestrar a una persona, sino en la trascendencia que este ataque tiene para la convivencia democrática, y de allí la explicación del porqué se sanciona, por ejemplo, mas gravemente un homicidio terrorista que un homicidio común.

Sentada que fuere esta premisa, que son bienes jurídicos de carácter colectivo los que se protegen en los delitos de terrorismo, hubo de acudir a un criterio de valoración jurídico penal que permitiera: de un lado, determinar el fundamento de las políticas criminales a seguir en el tratamiento jurídico del terrorismo, y de otro lado contrarrestar el autoritarismo y represión que asume el control penal a través de una normativa excepcional que se enmarca dentro de la ideología de la defensa del orden y la democracia. Los criterios de dañosidad social para un determinado sistema nos han parecido insuficientes y con grandes riesgos de caer en la parcialidad. El daño social en los delitos de terrorismo no es el único elemento a considerar puesto que al revestir una connotación política puede incurrirse en el error de incriminar conductas atentatorias contra la seguridad del Estado y no auténticamente terroristas. Insistimos,

el terrorismo no solo es violencia con fines políticos, sino ataque frontal a los derechos humanos.

Por esta razón se acude a axiomas que nos parecen más universales y que combinan posturas provenientes tanto del campo de los derechos humanos como de la ciencia jurídico penal. Así hemos estimado que el criterio guía del contenido material del bien jurídico debe circunscribirse a las *necesidades humanas y su satisfacción que, en los delitos de terrorismo, se entenderán como necesidades de los derechos humanos y su realización*. Esto se explica de la siguiente manera:

Los derechos humanos son valores intersubjetivos cuyo origen ha de buscarse en las necesidades del hombre. Partiendo de una premisa antropológica se ha podido demostrar que los derechos humanos son necesidades humanas, tesis que no es nueva y que deriva de la filosofía de la Escuela de Budapest. En opinión de los autores que adscriben a esta opinión, concretamente los derechos humanos se encuadran dentro de la categoría de las necesidades radicales, porque al ser las necesidades una expresión de los valores, cuanto más universales sean éstos, más radicales serán aquellas. En nuestra opinión, y *en esto nuestro aporte*, los derechos humanos no deben circunscribirse a tal tipo de necesidades, sino simplemente concebirse como “necesidades humanas”.

En primer lugar, limitarlos a las necesidades radicales impide reconocer claramente el carácter heterogéneo que éstos presentan. Los derechos humanos son históricamente relativos y varían en función del contexto económico, social y político al que deba asistirse. Por otra parte, cabe destacar que dentro de la clasificación de las necesidades los derechos humanos atraviesan por todo su campo: las necesidades existenciales como la vida, la libertad, la salud, son derechos humanos. Lo son también las necesidades propiamente humanas (no alienadas) cuyo carácter cuantitativo impide su satisfacción a través de una acumulación basada en la explotación de las necesidades de otro. Y por supuesto, por su carácter más universal, las necesidades radicales, esto es, “necesidades necesarias” del hombre producidas socialmente. En segundo lugar, la satisfacción de las necesidades radicales exige la superación de una determinada sociedad, por tanto, de considerar a los derechos humanos únicamente como necesidades radicales haría utópica su protección a través de la ley penal, ya que ella se inserta en una realidad social determinada, y el derecho penal no es precisamente el motor de cambios en las sociedades, mas bien se adecua a la transformación de éstas.

Los derechos humanos son entonces simplemente “necesidades humanas”. La ventaja que presenta adoptar este criterio es que se puede arribar a criterios más generales sobre cuya base tipificar los delitos de terrorismo, y que al mismo tiempo sea una concreción de una de sus más elementales características: atentar directamente contra la dignidad humana.

Luego de sentar la premisa antropológica, se hizo necesario establecer una premisa metodológica, para lo cual hemos acudido a la teoría consensual de la verdad. A través de ella la justificación de los valores en una construcción intersubjetivista de los derechos humanos se realiza sobre la base del consenso. Es importante en este sentido propiciar una política criminal que promueva los espacios democráticos de la sociedad y los principios y garantías del Estado de Derecho.

Si este es el criterio que se considera ha de guiar la valoración jurídica del objeto de tutela penal, es preciso que ella se concrete materialmente a través del ordenamiento jurídico y en este sentido es condición esencial la adecuación del ordenamiento jurídico a tales efectos. La inclusión de los derechos humanos como derecho positivo y que permite garantizar su observancia se ha realizado a través de las Cartas Fundamentales que rigen en cada país. Por tanto, ha de ser el programa penal de la Constitución el que determine la protección y la realización de los derechos fundamentales como criterios orientadores de los lineamientos

político criminales, tanto en la construcción de tipos penales como en su interpretación. La dignidad humana se erige como límite al ius puniendi.

VIGÉSIMO QUINTA: A la luz del concepto dogmático de terrorismo en las legislaciones chilena y española hemos advertido que la identificación del bien jurídico protegido subyace a los conceptos de orden público y a los elementos subjetivos de lo injusto relativos a la finalidad perseguida por el autor.

En la ley 18.314 el bien jurídico protegido se encuentra en dos planos: colectivo e individual, que se encuentran casi equiparados en su importancia, lo que conduce a una confusión en orden a cuál es el fundamento de la incriminación más grave de las conductas de terrorismo. Hemos visto que de acuerdo a la historia de la ley y el espíritu del legislador, se ha considerado como característica principal de este tipo de conductas el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por métodos que puedan producir un daño indiscriminado”, ya que el terrorismo “no es una ideología sino un método de acción criminal”.

Esto explica el por qué el bien jurídico protegido de carácter colectivo aparece encubierto pero presente en los tipos penales a través de las exigencias, elementos subjetivos de lo injusto, establecidas en el artículo 1° de la LCT, y que se refieren a la finalidad de “producir temor en la población o parte de ella” (circ. 1ª del art. 1°) o “arrancar exigencias o imponer resoluciones a la autoridad” (circ. 2ª art. 1°), lo que parece indicar que el objeto de tutela penal es la seguridad pública o el orden público (circ.1ª) y la seguridad interior del Estado (circ. 2ª).

Es preciso destacar en este sentido el acierto del legislador al contemplar un elemento finalístico ya que ello ha permitido depurar de objetivismo la ley sobre conductas terroristas en su versión original. Sin embargo, no existe el reconocimiento a la finalidad política, cuestión que es asumida por algunos sectores doctrinales, debido a la necesidad de diferenciar este tipo de conductas con las que atentan propiamente contra la seguridad del Estado, especialmente con aquellas que dicen relación con el orden público. A ellos hemos respondido que si bien es cierto la ley de conductas terroristas debe adecuarse al concepto constitucional de terrorismo, como “contrario a los derechos humanos” y que en este sentido es plausible contemplar la finalidad de “intimidar a la población” a través de la utilización de medios especialmente dañosos, ello no obsta al reconocimiento que debería hacerse de la finalidad política. El problema no está en la consideración de tipos penales de terrorismo en los que el elemento subjetivo diga relación con el fin político, sino en la Ley de Seguridad del Estado.

La verdad es que la existencia de una ley penal especial destinada a regular específicamente delitos contra la Seguridad del Estado, no parece tener sentido en un régimen “democrático”, máxime cuando estas conductas ya se encuentran previstas por la ley penal común (Título II, Libro II del CP). Por otra parte, esta afirmación no ha querido significar en caso alguno nuestra aquiescencia con la existencia de una ley penal especial destinada a regular los delitos de terrorismo. *Estimamos que ellos deben existir como delitos de nomen iuris propio, y reconocer en ellos la finalidad política como elemento subjetivo de lo injusto, pero en el Código Penal y sujetos a sus reglas.* Desde el plano sustantivo penal la solución al terrorismo no parece consistir en otra cosa que la agravación de penas, y para proceder a esta agravación debe determinarse exactamente qué es un delito de terrorismo, cuáles son los elementos que lo conforman. Solo así puede impedirse que el terrorismo se convierta en una verdadera cláusula residual, un cajón de sastre en el que se engloben otro tipo de conductas.

A ello hay que agregar que si bien la finalidad política no se reconoce en el texto legal, sí se reconoce en cambio, en la praxis ya que las personas que han sido condenadas por delitos de terrorismo han tenido motivos políticos para su actuación delictiva. Y a ellos aplica la Ley de Conductas terroristas, y no la Ley de Seguridad del Estado, como correspondería conforme a lo que de *lege data* existe (salvo el caso del FPMR como orgánica), o la legislación penal común. Quienes han sido procesados o condenados

por delitos de terrorismo en *Chile* no manifiestan en su conducta lo que entendemos por terrorismo en esta investigación.

Por último, argumentando el necesario reconocimiento – que *lege ferenda*- debería hacerse de la finalidad política en los delitos de terrorismo (que es lo que permite esclarecer cuál es el objeto de tutela penal), y para diferenciarlas de las que atentan propiamente contra la seguridad del Estado hay que señalar: Terrorista no es solo el que comete delitos comunes con un fin político, sino aquel que sobre la base de la intimidación, el miedo o la amenaza pretende someter a un grupo o a la sociedad a sus propósitos políticos, lo que altera o pone en peligro las bases de la convivencia democrática. A ello debe unirse, como verdadera esfera que cubre toda la conducta, el carácter atentatorio contra los derechos humanos lo que se manifiesta en los medios empleados. Y terrorista puede ser tanto el que pretende sustituir el orden constitucional como aquel que utiliza sus mismos métodos para mantener un determinado régimen político. Esto último reviste suma importancia en un Estado democrático: *la necesaria sanción a quienes, contando con el amparo del aparato estatal violentan el mismo Estado de Derecho que dicen proteger.*

VIGÉSIMO SEXTA: En el CP español la finalidad política aparece claramente reconocida y de manera relevante. La cualificación terrorista exige que el delito sea cometido con “la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, lo que ha llevado a identificar, doctrinalmente, el bien jurídico protegido con el “ordenamiento constitucional democrático” y no con “el orden público”, como parece inferirse de la ubicación de los delitos de terrorismo en el CP.

A estos efectos hemos indicado que:

1.- No parece adecuada la expresión “subvertir el orden constitucional” que el legislador emplea para incriminar a título de terrorismo determinadas conductas, ello porque puede dar lugar a discriminaciones de carácter político ideológico a favor de determinados intereses, como ya ocurrió una vez (caso Amedo y Domínguez). En un Estado democrático la conducta de quien asesina para subvertir el orden constitucional, como la conducta de quien lo hace para preservarlo contienen un desvalor idéntico que les hace merecedores de igual reproche penal. A pesar de que gramaticalmente el término “subvertir” no lleva implícita distinción política o ideológica alguna, puesto que significa “trastornar, revolver, destruir”, estimamos conveniente reconsiderar esta expresión y contemplar en su lugar “alteración” del ordenamiento constitucional, como ha venido siendo interpretado doctrinal y jurisprudencialmente. El terrorismo, recuérdese, en palabras del TC es “un desafío a la esencia misma del Estado democrático”.

2.- Tampoco parece adecuada la exigencia de la finalidad de “alteración grave de la paz pública”. *Primero*, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, no definido por la ley penal, y que viene a representar una especie de resultado o efecto de la actividad terrorista (la creación de una situación de inseguridad ciudadana) más que una finalidad. Analizando la situación similar que se produce en relación a la ley chilena, hemos indicado que técnicamente la creación de un Estado de alarma o terror se manifiesta como una tendencia en la conducta. *Segundo*, por su vaguedad conceptual permite la confusión entre algunos tipos penales de terrorismo con otras figuras delictivas previstas en la legislación común. Máxime si dentro del abanico de hipótesis delictivas puede considerarse que es delito de terrorismo cualesquiera de los que se describen cuando ellos sea cometidos con esta sola finalidad (y no la subversión del orden constitucional). El legislador emplea la disyunción “o” en la redacción del texto del art. 571. La alteración de la paz pública es un elemento presente en la actividad terrorista, pero no es un elemento privativo de ella. Considérese por ejemplo, el delito de desórdenes públicos en el que se requiere también la actuación de un grupo (elemento estructural) y la finalidad de alteración de la paz pública. *Tercero*, porque en un Estado democrático la única finalidad política criminal que permite legitimar la incriminación de las conductas de terrorismo es la

preservación del método democrático como forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participar en el poder.

VIGÉSIMO SÉPTIMA: Llegados a este punto y considerando que el bien jurídico protegido es esa síntesis normativa que surge de la confrontación de relaciones sociales concretas y dialécticas, y que el criterio que ha de guiar su valoración jurídico penal son los derechos humanos entendidos como necesidades humanas, hemos tenido que deslindar cuál es el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo.

Los actos de terrorismo son esencialmente contrarios a los derechos humanos, derechos que se encuentran positivizados a través de los Tratados Internacionales y las Cartas Fundamentales. Es cierto que aquellos que se encuentran consagrados formalmente no son todos los únicos y posibles, su contenido está determinado por las condiciones sociales e históricas. Pero no es menos cierto que en la medida en que estos derechos forman parte de un texto Constitucional, que contiene un programa penal, aparece como exigencia de primer orden el respeto a tales garantías. Dicho de otra manera, las relaciones sociales en conflicto (Tesis-Antítesis) se sintetizan en la necesidad de protección de algo que interesa a toda la comunidad: el respeto a las garantías constitucionales. Dentro de estas garantías, en las sociedades democráticas, se encuentran no solo las atinentes a los seres humanos considerados individualmente (vida, integridad, libertad), sino también aquellas que interesan para el buen funcionamiento del sistema, esto es, la participación ciudadana a través de los cauces legales que se ofrecen, cauces que, insistimos deben encontrarse abiertos materialmente. Esto es lo que el terrorismo rechaza en el fundamento de su motivación política, y de allí que lo que resulta lesionado o puesto en peligro con tales conductas sea el ordenamiento constitucional democrático.

El orden constitucional democrático se constituye, por tanto, en el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo. Así considerarlo presenta las siguientes ventajas: *Primero*, se trata de un concepto mucho más determinable que los inconcretos y siempre manipulados políticamente de “orden público”, “paz pública”, “seguridad pública”, “seguridad ciudadana”, con lo que el bien jurídico puede cumplir con su función de elemento determinante en la construcción de tipos penales. Al mismo tiempo se posibilita la construcción de tipos penales de peligro concreto en relación a ese bien jurídico y no en relación a los bienes jurídicos de carácter individual, que conduciría a la creación de tipos penales de peligro abstracto. *Segundo*, Desde el punto de vista sustantivo penal, esta circunscripción al orden constitucional como bien jurídico protegido permite respetar los postulados básicos de un derecho penal de garantías, y de cumplir con el carácter de última ratio en el entendido que la incriminación penal solo ha de dirigirse contra las conductas más graves, lo que aparece como exigencia aún mayor tratándose de delitos de terrorismo como nomen iuris propio. La selección de las conductas objeto de incriminación a título de terrorismo ha de hacerse atendiendo a la importancia social del objeto de tutela penal y la naturaleza del ataque.

VIGÉSIMO OCTAVA: En el examen del Tipo Objetivo ha sido elemento central la determinación del Sujeto Activo de las conductas y la necesidad de que éste sea considerado contemplando lo que hemos llamado elemento estructural, es decir, la organización como requisito *sine qua non* de lo injusto penal. Examinados los Sujetos Activos de las conductas tanto en la legislación chilena como española hemos advertido que:

En la *legislación chilena* el Sujeto activo tiene un carácter indeterminado carente de requisitos especiales que digan relación con una organización. La consecuencia inmediata y directa es un ámbito de punibilidad amplio capaz de abarcar cualquier tipo de conductas, máxime si se considera que no existe el reconocimiento a la finalidad política. Ha sido nuestra opinión, y la de la doctrina mayoritaria en España, considerar que es la organización la única capacitada para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, que hemos designado como *orden constitucional democrático*. La carencia del elemento estructural como requisito en

lo injusto penal en las figuras consagradas en la ley 18.314 deriva precisamente de la concepción jurídica del terrorismo que en ella se contiene, esto es, aquel método de acción criminal que vulnera principalmente bienes jurídicos individuales.

Razones históricas y político criminales avalan el rechazo hacia la posibilidad de la existencia de un terrorismo individual: *Primero*, si bien es cierto en la historia del terrorismo hemos encontrado conductas de solitarios terroristas, ya en el siglo XXI, con el avance tecnológico, las transformaciones sociales y políticas, unido ello a un proceso creciente de globalización, conducen a pensar que una persona individualmente considerada es incapaz de poner en jaque al sistema democrático, hace falta una organización. *Segundo*, la consideración del terrorismo individual puede conducir a la sanción de conductas de violencia social o espontánea no organizadas bajo la rúbrica de terrorismo. Lanzar un cóctel molotov, o piedras a la autoridad policial en el curso de una manifestación obrera, estudiantil, poblacional o sencillamente juvenil, no es, a nuestro entender, una conducta de terrorismo. Situar a la delincuencia terrorista junto a este tipo de manifestaciones supone desconocer que existe una diferencia cualitativa en ellas. Además, el derecho penal cuenta con herramientas suficientes como para hacer frente a este tipo de situaciones, a través de las figuras penales que atentan contra el orden público. En el caso de *Chile*, los arts. 261 y ss. del CP. En el caso de *España*, los arts. 550 y ss. y 557 y ss. del CP.

En el *caso chileno*, es probable que la carencia de la organización como elemento integrante de lo injusto se deba a la exigencia de establecer diferencias entre los delitos de terrorismo y los delitos contra la seguridad del Estado. Concretamente durante la discusión parlamentaria se dijo que el Gobierno no participaba de la idea de que hubieren organizaciones terroristas, sino que organizaciones destinadas a atentar contra la seguridad del Estado, porque optan por caminos no institucionales, y que toda organización puede utilizar el “método terrorista”. A ellos preguntamos ¿Y un individuo solitario puede utilizar este método terrorista?, ¿Y un piquete de huelga que se organiza utiliza también el método terrorista cuando se manifiesta violentamente y lanza artefactos incendiarios en la vía pública?. Pensamos que no es así. El “método terrorista” solo puede ser llevado a cabo en el marco de la estrategia de una organización terrorista, y por tanto, es necesaria su inclusión como elemento de lo injusto en los tipos penales de terrorismo. Dicha inclusión no tiene por qué conducir a la estigmatización arbitraria de determinadas colectividades políticas como terroristas.

Hay que aclarar que, considerar el elemento estructural no significa sancionar a la organización como tal, pues se sabe que la responsabilidad penal por el hecho cometido es individual. La organización no puede tener responsabilidad penal por la conducta de sus integrantes por la sencilla razón de que se trata de una asociación ilegal, inexistente en la vida jurídica, una agrupación de personas que ni siquiera puede ser considerada persona jurídica, situación esta última en la que sí puede discutirse acerca de la posibilidad de contemplar una responsabilidad penal colectiva.

En la *legislación española* la situación del sujeto activo admite una dualidad: De un lado, se advierte la tradicional consideración de la organización como requisito del tipo objetivo en la mayoría de las figuras. Así los arts. 571, 572., 573 y 574 exigen que el sujeto activo cometa el delito perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. De otro lado, se rompe con esta tradición y se considera la posibilidad de sancionar el “terrorismo individual”, incriminando la conducta de quienes actúan sin pertenecer a dichas organizaciones.

a) Los conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista no se encuentran definidos por el legislador de manera tal que permita el pleno respeto al principio de tipicidad. Se da un atisbo de definición en el art. 571 al referirse a las bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Encontramos pues un elemento que permite diferenciarlas de otras asociaciones ilegales, pero

que no resulta suficiente. Máxime si se considera que se contienen tres tipos de asociaciones ilegales “terroristas” en la redacción legal: banda armada, organización y grupo.

La jurisprudencia y la doctrina han realizado esfuerzos en torno a la delimitación del concepto de banda armada indicando que ella exige de un lado la organización y de otro el carácter armado. Nos remitimos a lo señalado en su oportunidad en trono a estas características, destacando que en nuestra opinión es irrelevante el factor numérico en cuanto a la organización ya que el elemento que permite distinguirla de las formas de participación en el delito y de la codelinuencia son los delitos cometidos, y no el número de individuos que la integran. Los delitos cometidos, como se sabe, deben formar parte de una estrategia diseñada por una organización.

Un punto sobre el cual la doctrina ha discutido profusamente es el relativo al tipo de criminalidad a que pertenece la banda armada. En concreto si la banda armada puede pertenecer tanto al ámbito de la criminalidad común como al de la criminalidad terrorista, o si solo es privativa de esta última. Hemos tomado posición a favor de quienes aceptan la existencia de bandas armadas comunes y bandas armadas terroristas, y diferenciado ambas sobre la base del programa político que debe animar a estas últimas, cuestión de la que carecen las primeras. Resulta difícil pensar que una banda armada carente de objetivos políticos pueda lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, y por la misma razón, su tratamiento jurídico ha de hacerse de manera diferenciada. Reafirma esta posición, y en esto nuestro aporte, la propia redacción que emplea el CP para referirse a las bandas armadas. Por una parte se las considera como un tipo de asociación ilícita en el art. 515.2 separándolas de los conceptos de organización terrorista y grupo terrorista, concretamente se dice que son asociaciones ilícitas: “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Y por la otra, se les integra específicamente en el tipo objetivo de las figuras de terrorismo (arts. 571,572 CP).

En cuanto a la distinción entre bandas armadas terroristas, organizaciones terroristas y grupos terroristas, han existido esfuerzos doctrinales por diferenciarlas atendiendo a las notas de organización y permanencia en el tiempo estimándose que la banda armada cuenta con una estructura menor que la organización terrorista y no es determinante su permanencia temporal. Otros acuden al carácter armado indicando que la organización terrorista no precisa estar armada, exigencia que sí debe cumplir la banda armada. Y otros finalmente distinguen entre ambas atendiendo a la finalidad: la banda armada terrorista persigue alterar la paz pública y la organización terrorista persigue subvertir el orden constitucional.

Nuestro aporte en este punto ha consistido en ofrecer criterios de diferenciación que atienden, de un lado, al bien jurídico protegido, y de otro lado a la posibilidad o capacidad de lesionar dicho bien jurídico, capacidad que encuentra sus indicadores en las notas de estructura y permanencia en el tiempo. Se propone una “graduación” en la capacidad lesiva en la que la organización terrorista ocupa el primer lugar por cuanto ella cuenta con una mayor estructura orgánica (pluralidad de individuos), lo que supone una mayor permanencia en el tiempo, mayores posibilidades de contar con el armamento adecuado para llevar a cabo su actividad delictiva. En suma, mayores posibilidades de diseñar y llevar a cabo una estrategia criminal. Su capacidad de afectar o poner en peligro al orden constitucional democrático es, por tanto, mayor. A continuación en esta escala de graduación se encuentra el grupo terrorista, de similares características que la organización pero en menor proporción, sea en cuanto al número de individuos que integran la organización que supone a su vez menores posibilidades de permanencia en el tiempo, o en cuanto a la calidad y cantidad del armamento. En último lugar encontraríamos la banda armada, pues ella puede llegar a constituirse con un número mínimo de tres personas siempre que cuente con la nota de estabilidad en el tiempo (que será menor que la organización terrorista) y el carácter armado que también será menor que en los casos anteriores).

En suma, si bien es cierto para encontrarnos ante cualesquiera de estas asociaciones se necesita una pluralidad de individuos, siguiendo este criterio de graduación no podrá ser considerada “organización terrorista” a tres individuos organizados para desarrollar una estrategia criminal, sí en cambio, puede considerárseles banda armada. Pero en este punto se produce una inflexión: ¿qué ocurre cuando tres individuos organizados bajo el amparo de un aparato estatal desarrollan una estrategia destinada a eliminar al “enemigo político?”. Parece ser que ellos cuentan con mayores posibilidades de violentar el Estado de derecho que tres individuos insurgentes que se organizan para derrocar el sistema constitucional. De allí que, el criterio para efectuar la distinción sea ante todo la capacidad de lesionar al bien jurídico.

b) El CP español se parta del modelo clásico de incriminación terrorista considerando también como posibles sujetos activos de dichos delitos a sujetos no pertenecientes a bandas armadas, siempre que actúen con las mismas finalidades que éstas. Ello que pone de manifiesto que el elemento finalístico político se erige como central en la concepción jurídica del terrorismo, sin que al mismo tiempo pueda llegar a sostenerse que el elemento organizativo ha pasado a un segundo plano en términos tales que el legislador conciba la metafórica imagen del terrorista aislado. Simplemente se hace una excepción, importante, en el art. 577 ya que el resto de las figuras delictivas se erigen en torno a la organización criminal.

Da la impresión de que el art. 577 es una norma que facilita la huida al derecho penal ante la imposibilidad de resolver problemas procesales en torno a la prueba de la vinculación con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y así facilitar la sanción a otro tipo de actos que, *por razones de Estado*, resultan merecedores de reproche penal bajo la incriminación terrorista. En concreto nos referimos a las manifestaciones de violencia callejera (*Kale borroka*) y a la creciente tendencia a sujetarlos a la represión penal más severa. Considérese por ejemplo, el Proyecto de Reforma al CP que se discute en el parlamento sobre este tema. Se ha insistido en esta investigación que los actos de violencia callejera no constituyen conductas de terrorismo. El chico de la *Kale borroka* que incendia un autobús no está realizando un acto de terrorismo, sino un acto de delincuencia común. Modestamente entendemos que situar una conducta como la descrita al mismo nivel de las conductas realizadas en el marco de la estrategia de una organización terrorista supone desconocer la naturaleza del terrorismo.

Al mismo tiempo el control social más férreo va ampliándose hasta alcanzar no solo a conductas delictivas que perfectamente pueden ser sancionadas por la vía penal común, como es el caso de la *Kale borroka*, sino a cualquier acto que suponga un apoyo a “la finalidad terrorista”. ¿No se está incriminando penalmente la adopción de una determinada ideología?. Si no es así, ¿por qué no se castiga estas conductas aplicando la legislación penal común si carecen de un requisito que el legislador español ha considerado básico, como es la relación con una organización terrorista?- ¿O es que dentro de esta “relación” se considera encubiertamente también la suscripción a la ideología que abrigan las organizaciones terroristas?.

Son interrogantes que nos surgen tras examinar en su conjunto los ribetes que ha ido adquiriendo la legislación antiterrorista en vigor. Considérese por ejemplo que la LO 2/1998 modificó el art. 514 CP tipificando y sancionando la convocatoria y celebración de reuniones o manifestaciones suspendidas o prohibidas “siempre que concurren finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. ¿Por qué habría de merecer mayor reproche *penal* el abuso del derecho de reunión cuando un sector de la población manifiesta su apoyo a los postulados de una organización terrorista?. Normalmente las manifestaciones a las cuales se atribuye la adhesión a la “finalidad terrorista” no son sino manifestaciones de apoyo a las ideas separatistas. ¿O es que se está asimilando finalidad terrorista con finalidad nacionalista o independentista?.

Considérese asimismo el delito de “amenazas con finalidad terrorista” que tiene como sujeto activo a personas no relacionadas con bandas armadas, organizaciones o grupos

terroristas, figura delictiva que nació como producto de la modificación del art. 170 CP realizada por esta misma LO 2/1998. ¿Cuál fue la razón de ser de esta figura?, ¿Ampliar los círculos de protección a determinadas personalidades de ambiente político e institucional como sostiene un sector doctrinal?. ¿O simplemente erigir la reacción penal como símbolo de una respuesta eficaz por parte del Estado para apaciguar los ánimos en el resto de la población frente a los numerosos atentados de los denominados grupos X e Y?.

Atendidas estas consideraciones, resulta difícil deslindar si lo que se quiere utilizar correctamente el derecho penal para sancionar a verdaderos terroristas, o dar pie a su más íntima función simbólica castigando penalmente a todos aquellos quienes, de una u otra manera, disienten de la idea de esa España grande y unitaria. En el caso concreto, castigar penalmente la ideología nacionalista. Toda idea se combate con otra idea, y la única arma posible es la del discurso coherente y claro. La solución está en la confrontación dialéctica capaz de arribar a la correspondiente síntesis, y no transformando al derecho penal en una herramienta al servicio de determinados intereses, disfrazándoles como intereses comunes.

VIGÉSIMO NOVENA: Tras estas consideraciones realizadas en orden al Sujeto Activo en los delitos de terrorismo, y manifestado nuestra discrepancia en torno al terrorismo individual” hemos tomado posición a favor de quienes consideran el elemento estructural como integrante de lo injusto penal en los tipos penales de terrorismo ya que es él quien permite deslindar la violencia terrorista de otras manifestaciones de violencia, y restringir el ámbito de punibilidad hacia conductas auténticamente terroristas. Estamos conscientes de que- de *lege data*- ello acarrea la sanción de otras conductas, impropiedades terroristas, como son las que despliega el extraneus a las organizaciones terroristas mediante la colaboración para con ellas. Entendemos que la solución no está en eliminar la pertenencia a una organización terrorista como elemento del tipo objetivo en lo injusto penal, sino en la reconsideración de las conductas de colaboración en cuanto formas de participación en el delito. A ellas hemos destinado una conclusión especial que verteremos mas adelante.

TRIGÉSIMA: La falta de rigurosidad en la necesaria distinción entre Sujeto pasivo del delito y Sujeto pasivo de la acción ha conducido confusiones en orden a la identificación del sujeto pasivo en los delitos de terrorismo. La doctrina ha atendido a distinciones tales como: sujeto pasivo diferenciado (en razón del cargo o autoridad que revisten), víctimas inocentes o eventuales, y sujeto pasivo indiferenciado dentro de los cuales están las víctimas inmediatas de la agresión (cualquier persona) y las víctimas del terror (la comunidad social y el Estado). Intentando proporcionar un criterio uniforme y jurídico penalmente adecuado se ha realizado la siguiente distinción:

La Sociedad es el sujeto pasivo de todos y cada uno de los delitos de terrorismo, puesto que ella es la titular del bien jurídico que se protege con dichos tipos penales. La persona o personas víctimas inmediatas de la agresión son los sujetos pasivos de la acción ya que son los titulares de los bienes jurídico individuales que resultan inmediatamente lesionados o puestos en peligro.

Un problema que hemos advertido, especialmente en la *legislación chilena*, es la de una “sobre protección” a determinadas personas que revisten cierta autoridad o cargo, ya que la tipificación de concretas figuras delictivas destinadas a salvaguardar su vida o integridad física podría llegar a suponer una discriminación arbitraria en el sentido de proteger a unas personas mas que a otras, es decir, llegar a suponer que la vida de la autoridad (Presidente de la República, Ministros de Estado, autoridades militares) es mas valiosa que la de cualquier ciudadano que puede resultar víctima del ataque terrorista. En el caso español esta protección se da con menor intensidad ya que no se tipifican delitos concretos para su salvaguarda, sino que simplemente constituye un motivo de agravación de la pena.

Para evitar esta desigualdad en la protección estimamos que siempre y en todo caso, la salvaguarda de los bienes jurídicos individuales de las autoridades debe estar referida a la función que ellas desempeñan y no al órgano. Y siempre y en todo caso, de acuerdo a los lineamientos que nos han inspirado, deben ser consideradas sujetos pasivos de la acción, y no sujeto pasivo especial del delito como suponen algunos sectores, ya que la verdadera portadora del interés en la preservación del ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico protegido) es la sociedad.

TRIGÉSIMO PRIMERA: La conducta típica en los delitos de terrorismo se determina en función de los verbos rectores que aparecen en el tipo penal y que se refieren a la forma de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos individuales p.ej. matar, secuestrar, lesionar. No obstante hemos advertido ciertas características comunes: la utilización de la violencia para cometer el hecho a través de la utilización de determinados medios especialmente dañosos; la existencia de un plan premeditado de atacar contra una categoría de personas (legislación chilena), la utilización de una organización para llevar a cabo la conducta encontrándose el sujeto activo en una determinada relación con la misma (legislación española).

En los tipos penales descritos en la *ley 18.314 (Chile)* la conducta requiere la utilización de la violencia, sea ésta una violencia real (concretada en el uso de ciertos medios), o una violencia abstracta (amenaza seria y verosímil, de cometer delitos de terrorismo). Su carácter metódico es el que da unidad a la pluralidad de actos que conforman la estrategia terrorista, que se caracteriza por su dinamicidad por cuanto ella se proyecta más allá de su resultado de afcción a los bienes jurídicos individuales: se orienta a crear un Estado de temor o intimidación en la población. La presencia de esta finalidad en los tipos penales, se prueba, de *lege data*, “por la naturaleza y efectos de los medios empleados” o “por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo de personas. A su vez se establece una presunción de la finalidad por el hecho de cometerse el delito “mediante artificios explosivos, incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos”.

La consideración expresa de la violencia como forma de comisión del hecho constituye un acierto legislativo, porque solo la conducta violenta tiene la capacidad de afectar los derechos humanos de la manera que al terrorismo caracteriza. Lo que no parece acertado es vincular esta violencia a una única finalidad o propósito apolítico de intimidación o causación de alarma pues el terrorismo se caracteriza por utilizar la violencia para imponer una determinada voluntad política. Por otra parte, si la violencia es reputada como cualidad esencial en los delitos de terrorismo, tampoco parece coherente desvincularla de una organización criminal ya que, solo la violencia utilizada estratégicamente es idónea para afectar al bien jurídico protegido colectivo. Tanto es así que el propio legislador parece reconocerlo, aunque tímidamente, en la frase “sea por la evidencia de que obedece a un plan determinado de atacar contra una categoría o grupo de personas”. La sistematización es la que otorga a la violencia terrorista, a esa “naturaleza y efectos de los medios empleados” el carácter de método, y esta metodización solo puede llevarse a cabo en el seno de una organización y como parte de su estrategia política.

De acuerdo a lo que de *lege data* se infiere la violencia puede ser ejercida tanto contra las personas como contra las cosas, criterio del que hemos discrepado ya que la violencia que se ejerce contra las cosas (propiedad) solo podría ser calificada como delito de terrorismo en cuanto importare una lesión o peligro concreto para la vida, integridad corporal o salud de las personas. Estimamos que solo así puede evitarse la construcción de tipos penales de peligro abstracto en relación con el bien jurídico colectivo que es objeto de tutela penal.

La trascendencia que, de *lege data*, se otorga a los medios especialmente dañosos se observa en la constante referencia del legislador a los mismos, tanto en cuanto eventuales medios de comisión como en cuanto requisitos que dan existencia a ciertos tipos penales,

llegándose a producir infracciones al non bis in ídem como consecuencia de la presencia de una doble fuente de ilicitud. Tal es la situación de los artefactos explosivos o incendiarios y las cartas o encomiendas explosivas, elementos ellos que se consideran dentro de la presunción sobre cuya base puede darse por acreditada la finalidad terrorista (eventual medio de comisión) y a la vez como elementos integrantes de lo injusto en los tipos penales descritos en el art. 2 n° 4 y 2 n°1 en relación con el art. 403 bis CP, respectivamente (ver conclusiones 41ª y 43ª)

El catálogo de medios destructivos tiene un carácter meramente ejemplificativo ya que se utiliza una fórmula que deja un numerus apertus en la descripción típica, contrario al principio de tipicidad: "...u otros (medios) que pudieren ocasionar grandes estragos"...", "cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos". Podría sencillamente haberse omitido estas expresiones y así el precepto habría ganado en precisión, aunque subsistiría el problema de la doble fuente de ilicitud antes mencionado. Si lo que se propuso el legislador era destacar el daño indiscriminado que pueden llegar a producir los medios empleados, ello perfectamente puede deducirse de la expresión "medios empleados sea por su naturaleza o efectos" debiendo repararse que, en todo caso, no todo delito cometido con estos medios es un delito de terrorismo. El así considerarlo implica contravenir el principio de lesividad sobre cuya base se erige la construcción de los tipos penales que, en el caso concreto, en los delitos de terrorismo se manifiesta en la articulación de figuras delictivas que al menos pongan en peligro (concreto) un bien jurídico colectivo.

La violencia se proyecta hacia la causación de un determinado Estado de temor en la población o parte de ella lo que se ha interpretado como intimidación, creación de un Estado de alarma o terror. A este respecto hemos tomado posición a favor de quienes consideran que este "propósito" en el autor, es un medio en la conducta para alcanzar un fin ulterior, que entendemos político. La alarma pública es un elemento común a una diversidad de delitos que por su gravedad son capaces de producir este Estado. Así por ejemplo, los constantes ataques de pandillas de delincuentes comunes en hurtos o robos reiterados y sucesivos. Y si bien es cierto, algunos autores le consideran como un resultado "posible" en los delitos de terrorismo, no es privativo de este tipo de criminalidad. A ello debe sumarse la poderosa influencia que ejercen los medios de comunicación social, empleados como verdaderos instrumentos de manipulación política de la opinión pública para ensanchar o aminorar las reales consecuencias de la actividad terrorista según sean los intereses del Estado. Normalmente ante la incapacidad de resolver las contradicciones sociales, el Estado emplea al terrorismo como excusa frente a la población para la implementación de un control social férreo, dando así pleno uso a la función simbólica del derecho penal. El despliegue propagandístico se convierte en el verdadero y real factor de alarma que el propio Estado se encarga de institucionalizar.

De allí que, en nuestra opinión, la creación de un Estado de temor, alarma, sea un instrumento, de un lado, en manos del Estado para crear esta falsa representación de solidaridad frente al "enemigo común", y de otro lado, un instrumento en manos de las organizaciones terroristas para alcanzar un fin ulterior. La esencia del "terrorismo" consiste en utilizar la violencia para imponer sobre la base del temor que ella causa, una determinada voluntad política. La finalidad o propósito de causar temor no es sino un medio en la conducta, que debe ser, en todo caso, considerado dentro de los elementos que conforman un concepto jurídico del terrorismo. Si se quiere reflejar jurídicamente lo que el terrorismo es, en cuanto fenómeno histórico y social, no puede prescindirse de la alteración de la tranquilidad en la población o un sector de ella, que trae como consecuencia la comisión de actos que atentan contra los derechos humanos, pero no bajo la forma de un elemento subjetivo en los tipos penales, y como fin último que persigue el actor, que es lo que se infiere de la legislación chilena, sino dentro del tipo objetivo y como elemento integrante de la conducta típica.

TRIGÉSIMO SEGUNDA: En la *legislación española* la conducta típica queda fijada por los verbos rectores que aparecen en cada tipo penal, a los cuales acompañan los de pertenecer,

colaborar o actuar al servicio de una banda armada, organización o grupo terrorista cuando se trata de actos realizados en relación con estas asociaciones ilegales.

El perteneciente es un *intraneus* a la asociación ilegal, un miembro que integrado en la misma se encuentra unido a ella por vínculos de alguna manera estables en el tiempo y que le llevan a asumir la jerarquía y disciplina. Se distingue entre la pertenencia, como elemento que da sentido a la conducta típica del delito de asociación ilegal (art. 515.2 CP) y como elemento integrante de la conducta típica en los delitos enumerados en los arts. 571,572,573 y 574 CP. Ello plantea el problema de la existencia de una doble fuente de ilicitud en relación a la integración en banda armada, cuestión que la doctrina, y en alguna ocasión la jurisprudencia, han resuelto castigando como concurso de delitos conforme a la regla del concurso medial que prevé el art. 77 CP.

En nuestra opinión, parece ser que aún aplicando la regla del concurso medial se está castigando doblemente el hecho de la pertenencia en banda armada, puesto que el art.77 CP se rige por el principio de la exasperación o asperación en cuya virtud se aplica la pena asignada al delito mas grave en su mitad superior. Ello supone considerar la integración en relación a los delitos concretos cometidos y además en relación al delito de asociación ilegal pues según el art. 77 CP debe aplicarse “la pena asignada al delito más grave”. Por esta razón y para evitar la vulneración al principio de non bis in ídem que supondría aplicar los tipos penales específicos que regulan el hecho ilícito cometido (art. 571, 572, 573 y 574 CP) y además el delito de asociación ilícita (sea separadamente o considerándoles ambos para resolver vía concurso medial) estimamos que en estos casos cabría aplicar el *principio de la consunción* de manera tal que el tipo asociativo queda absorbido por el “concreto delito de terrorismo” realizado.

Las actuaciones de quien colabora o actúa al servicio de una organización terrorista son conductas de un *extraneus* a las mismas, que suponen una relación esporádica desde el exterior con la banda armada. El legislador no define lo que debe entenderse por actuar al servicio, sí define en cambio, en un tipo penal autónomo (art. 576 CP) lo que debe entenderse por colaboración. De allí que, tomando algunas opiniones doctrinales puede concluirse que: *actuar al servicio* debe entenderse como “actuar para ellas”, “realizar actos a cargo de las mismas” o “en nombre de ellas”, en cambio la *colaboración* debe entenderse como “contribución” mediante la ejecución de delitos “a la estrategia” misma de las organizaciones armadas, lo que supone compartir en cierta medida sus postulados, cuestión que no ocurre tratándose del que actúa al servicio. Cabe enfatizar que, en cuanto elementos integrantes de lo injusto y de *lege data*, ambos tipos de conductas son de autoría directa, ya que se requiere que el sujeto “cometa un hecho delictivo”. Algo distinto ocurre tratándose de las conductas de colaboración que enumera el art. 576 CP que sí pueden entenderse como formas de participación en el delito, sea complicidad o encubrimiento.

Pero si bien es cierto, ambas son conductas de autoría directa, como lo es también la pertenencia, y en todas ellas se requiere que el sujeto cometa un hecho delictivo, el problema que se advierte es la equiparación de las conductas de pertenencia y colaboración a efectos de la sanción aplicable. La consecuencia inmediata que puede advertirse es un efecto criminógeno: si la pena es la misma para quien comete el delito común perteneciendo a la organización como para quien no pertenece a la misma pero contribuye al logro de sus objetivos, al sujeto le será indiferente pertenecer o colaborar, y terminará integrándose formalmente a la banda armada.

A ello debe sumarse el hecho de encontrarnos ante una ampliación de las modalidades de participación en las asociaciones ilícitas que responde a la tradicional tendencia agravatoria en los delitos de terrorismo, sacrificando el principio de proporcionalidad en las penas al establecer una regla excepcional en materia de participación. Si bien es cierto el colaborar con bandas armadas u organizaciones terroristas es en sí una forma de participación en el delito de asociación ilícita, no lo es, en cambio, en los tipos penales que describen los arts. 571,572,573 y 574 del CP, en los que se considera como una conducta de autoría directa: el sujeto que mata a

una autoridad sin pertenecer a la organización terrorista, pero colaborando con ella, está cometiendo un delito específico, homicidio terrorista (art. 572.1 del CP). Dejemos aparte la calidad de autor mediato que puede caber a los dirigentes de la organización criminal puesto que son ellos los que proyectan las acciones y ordenan la ejecución de delitos, teniendo el dominio del hecho. El que colaborando con banda armada comete un delito de homicidio no es sino un instrumento en manos de tales personas, que ejecuta materialmente el hecho, y por lo mismo, autor directo del delito cometido.

Puestos en evidencia el efecto criminógeno que supone la equiparación de las penas para pertenecientes, integrantes o colaboradores, y el sacrificio del principio de proporcionalidad en aras a proporcionar un tratamiento más severo a las conductas de terrorismo, *quizás fuese preferible considerar*, en este punto - delito concreto cometido - *el restablecimiento del principio de proporcionalidad en las penas y castigar diferenciadamente la conducta de quien comete un concreto delito perteneciendo, colaborando o actuando al servicio de las mismas*, tal y como se ha hecho respecto de los directores de la asociación y los meros integrantes.

Cuestión distinta es la que ocurre en los casos de las conductas de colaboración que describe el art. 576 CP, en las que hemos sugerido restablecer las normas generales sobre participación criminal y castigar la conducta según sea la forma de intervenir en la realización del hecho ilícito (ver conclusión 53ª).

En cuanto a las conductas que se llevan a cabo al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero compartiendo sus finalidades, debe destacarse que tienen un régimen punitivo propio, ya que las conductas incriminadas no coinciden en su totalidad (ver conclusión 54ª), y por otra parte, no les es aplicable la agravación prevista en el art. 572.2 relativa a ciertos delitos cometidos en relación con organizaciones terroristas contra personas que revisten especial autoridad o cargo. Estimamos un acierto del legislador este régimen punitivo que hace inaplicable la agravación de la pena ya que se encuentra acorde con los criterios político criminales que asume el CP 1995 tendentes a sancionar mas gravemente los actos que forman parte de la estrategia de una asociación ilegal, y porque se otorga un contenido restrictivo a la protección de la autoridad permitiendo pasar de la tradicional protección “al órgano” a la protección de “las funciones”.

TRIGÉSIMO TERCERA: Para satisfacer los tipos penales de terrorismo no basta con la realización de la parte objetiva de los mismos, sino que se requiere además de dolo. Parece indiscutible que los delitos de terrorismo sean necesariamente dolosos y que no admitan causales de justificación, salvo contadas excepciones como puede ocurrir en la mediación en el delito de detenciones ilegales. El dolo genérico está referido a la realización de los elementos del tipo, y no a la lesión del bien jurídico ya que ni la norma ni el bien jurídico forman parte del tipo penal. La relación entre bien jurídico y parte subjetiva de los tipos penales se encuentra en las finalidades o propósitos que el legislador exige para completar el tipo penal, el elemento que hemos denominado teleológico o finalístico. En la *legislación chilena* la satisfacción de los tipos penales exige la realización de cualesquiera de las conductas enumeradas en el art. 2 cometidas con cualesquiera de las siguientes finalidades: a) producir en la población o parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, o b) para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. En el caso de la *legislación española*, la finalidad debe ser alternativamente “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

Tales finalidades constituyen, a nuestro entender, *elementos subjetivos específicos de lo injusto penal*, que acompañan o matizan el dolo genérico, y no “móviles del delito”, ni “dolo específico”, ni “dolo reduplicado”. *Primero*, porque el “móvil” a efectos de la ley es irrelevante, el sujeto puede actuar motivado por venganza, por lucro, etc. *Segundo*, porque el dolo (genérico) del autor debe abarcar la realización de los elementos del tipo (la conducta violenta e

idónea para lesionar el bien jurídico), quedando fuera de este dolo las “finalidades” exigidas por los tipos penales. *Tercero*, porque considerar las finalidades como un dolo específico implica extraer estos elementos del plano de lo injusto para ubicarlos en el plano de la culpabilidad, pasando a formar parte de la culpabilidad específica que se exige para ser responsable del hecho punible, luego, las finalidades no cumplirían su función de determinación o concreción de la conducta que se quiere castigar.

Determinados que fueren como elementos subjetivos de lo injusto, debió dilucidarse cuál era la función que a tales elementos corresponde en los tipos penales de terrorismo: si a una función de adelantamiento de la punibilidad o a una forma de concreción del tipo penal específico. En otras palabras, si nos encontramos ante delitos intencionales de resultado cortado en los que los elementos subjetivos son de aquellos denominados como de “tendencia interna trascendente”, o si nos encontramos ante delitos de tendencia interna intensificada.

Hemos argumentado en contra de quienes estiman que este tipo de elementos subjetivos, presentes no solo en los tipos penales de terrorismo, sino asimismo en otros de estructura semejante (p.ej. genocidio), son elementos de tendencia interna trascendente, propios de los delitos de intención, de resultado cortado o de consumación anticipada. En ellos la acción se dirige por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, el autor busca algo que está más allá de la acción típica, un resultado valorativo que queda fuera del tipo penal. Lo que importa es la “intención”, y ello permite la existencia de construcciones artificiosas, estructura similar a la de una tentativa castigada como delito consumado, que riñen con el principio de lesividad, y al mismo tiempo impiden abrazar criterios penales garantistas acordes con los derechos humanos. No debemos olvidar que los delitos de consumación anticipada fueron utilizados con largueza bajo las dictaduras militares dando paso a la aplicación del derecho penal de autor.

Si se quiere hacer prevalecer el derecho penal del hecho y los principios garantistas, estos elementos subjetivos deben ser interpretados como *elementos subjetivos de lo injusto de tendencia interna intensificada*, ya que en ellos la finalidad o propósito perseguido por el autor viene a cumplir una función de concreción del tipo penal. Basta con que el autor confiera a la acción típica un especial sentido subjetivo, y si bien es cierto, al igual que en los delitos de intención, este sentido subjetivo orienta la acción hacia la lesión del bien jurídico, sin que sea preciso un resultado material en orden a que tales finalidades sean efectivamente alcanzadas, es suficiente, a efectos de la consumación, que la conducta ponga en peligro (concreto) el bien jurídico colectivo. La consumación se producirá cuando se comprueba el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo, para lo cual es necesaria la producción de actos ejecutivos que se describen en cada tipo penal. Solo los tipos penales de resultado de lesión y de resultado de peligro (peligro concreto) cumplen con el principio de lesividad.

En cuanto a los *elementos subjetivos* que se exigen en los tipos penales descritos en la **ley 18.314 chilena** hemos señalado ya su relación con el bien jurídico protegido. Queda por señalar en estas conclusiones que ante la existencia de problemas de prueba en orden a la determinación de la finalidad descrita en el n°1 del art. 1 de la ley 18.314, el legislador exige la concurrencia de indicios objetivos: la naturaleza y efectos de los medios empleados y la evidencia de que obedece a un plan predeterminado de atentar contra una categoría o grupo de personas.

En el primer caso, la “naturaleza y efectos de los medios empleados” el legislador, consciente de la dificultad que implica su acreditación ha recurrido al cómodo sistema de las presunciones judiciales estableciendo en el art. 1n°1 una presunción simplemente legal en cuya virtud puede acreditarse la existencia de la finalidad cuando en la acción se utilizaren medios o artificios explosivos, incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos, infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos. Ya nos hemos referido a los problemas de doble incriminación, y la consiguiente infracción al principio del non bis in ídem,

que se producen como consecuencia de considerar a determinados medios dañosos como eventuales medios de comisión, y a la vez como elementos que dan existencia a determinados tipos penales (ver supra conclusión 31^a e infra 41^a y 43^a). Lo que resta por señalar es que, como todo sistema de presunciones judiciales, se advierte aquí una infracción al principio de legalidad, consagrado en el art. 19 n°3 CPRCH ya que priva al tipo penal de su función garantizadora de la seguridad jurídica que proporciona el principio de taxatividad. Constituye asimismo una infracción al principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 19 n°3 de la CPRCH y art. 14 del PIDCP al presumir la culpabilidad del sujeto en orden a su propósito, por el hecho de haber utilizado “efectivamente” ciertos medios.

En el segundo caso, evidencia de obedecer a un plan predeterminado, nos encontramos ante actos preparatorios que por razones político criminales han sido elevados a la categoría de indicio de objetividad en el propósito perseguido por el agente, y que denota, como se ha dicho un tímido reconocimiento a la necesidad de considerar el elemento estructural como parte del tipo objetivo.

Tratándose de la circunstancia descrita en el art. 2 n°2, esto es, la finalidad de imponer resoluciones a la autoridad o arrancarle exigencias, ella plantea problemas de concurso de leyes entre la ley 18.314 y la ley 12.927 (ley de Seguridad del Estado) cuando se trata del tipo penal de secuestro terrorista, problemas de difícil solución ya que los tipos penales descritos en ambas leyes son prácticamente idénticos (ver conclusión 40^a). Además de este problema, no puede sostenerse que esta finalidad, alternativa como se exige en la descripción típica, tenga la entidad suficiente como elemento calificador de las conductas típicas a título de terrorismo. las exigencias o resoluciones que se imponen a la autoridad pueden tener un carácter diverso y que muchas veces poco o nada tienen que ver son la esencia del terrorismo, y en lugar de políticas pueden ser meramente lucrativas o sociales, cuestión que la jurisprudencia ha reafirmado cualificando como terroristas conductas en las que la imposición de las exigencias han sido meramente sociales (Caso Carreño). Esto implica una ampliación extensiva del ámbito de punibilidad hacia conductas no terroristas y que, en cambio, tienen su propio régimen punitivo: así por ejemplo, el narcotraficante que secuestra para exigir a la autoridad que libere a uno de los miembros de su banda. La inexigencia de la finalidad política alejan a estos tipos penales del concepto de terrorismo.

En el caso de la *legislación española*, las finalidades exigidas para satisfacer los tipos penales marcan claramente el reconocimiento de la finalidad política, con las salvedades hechas en torno a la alternatividad de la exigencia de “alteración de la paz pública”. A pesar de que resulta discutible la relación entre ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico protegido) y la paz pública ya que ella parece asimilarse a conceptos tales como “seguridad ciudadana”, “tranquilidad en las calles”, estimamos que en la construcción típica de los delitos de terrorismo, ambas se corresponden con elementos subjetivos de lo injusto de tendencia interna intensificada, por las razones antes indicadas.

Ello lleva a estimar, en general, que los delitos de terrorismo son delitos de peligro concreto, ya que es el “resultado de peligro” que se produce para el bien jurídico protegido (orden constitucional democrático) el que determina el momento de la consumación. Esto, como se ha visto, no siempre ocurre en los diversos tipos penales, ya que algunos de ellos constituyen delitos de peligro abstracto. A ellos nos referiremos en conclusiones apartes.

A diferencia de la LCT *chilena*, la acreditación de las finalidades perseguidas por el agente no se encuentra consagrada. No se recurre al sistema de presunciones judiciales, lo que constituye a todas luces una ventaja en orden al respeto de los principios de legalidad y presunción de inocencia. Ellas deben acreditarse o no considerarse cuando se encuentra acreditada la concurrencia de un ánimo específico de naturaleza distinta a la descrita.

Por último, es posible también que, la responsabilidad por el resultado producido pueda ser imputada a título de dolo eventual, ello ocurrirá cada vez que se produzca una consecuencia no deseada por el autor, pero previsible atendida la naturaleza de la acción que se ejecuta. El legislador se ha preocupado de establecer excepciones a este criterio determinando en casos específicos (delitos de estragos e incendios del art. 571) que la pena por tales ilícitos es independiente de la que correspondiera por los resultados de muerte o lesiones producidos a consecuencia de este actuar, lo que plantea a su vez un problema de concurso con los delitos descritos en el art. 572.

TRIGÉSIMO CUARTA: Tras el examen de la estructura de los delitos de terrorismo y vistas las necesidades de adecuación a los principios garantistas, en especial el carácter de *última ratio* del derecho penal y el principio de lesividad, y considerando además las características que el terrorismo presenta en cuanto fenómeno histórico y social, se ha procurado arribar a una conclusión general en relación a los elementos que permiten arribar a un concepto jurídico del mismo.

Sentamos como premisa que una definición de terrorismo debe ser imparcial en el rechazo a la violencia, por ello es que, aún desde el plano social, el terrorismo debe ser concebido como aquella acción que es llevada a cabo por una organización insurgente, estatal o paraestatal como parte de un método de lucha política, que aspira a conquistar o defender el poder del Estado, agrediendo directa o indirectamente los derechos inherentes a la dignidad humana, al Estado de derecho, y al régimen democrático, a través del uso de una violencia extrema para imponer, sobre la base del miedo, a toda la sociedad o a determinados sectores de la misma el sometimiento a los propósitos políticos utilitarios de sus autores.

Una aproximación jurídico conceptual al terrorismo debe reflejar el fenómeno en sus dimensiones social e histórica y a la vez encontrarse acorde con el principio de legalidad en materia penal. De allí que, sin ánimo de convertirse en *lege ferenda*, dicha aproximación conceptual debe conjugar copulativamente los siguientes elementos:

Primero, el reconocimiento al terrorismo de su carácter estratégico para lo cual, requiere siempre y en todo caso de la presencia de una organización, elemento que tendría que ubicarse en el Tipo Objetivo de lo injusto penal. La organización ha de ser una asociación ilícita para cuya calificación no basta con la mera ideología política, contraria a la institucionalidad, sino que es preciso que ella tenga por objeto la comisión de delitos de terrorismo.

Segundo, el reconocimiento de la finalidad política como manifestación expresa en los tipos penales del bien jurídico protegido (ordenamiento constitucional democrático), el que se manifiesta en el propósito de conmover los fundamentos del Estado democrático. Este reconocimiento tendría que integrar la parte subjetiva de los tipos penales y ser interpretado como un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada, es decir, un ánimo subjetivo especial que el autor confiere a la acción y que se orienta hacia la lesión del bien jurídico, sin que sea preciso que el resultado deseado: alteración del orden constitucional se alcance para que el delito se entienda consumado, bastando solo con el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo que se protege.

Tercero, concretarse a través de la comisión de delitos comunes de aquellos que lesionan o penen en peligro concreto la vida, la integridad física y la libertad de las personas que tendrían que formar parte de la conducta típica.

Cuarto, para enfatizar el carácter atentatorio contra los derechos humanos, la conducta ha de ser necesariamente violenta debiendo atenderse a los medios empleados y al resultado producido.

La utilización de la violencia debe obedecer al propósito de intimidar o atemorizar a la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño, para conseguir sobre la base del miedo, que ella se someta a la determinada voluntad política de la organización. Voluntad política que es su fin último: alterar el ordenamiento constitucional democrático.

Los medios empleados deben tener la capacidad de atacar bienes jurídico fundamentales de carácter individual: vida, integridad física, libertad y salud de las personas, lo que a su vez acarrea como consecuencia si idoneidad para poner en concreto peligro el bien jurídico colectivo. Así el delito debe ser cometido utilizando métodos de especial crueldad o barbaridad que produzcan o puedan producir como consecuencia un daño indiscriminado (resultado producido), extendiendo sus efectos- reales o potenciales- a un grupo indeterminado de personas, especialmente si éstas son ajenas al conflicto terrorismo v/s Estado. Los medios empleados deben formar parte de la descripción de la conducta típica.

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

TRIGÉSIMO QUINTA: La ley 18.314, “sobre conductas terroristas”, a pesar de continuar con este nombre, que heredó del gobierno militar, entra al campo legislativo con la expresión “constituyen delitos terroristas”, en lugar de “son conductas terroristas”, como era la que utilizaba su texto antes de la modificación de la ley 19.027 de enero de 1991, recién llegada la transición democrática. Un cambio sustantivo y de vital importancia en la técnica legislativa y en la comprensión de los elementos de lo injusto penal. Ya no se trata de “conductas” que imperativamente son “terroristas” porque el legislador así lo ordena a través de un verdadero catálogo. La técnica legislativa cambia completamente y pasa a considerar, como se ha señalado ya, un especial elemento subjetivo, alternativo (art. 1º), que cuando concurre, transforma tanto a delitos comunes como de leyes especiales en “delitos de terrorismo”.

Pero si bien esto constituye un acierto, llama la atención que, tanto en el art. 1º como en el art. 2º de la ley 18.314, aparezca la expresión “delitos terroristas” en lugar de “delitos de terrorismo”, alocución esta última que parece ser mas adecuada en orden a la consideración de estas figuras como delitos de *nomen iuris proprio*.

TRIGÉSIMO SEXTA: El Tipo Objetivo en los delitos de terrorismo varía en función de la respectiva conducta típica, la que puede estar constituida por delitos de lesión personal: atentados contra la vida, la integridad corporal, la libertad y la salud; Delitos de daño material y/o peligro personal, y la Asociación ilícita terrorista. En todos ellos se encuentran como elementos comunes, el sujeto activo indeterminado (“Los que...”), el sujeto pasivo constituido por la sociedad en su conjunto, y la presencia de elementos subjetivos específicos en el tipo relativos a la finalidad perseguida por el autor. Cabe destacar que el objeto material varía en función de cada tipo delictivo. Mientras en los delitos de lesión personal el objeto material está constituido por la o las personas sobre las cuales recae la acción típica, en los delitos de daño se constituye por las cosas en las cuales recae la acción. Es preciso recordar a estos efectos la distinción que hemos realizado entre el “sujeto pasivo del delito” (sociedad) y el “sujeto pasivo de la acción” u objeto material.

El Tipo subjetivo se integra por el dolo genérico de cada conducta, el que ha de aparecer matizado por alguno de los elementos subjetivos de tendencia interna intensificada descritos en el art. 1º. Ellos dotan – de lege data - a la acción de su contenido auténticamente terrorista puesto que la encaminan o dirigen hacia la lesión del bien jurídico protegido colectivo, resultado que queda fuera del tipo penal. Dicho de otra manera, la comisión de alguno de los delitos enumerados en el art. 2º de la LCT, exige la presencia de una determinada finalidad: el que mata, lesiona, causa incendios o estragos para “atemorizar a los habitantes de una población, o a un sector de ella”, o para “arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad”, lo que hace es dotar a la acción de un determinado y específico sentido. Que logre o no los propósitos perseguidos es un resultado que el tipo penal no exige.

Basta, para la consumación, que se compruebe el “resultado de peligro” para el bien jurídico colectivo, peligro que se acredita con la acción que lesiona directa e inmediatamente un bien jurídico individual de los presentes en los delitos enumerados en el art. 2º LCT. Pero como los elementos subjetivos específicos van a teñir todas las fases del *iter criminis*, la cualificación por delitos de terrorismo no solo se produce con la presencia de un resultado materialmente separable, como la muerte o las lesiones, sino también cuando se da comienzo a la ejecución del delito por actos externos encaminados directamente a su consumación. Si dichos actos suponen la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, el delito de terrorismo se estimará en grado de tentativa.

Los delitos serán de “resultado”, “lesión”, o “mera actividad” en función de las exigencias típicas ya señaladas. A este respecto es preciso señalar que sin embargo constituyen delitos de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo. Ello porque, como se decía, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales (vida, integridad, etc) que son los que resultan inmediatamente afectados, cumplen la función de servir de elemento de comprobación de un “resultado de peligro” en torno al bien jurídico colectivo sea que se considere como tal al “orden público” o “la seguridad pública, como de *iure condito* sugiere el texto de la ley 18.314, o bien, al ordenamiento constitucional democrático, que es la posición que de *iure condendo* hemos asumido en esta investigación. No nos extenderemos en los tipos penales ya analizados, sino que nos limitaremos a efectuar las consideraciones y consecuencias más relevantes de dicho examen:

Delitos de lesión personal: Atentados contra la vida, la integridad y la libertad

TRIGÉSIMO SÉPTIMA: En cuanto al delito de *homicidio terrorista* sancionado en el art. 2 n°1 en relación con el art. 1º de la LCT y los arts. 390-391 del CP cabe destacar la incriminación como tal de los delitos de parricidio y uxoricidio sancionados en el art. 390 del CP. Si bien es cierto los atentados contra un bien jurídico tan importante como la vida merecen el mayor reproche penal, no puede sostenerse, sin caer en una inconsecuencia con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que un delito cualificado en razón del parentesco pueda ser incriminado como delito de terrorismo. El delito de homicidio terrorista reclama, en tal sentido, *una restricción* que se encuentre acorde con las finalidades exigidas en el art. 1º, y por ende la exclusión de los delitos de parricidio y uxoricidio, manteniendo las figuras comunes de homicidio, cualificado y simple..

TRIGÉSIMO OCTAVA: El *art. 2 N°3* de la ley 18.314 modificada por la ley 19.027 consagra la denominada cláusula belga, en cuya virtud no se considera delito político al atentado contra la vida o integridad corporal del Jefe de Estado y otras autoridades. El carácter terrorista que se asigna a este delito denota, por una parte una fuerte influencia de la legislación comparada, y por la otra los cambios en el sistema político. Si el atentado contra el Jefe de Estado perpetrado bajo la dictadura militar fue en un principio un delito contra la seguridad del Estado, encuadrable dentro del tipo penal contenido en el art. 5 letra a) de la ley 12.927, a partir de la promulgación de la ley 18.314 en 1984 fue tipificado como delito de terrorismo en el art. 1 n° 1 de su versión original. Este delito se mantuvo al advenimiento del régimen democrático ya que la modificación efectuada por la ley 19.027 de 1991 lo tipificó específicamente en el art. 2 n°3 de la ley 18.314.

El delito contenido en el art. 2 n° 3 de la ley 18.314 para su configuración requiere, que se realice un atentado en contra de la vida o integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, “en razón del cargo” que la autoridad desempeña, concurriendo en él o los agentes, alguna de las finalidades descritas en el art. 1º de la ley 18.314. De acuerdo al examen realizado, el precepto reclama una interpretación acorde con los principios constitucionales. De entrada, nos encontramos ante un tipo penal en blanco, que contiene elementos normativos para cuya

determinación debe recurrirse a otros textos legales, cuya remisión el precepto omite por completo: en parte alguna se nos indica cómo encontrar los conceptos de autoridad política, judicial, militar, policial, religiosa y personas internacionalmente protegidas. En este sentido reafirmamos las consideraciones expuestas en orden a *una restricción del objeto material a solo ciertas autoridades*, para así poder cumplir con el principio de taxatividad de las normas penales. Debería indicarse al menos la fuente normativa para obtener estos conceptos, de lo contrario se corre el riesgo de sancionar y calificar a título de terrorismo, conductas que tienen su propia calificación jurídica, como ocurre con las de los arts. 282, 282 bis, y 416 del Código de Justicia Militar, o con el art. 5 a) de la Ley de Seguridad del Estado (Nº 12.927).

La expresión “en razón de sus cargos” fue introducida en el tipo penal, para servir de contrapeso al desequilibrio que se produce con el principio de igualdad ante la ley (art. 19 n°2 de CPRCH), lo que constituye un acierto del legislador. Si típicamente el atentado pudiera realizarse sin esta exigencia se estaría privilegiando a “la autoridad” por sobre la “función” que desempeña, lo que nos llevaría forzosamente a concluir que la vida y la integridad corporal de las autoridades, por el solo hecho de ser autoridades, vale más que la del resto de las personas. No es esto a lo que el derecho penal de garantías aspira. Por esta misma razón, se sugiere, si se quiere mantener este tipo penal, modificarle en el entendido de exigir además que la víctima se halle “en acto de servicio”, al momento de ser objeto de ataque. Sabemos que el fundamento político criminal de protección penal al jefe de Estado y otras autoridades, radica en el hecho de que son ellos precisamente los blancos más frecuentes de los ataques del terrorismo, se hallen o no “en acto de servicio”, pero también son objetos frecuentes de este ataque personalidades y dirigentes políticos disidentes, dirigentes sociales, sindicales y culturales, y sin embargo éstos no se encuentran protegidos como la autoridad.

La frecuencia de los ataques no ha de ser el principal fundamento para la incriminación de este delito como tipo penal autónomo y cualificado, sino la necesidad de proteger el adecuado desarrollo de las funciones de las instituciones que conforman el andamiaje político y jurídico de la sociedad. Ello porque el mayor reproche penal para las conductas de terrorismo no radica tanto en el ataque a bienes jurídicos individuales, que de suyo son los inmediatamente afectados, sino en la lesión o peligro para un bien jurídico colectivo. No se entiende en qué medida se estaría protegiendo este bien jurídico colectivo si puede, de acuerdo a los términos de la incriminación, sancionarse como delito de terrorismo la conducta de quien atenta contra el jefe de Estado u otra autoridad, motivado en razones personales: así cuando se atenta contra una autoridad judicial a objeto de amedrentarlo para que falle en tal o cual sentido en un proceso judicial. ¿No es esto atentar contra la autoridad (art. 2 n°2) con la finalidad de imponer exigencias o arrancar resoluciones (art. 1° n°2).

Desde el punto sustantivo penal la exigencia en el dolo, por un lado, de un elemento cognitivo: el agente sabe quién es su víctima y el cargo que desempeña, y por otro lado un elemento volitivo: actúa lesionando su vida o su integridad corporal, precisamente por esta circunstancia, deben verse matizadas por alguna de las finalidades exigidas en el art. 1° de la ley 18.314 (elementos subjetivos de tendencia interna intensificada). Es esto en definitiva lo que dota a la conducta de su carácter terrorista, y lo que permite restringir el ámbito de punibilidad. Sin embargo, como puede advertirse, aún existe una válvula por la cual este carácter terrorista tiende a confundirse con lo que pueden ser, perfectamente, delitos comunes.

Entendemos que esto no es tanto un problema específico del tipo penal contenido en el art. 2 n°3, sino una consecuencia necesaria del no reconocimiento en el terrorismo de la finalidad política y de su estrategia. Como se ha insistido, la punibilidad puede ampliarse extraordinariamente alcanzando conductas de violencia espontánea o de violencia política no organizada, tales como piquetes de huelga y violencia callejera juvenil.

Por último, de acuerdo a un criterio de interpretación sistemático, la naturaleza de los atentados debe restringirse a los delitos contra la vida (homicidio), y los delitos contra la

integridad que sanciona el art. 2 n°1: mutilaciones (art. 395 CP), lesiones graves (arts. 396 a 398) y lesiones menos graves (art. 399 CP). Deberán excluirse las conductas constitutivas de faltas (art. 494 n°5 CP), ya que su incriminación como delitos de terrorismo no responde a los criterios político criminales que se siguen en estas materias y que consisten en una agravación punitiva por tratarse de conductas capaces de lesionar o poner en peligro el bien jurídico colectivo. El carácter terrorista se desvirtúa desde que, en teoría, puede sancionarse como tal arrojar piedras o un cóctel molotov a la autoridad. Lo adecuado sería especificar, al igual que en el numeral 1 del art. 2° qué tipo de atentados son los exigidos por el numeral 3, remitiéndose a los textos legales que corresponda.

TRIGÉSIMO NOVENA: En cuanto al *delito de lesiones*, hemos señalado nuestra discrepancia en torno a la posibilidad de que se sancionen como delito de terrorismo, conductas que atentan contra la integridad física.

Tal posibilidad nace desde que el art. 2 n°1 cualifica como delitos de terrorismo, concurriendo cualquiera de las finalidades señaladas en el art. 1°, las lesiones de los arts. 395,396,397 y 399 del CP. Los tipos penales contenidos en los arts. 395,396,397 CP se refieren todos ellos a lesiones contra la integridad corporal: castración, mutilación, lesiones graves (herir, golpear o maltratar de obra...), cuya cualificación como delitos de terrorismo nos parece indudable. En cambio, el art. 399 se refiere a cualquier otra lesión no comprendida en los mencionados artículos, las que reputará menos graves. Esto significa que, tal y como se desprende del precepto, también se protege la integridad psíquica.

No es posible pensar, sin quebrar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que pueda ser cualificada como delito de terrorismo, la conducta de quien atenta contra la integridad psíquica de la persona. De entrada porque el *nomen iuris proprio* “delitos de terrorismo” está reservado para las formas más graves de criminalidad, aquellas que atentan contra un bien jurídico macro social y cuya dañosidad social aparece como evidente. El peligro de lesión al bien jurídico va incluso más allá de lo meramente abstracto, aparece como imposible.

Luego nos encontramos con que la protección del bien jurídico integridad psíquica ya se encuentra cubierta por la ley penal común, y si a ello unimos esta imposibilidad de poner siquiera en peligro el bien jurídico colectivo, es fácil deducir que no hace falta cualificar como delitos de terrorismo, conductas que atenten contra la salud mental de las personas. El terrorismo no puede convertirse en “un cajón de sastre” de otras conductas. *La solución que se propone* aspira a la eliminación del art. 399 en el art. 2 n°1 de la LCT, pudiendo cubrirse los vacíos que se ocasionaren de la forma que se ha propuesto, atendiendo para la cualificación de las mismas, al dolo y los elementos subjetivos específicos. En subsidio de su eliminación se propone la especificación en el art. 2 n°1 de que, las lesiones menos graves del art. 399 CP solo pueden ser incriminadas como delitos de terrorismo cuando ellas atentaren contra la integridad corporal.

CUADRAGÉSIMA: En cuanto al *delito de secuestro terrorista*, dos son las cuestiones que interesa destacar:

Dentro del Tipo Objetivo encontramos una acción de estructura compleja compuesta de varios momentos. El primer momento es el del encierro, detención o retención en calidad de rehén. El segundo momento consiste en la privación ilegítima (“sin derecho”) de libertad. En nuestra opinión nos encontramos ante un solo delito de secuestro que puede ser cometido a través de distintas formas. De estas formas de comisión solo dos de las que describe el art. 2 n°1 de la LCT se corresponden con las mencionadas en las conductas típicas de los arts. 141 y 142 del CP: el encierro y la detención.

Conforme a los razonamientos ya explicados entendemos que la “retención de una persona en calidad de rehén” resulta innecesaria en el precepto por encontrarse ya contenida en los amplios conceptos de encierro y/o de detención. Además, la situación que pretende cubrirse con esta forma de comisión ya se encuentra prevista en la propia ley 18.314: cuando se secuestra a una persona con la finalidad de “atemorizar” o de imponer una determinada voluntad a la autoridad, es evidente que ella será, en cuanto rehén, un instrumento en manos del autor para intentar lograr los propósitos que guían su acción final. En nuestra opinión, no hace falta especificar en la conducta terrorista la manera a través de la cual puede efectuarse el secuestro. Es suficiente con la remisión al art. 141 del CP puesto que ella ya contiene el núcleo central de lo que se pretende incriminar: “el que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, comete el delito de secuestro”.

Dentro del tipo subjetivo, encontramos que el secuestro, para ser cualificado como delito de terrorismo requiere la concurrencia de cualquiera de las finalidades señaladas en el art. 1º de la LCT. Así las hipótesis delictivas se desdoblán en: secuestrar para causar temor a los habitantes de la población o a una parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie; y secuestrar para imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.

Es esta segunda hipótesis la que plantea problemas concursales de un lado, con el art. 141 inciso 3º del CP y de otro lado, con el art. 5 b) de la LSE. El concurso aparente de leyes penales que se produce con el CP debe resolverse a favor de la ley 18.314 en virtud del principio de especialidad en el caso de que el secuestro se ejecute para imponer exigencias o arrancar decisiones “a la autoridad”. El CP contiene la norma general, considerando dentro del inciso tercero, la posibilidad de imponer estas exigencias a cualquier persona, en cambio la ley de conductas terroristas, que contiene la norma especial, se refiere expresamente a la autoridad.

El concurso de leyes que se produce entre la ley de conductas terroristas y la Ley de Seguridad del Estado, plantea un problema mayor: las hipótesis delictivas, como se ha señalado, son idénticas en su tenor literal. En ambos casos se incrimina el secuestro ejecutado para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, en un caso, como delito de terrorismo, y en el otro caso, como un delito político.

En nuestra opinión, frente al caso concreto, y considerando la legislación penal vigente, estimamos que el concurso debe resolverse a favor de la Ley de Seguridad del Estado por cuanto la finalidad de imponer una determinada decisión a la autoridad tiene un indudable ingrediente político, que es lo que justifica su inclusión en la ley de seguridad del Estado.

Esto no significa, en absoluto, y como ya hemos puesto de manifiesto, que deba estimarse adecuada la existencia de la Ley de Seguridad del Estado. Simplemente se intenta resolver, conforme a los principios de un derecho penal mínimo y de garantías, y a la legislación vigente, la situación que puede producirse en el caso concreto. Como *lege ferenda*, la incriminación de los delitos de terrorismo debe suponer el reconocimiento a la finalidad política. Y si ello significa la eliminación de la Ley de Seguridad del Estado, que es la que propiamente incrimina esta finalidad, no vemos cuál sea el problema. El reconocer en el terrorismo la finalidad política, no dificulta, en caso alguno, la adecuada comprensión de los tipos penales, porque el terrorismo es algo más que simple violencia política. Tampoco conduce a aplicar necesariamente el tratamiento privilegiado propio de la delincuencia política. Por el contrario, es precisamente el reconocimiento de la finalidad ideológica, la que permite restringir el ámbito de punibilidad hacia otras conductas no constitutivas de terrorismo. Jurídicamente tendría que consistir en la realización de delitos comunes, cometidos en el marco de la estrategia criminal de una asociación ilícita, utilizando métodos idóneos para producir un daño social indiscriminado (violaciones a los derechos humanos), y con un propósito político. Obsérvese que en este concepto es posible incluir las conductas de agentes del Estado, con nexos oficiales reconocidos o no reconocidos.

Por último, cabe hacer presente que este concurso vino a ser resuelto parcialmente, a favor de la ley sobre conductas terroristas, por la ley 19.241 de 1993. Esta ley agregó un inciso 2° al numeral 5 del art. 2 de la LCT, en cuya virtud el delito de secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista, será siempre considerado terrorista. *En primer lugar*, no es posible atribuir responsabilidad penal a una asociación ilícita. El derecho penal se caracteriza por la atribución de responsabilidad personal. Debíó decirse, en todo caso, que serán terroristas los delitos de secuestro cometidos por los integrantes de una asociación ilícita terrorista. *En segundo lugar*, calificar automáticamente un secuestro como terrorista, sin exigir cualquiera de las circunstancias cualificantes de la conducta, resulta arbitrario y no ajustado al espíritu del legislador. Entendemos que son los elementos subjetivos específicos los que dan una especial tendencia a la acción, y la orientan hacia la lesión del bien jurídico colectivo, razón por la cual el delito se considera especialmente grave y se llama delito de terrorismo. Al omitirse toda cualificación de terrorismo en la conducta se desvirtúa la naturaleza del terrorismo como delito de *nomen iuris proprio*.

Da la impresión de que el legislador recurre a esta fórmula para soslayar un problema de prueba en relación a las finalidades exigidas en el art. 1° cuando en el secuestro realizado por sujetos pertenecientes a una asociación ilícita pudiere encontrarse acreditada otra finalidad p.ej. meramente lucrativa. En nuestra opinión, la realización de un delito de secuestro a objeto de obtener un rescate, cuando se realiza por quienes integran una asociación ilícita puede, a lo sumo, constituir un delito medio para cometer otro delito de terrorismo: la mantención (financiamiento de la estructura) de la asociación ilícita. La verdad es que aquí se advierte con fuerza la función simbólica del derecho penal. Es probable que la modificación introducida por la ley 19.241 de 1993 hubiese nacido a la vida jurídica a raíz de la comisión de un concreto delito de secuestro (Caso Edwards) y se hubiese necesitado dar a la opinión pública la impresión de un legislador alerta y vigilante ante la criminalidad proveniente de determinadas organizaciones políticas, en concreto, el FPMR

En nuestra opinión, el precepto reclama una interpretación en el sentido que cuando el secuestro se realiza con un fin lucrativo y careciendo de alguna de las finalidades que expresamente señala el art. 1 de la ley 18.314 debe sancionarse conforme a la ley penal común. Es la calificación correcta que corresponde a toda conducta en la que no existe ningún elemento subjetivo específico, de carácter terrorista, que mate el dolo de privar de libertad a una persona.

Ahora bien, en todos los tipos penales enumerados en el art. 2 se exige expresamente la concurrencia de estos requisitos, salvo en la asociación ilícita, en que la exigencia no es expresa pero se infiere: es asociación ilícita terrorista aquella que tiene por objeto cometer los delitos tipificados en la ley 18.314, y por ende, delitos en los que se exige la concurrencia alternativa de esos elementos subjetivos específicos. No existe razón aparente para realizar una discriminación en el entendido de cualificar automáticamente como terrorista un secuestro, por el solo hecho de haber sido cometido por una asociación ilícita,. Y no considerar esta cualificación también para otros delitos tanto o más graves, como lo serían los atentados contra la vida.

Parece ser que el legislador tímidamente va considerando que es la organización la que cualifica la violencia, pero no parece adecuada la manera de expresarlo. La cualificación automática del secuestro terrorista, tal y como se conciben actualmente los delitos de terrorismo, implica una violación al principio de *non bis in ídem*, ya que se realiza una doble incriminación por una misma circunstancia: el terrorismo. El sujeto que perteneciendo a una asociación ilícita es procesado y condenado por el delito de asociación ilícita terrorista,. Y a la vez por el delito de secuestro terrorista. Quizás la mejor manera de cualificar los delitos de terrorismo fuere la de considerar la organización como elemento de lo injusto penal, y no como un tipo penal autónomo.

Delitos de daño material y/o peligro personal

CUADRAGÉSIMO PRIMERA: En cuanto al *delito de envío de cartas y encomiendas explosivas*, la primera conclusión a la que puede arribarse es la poca adecuación de la técnica legislativa con el derecho penal mínimo y de garantías. La “necesidad” de mantener un delito de terrorismo ha llevado a la creación de un delito común (art. 403 bis) en el Código penal, lo que constituye una hipertrofia legislativa. Pero además, la “carta o encomienda explosiva” se presenta en la ley 18.314 como elemento de lo injusto penal (art. 2 n°1) y como elemento de la presunción contenida en el art. 1° n°1 LCT. Ello implica no solo la existencia de una doble fuente de ilicitud, sino un objetivismo que conduce a una ampliación exacerbada de la punibilidad.

Así por ejemplo, puede ser sancionado a título de terrorismo, el sujeto despedido que envía una encomienda explosiva a su novia, y le causa lesiones, porque la carta o encomienda explosiva no solo sirve para que se configure el delito común, sino también para probar la existencia de la finalidad terrorista. Recordemos que el art. 1 n°1 señala que “se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población ... por el hecho de cometerse el delito mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos”.

El envío de cartas y encomiendas explosivas no solo ha subsistido a la ley 18.314 después de la modificación de las *Leyes Cumplido*, sino que además ha dado luz a un nuevo delito, innecesario porque el Código Penal cuenta con las herramientas suficientes para su incriminación y sanción. Hemos advertido que se dan dos hipótesis en el delito de terrorismo, la primera, como delito de lesión: cuando se envían cartas o encomiendas explosivas que “afecten” la vida o integridad corporal de las personas. la segunda, como delito de peligro abstracto, cuando ellas “puedan afectar” esos bienes jurídicos individuales.

En el primer caso, al exigirse un resultado materialmente separable en el tipo (“afecten”), nos encontramos ante un delito común de homicidio o un delito común de lesiones con la concurrencia de una circunstancia agravante (art. 12, circ. 3ª. Si ha concurrido cualesquiera de las dos circunstancias señaladas en el art.1º, el delito debe ser cualificado como homicidio o lesiones terroristas. En el segundo caso, al exigirse solo una probabilidad de lesión, lo correcto sería calificar la conducta o bien como actos preparatorios impunes, o como tentativa de homicidio o lesiones en grado de frustración, y si concurren los elementos subjetivos, tentativa de delito de terrorismo de homicidio o lesiones, o los mismos en grado de frustración.

Por último, el precepto incurre en una violación al principio de lesividad desde que asigna una misma y severa penalidad tanto para las hipótesis en las que existe un resultado de afeción al bien jurídico individual, como un peligro abstracto para el mismo. Se equipara en la valoración tanto la lesión al bien jurídico individual y mero riesgo para el bien colectivo, que la probabilidad de la probabilidad de que este último resulte afectado. Es conveniente, por tanto, la revisión del art. 403 bis del CP a objeto de que se cumpla con los principios generales del derecho penal que establecen que los tipos penales se construyen sobre la base de la entidad de los bienes jurídicos que resulten o puedan ser afectados, y en específico con el de proporcionalidad de las penas.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA: En cuanto a los *delitos de incendio y estragos* pensamos que si quiere mantenerse el sentido a la cualificación de delitos de terrorismo, solo podrían ser cualificados aquellos en los que además del daño material existe un peligro para las personas. El mayor reproche penal que significa el ataque a un bien jurídico colectivo adquiere su significación solo si se produce una inseparabilidad entre la conducta destructiva y el riesgo para la vida, integridad corporal o salud de las personas. Porque solo de esta manera puede apreciarse un peligro para el bien jurídico colectivo. En tal sentido, en el caso de los delitos de incendio, solo podrían ser cualificados como tales los delitos descritos en el art. 474 CP, porque exige un resultado dañoso de muerte o lesiones, el del art. 475 n°1 porque se exige al menos un riesgo para las personas. En el caso del delito de estragos (art. 380 CP), para ser

cualificado como delito de terrorismo, debería exigirse que la destrucción material acarreará un peligro para las personas. Por último, el incendio y el estragos deben desaparecer como eventual medio de comisión, forma en que lo consagra el art. 1 n°1 LCT para probar la finalidad terrorista, ya que al encontrarse concebido como elemento de lo injusto penal en el art. 2 n°1, se produce un problema de doble incriminación.

CUADRAGÉSIMO TERCERA: El tipo penal contenido en el art. 2 n°4 describe un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de una actividad peligrosa de “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño”.

De entrada, el tipo presenta algunas dificultades en orden a la determinación de su objeto material. Quizás lo adecuado hubiese sido omitir la designación de tantos medios de comisión del delito y haberse limitado a “artefactos explosivos” concepto lo suficientemente amplio como para abarcar a las “bombas” y “artefactos incendiarios”. Puesto que el tipo penal exige correctamente que tal conducta afecte o pueda afectar la integridad física de personas o causar daño, se entiende que quedan excluidos de estos medios las partes y piezas de los artefactos mencionados, así como también sustancias químicas que usualmente son empleadas para la fabricación de explosivos. Por esta misma razón, y por su idoneidad para lesionar o poner en peligro la integridad física, se entienden incluidos, los artificios que tengan efectos químicos de tipo lacrimógeno, paralizante, asfixiante o hilarante.

El legislador admite una hipótesis dual, la una como delito de resultado (afecten...) y la otra como delito de peligro (puedan afectar, o causar daño). En ambos casos la consumación se produce con la mera colocación, lanzamiento o disparo de los artefactos ejecutados con alguna de las finalidades exigidas en el art. 1° de la ley 18.314. Es justo destacar empero que el legislador se preocupa de dejar constancia que no basta con la mera conducta, hace falta un *riesgo para la integridad corporal o la propiedad*. Pero este riesgo es general y abstracto, porque a pesar de señalar el tipo penal “afecten”, el delito no se cualifica por el resultado, sino en virtud de la presencia de los elementos subjetivos específicos, de donde resulta que el peligro se presume por el hecho de emplear determinados medios de comisión, especialmente dañinos. Es decir, el tipo penal no exige la producción de consecuencias desastrosas que pudieran ubicarse entre los medios de comisión y el peligro.

A objeto de evitar la generalización del riesgo, la consiguiente presunción sobre su concurrencia, y un tipo penal abierto, lo adecuado habría sido incluir en el tipo objetivo la exigencia de que *la colocación de los artefactos explosivos se hiciera en lugares caracterizados por la afluencia de público*. No hay necesidad de elaborar una extensa lista como era la contenida en la antigua ley 18.314, y en el Proyecto de ley que precedió a la ley 19.027. Habría bastado con señalar a título ejemplificativo: vía pública, medios de transporte colectivo, lugares habitados o destinados a la habitación, fueren edificios públicos o privados e instalaciones industriales. Los recintos militares se encontrarían comprendidos dentro del concepto de edificios públicos, puesto que pertenecen al Estado.

Por otra parte, no parece adecuarse al principio de lesividad, la protección del bien jurídico propiedad en cuanto uno de los que resulta inmediatamente afectado. Entendemos que, más allá de que efectivamente se produzca una lesión a la propiedad pública o privada, es indispensable para que una conducta pueda incriminarse a título de terrorismo, que dicho daño material afecte o pueda afectar bienes jurídicos individuales de la mayor importancia: vida, integridad corporal, salud de las personas.

La inexigencia a este respecto, y que de lege data existe, porque el legislador habla de “causar daño”, significa cualificar la conducta basándose principalmente (amén del elemento teleológico) en los medios empleados. Esto desvirtúa el carácter terrorista de la conducta y amplía la punibilidad alcanzando a conductas constitutivas de delitos comunes. Imaginemos el

caso del sujeto que, pretendiendo atemorizar a los integrantes de un equipo de fútbol contrario hace detonar un artefacto explosivo casero en la sede donde se reúnen, caso no imposible de darse en la realidad atendido el aumento de las acciones delictivas por parte de las “barras” de cada equipo. Esto excede el concepto marco de terrorismo que proporciona la Constitución en su art. 9º, y que lo considera como esencialmente contrario a los derechos humanos.

Por último, el artefacto explosivo o incendiario reviste en la actual legislación una doble fuente de ilicitud: de un lado, se encuentra considerado como eventual medio de comisión del delito a través del cual puede presumirse la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población (art. 1º nº1), y de otro lado se encuentra incorporado en la descripción del tipo penal contenido en el art. 2º nº4, como objeto material sobre el cual debe recaer la acción típica. Esta doble fuente de ilicitud, contraria al principio de non bis in ídem, reclama una interpretación acorde con el principio de legalidad (art. 19º nº3 CPRCH), en el sentido de considerar inaplicable la presunción del art. 1º nº1 cuando el delito cometido fuere el descrito en el art. 2º nº4.

CUADRAGÉSIMA CUARTA: En cuanto al *delito de asociación ilícita terrorista*, puede concluirse que:

1.- El fundamento de la punición de las asociaciones ilícitas se encuentra en la Constitución Política (art. 19º nº 15) que garantiza el derecho de asociarse sin permiso previo, estableciendo como límite al ejercicio del mismo, las asociaciones que atenten, contra el orden público y la seguridad del Estado. Son inconstitucionales, de acuerdo al texto de la Carta Fundamental, todas aquellas asociaciones que propugnen una estrategia política que no respete las reglas del sistema democrático (en el que se garantiza el pluralismo político), y propugnen la violencia como método de acción política. Siguiendo estas directivas la Ley 18.314 tipifica el delito de asociación ilícita terrorista, en el art. 2º nº5 exigiendo para la configuración típica la concurrencia de dos elementos claramente diferenciados: la voluntad de asociarse y la pluralidad de objetivos dolosos. Tales elementos constituyen la síntesis de la conjunción entre el Tipo Objetivo y el Tipo Subjetivo.

La voluntad de asociarse exige la existencia de fines mediatos, generalmente de naturaleza política, organigramas de estructuración basados en la jerarquía, disciplina y compartimentación, la presencia de cuadros políticos y políticos militares, es decir, evidencias propias de la convergencia y aunamiento de finalidades y acciones, con carácter de cierta mínima permanencia en el tiempo y con visos de posibilidad real en el logro de tales objetivos. La pluralidad de objetivos dolosos exige la clara disposición de llevar cabo dos o más delitos de terrorismo. No basta con el propósito de cometer “un delito de terrorismo”. Ello en rigor pertenece al campo de la conspiración o proposición para delinquir.

Esto significa que si quienes integrados en una asociación ilícita no han cometido delitos de terrorismo, o sólo han perpetrado una conducta de ese carácter, no puede darse por acreditada la existencia de una asociación terrorista, pues ello atentaría contra el texto expreso del art. 2º nº5 de la mencionada ley, que establece que sólo existe tal asociación cuando ella tenga por objeto la comisión de "delitos" de terrorismo. Afirmar lo contrario implicaría una vulneración al *principio de legalidad*.

De acuerdo a los términos de la incriminación, para que una asociación ilícita sea cualificada como delito de terrorismo se requiere: a) Que se trate de una asociación ilícita de las sancionadas en el art. 292 del Código Penal, b) Que tenga por fin la acción de asociarse se halle impregnada de uno de aquellos especiales elementos subjetivos específicos a que se refiere el art. 1º de la ley 18.314 (elementos subjetivos de tendencia interna intensificada), y c) que dicha asociación tenga por objeto la comisión de delitos terroristas (cualquiera de los enumerados en el art. 2º en relación con el art. 1º de la ley 18.314), esto es, la presencia de un dolo específico.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, los elementos subjetivos de tendencia interna intensificada más que a la asociación ilícita, deben orientar la acción constitutiva de los respectivos delitos de terrorismo que la organización se propone cometer. En rigor ellos forman parte de la configuración típica de los delitos de terrorismo enumerados en los numerales 1 a 4 de la ley 18.314, siendo, por el contrario, fuente de confusión, que al mismo tiempo se les considere como integrantes del tipo subjetivo del delito de asociación ilícita terrorista. Si la asociación tiene por objetos cometer delitos que en su tipo subjetivo contienen la finalidad de atemorizar a la población o arrancar resoluciones a la autoridad, no hay necesidad de considerarles también como elementos del tipo penal autónomo de la asociación ilícita terrorista. Ello denota la existencia de una doble fuente de ilicitud.

Por lo demás, sostener que una asociación se constituya con el solo propósito de “atemorizar” o de imponer una voluntad a la autoridad, es una situación que en los hechos es difícil de producirse y acreditar por los medios de prueba legal. y aún más, si así fuese, tendríamos que aceptar que nos encontramos ante la aplicación de políticas penales de orden público propias de un proceso de fascistización genérica del Estado, lo que no parece haber sido la intención del legislador.

Tal y como se señaló en su oportunidad, si lo que el legislador de la ley 19.047 pretendía era la creación de un tipo penal autónomo de asociación ilícita terrorista, debió prescindir de la consideración de los requisitos del art. 1° de la ley 18.314 como elementos del tipo subjetivo del delito de asociación ilícita, y conservar tan solo el dolo específico: el propósito de cometer delitos de terrorismo, porque ellos, de suyo implican el uso de la violencia como método de acción política (art. 19 n°15 CPRCH). No obstante, y por las razones que se expusieron en su oportunidad, *lo adecuado político criminalmente sería la eliminación del delito de asociación ilícita y considerar la organización como elemento de lo injusto en cada uno de los respectivos tipos penales de terrorismo*. A ello cabe agregar que, tal y como se encuentran establecidos los límites del derecho de asociación en la carta Fundamental, las organizaciones cuya táctica insta por la comisión de delitos de terrorismo, es decir, por la utilización de la violencia en cuanto táctica en una determinada estrategia política son inconstitucionales, correspondiendo dicha declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Siendo así, bastaría con que las organizaciones que pudieran ser calificadas como asociaciones ilícitas terroristas fueren declaradas inconstitucionales, ya que resulta contrario a los criterios de un derecho penal mínimo y de garantías sancionar a la organización como un delito autónomo, adelantando las barreras de protección penal, y que históricamente ha demostrado ser un factor determinante en la represión de la disidencia política. Pareciera ser que con la consagración de un delito autónomo de asociación ilícita terrorista se quisiera llenar un vacío legal cuyo objetivo es la incriminación penal de la conducta de quien, sin haber cometido delito de terrorismo, debe, *por razones de Estado*, ser castigado en razón de su adhesión a una determinada idea política. Se castiga- incomprensiblemente a los que se reúnen para decidir agruparse (voluntad asociativa) para luego delinquir.

A estas consideraciones se unen las razones sustantivo penales: el delito de asociación ilícita es un delito de peligro abstracto para la lesión del bien jurídico colectivo que se protege con la tipificación de los delitos de terrorismo. Lo que se castiga es una “conducta peligrosa” (desvalor de acción) prescindiendo de cualquier “resultado de peligro” (desvalor de resultado). Y aún así, resulta discutible que en el delito de asociación ilícita terrorista pueda llegar a comprobarse la peligrosidad ex ante de la conducta para el bien jurídico protegido. La conducta de quien integra o se afilia a una de estas asociaciones es inidónea para poner en riesgo al bien jurídico colectivo protegido.

2.- En cuanto a la penalidad que el legislador asigna al delito de asociación ilícita terrorista, cabe destacar que, en general, se respeta el principio de proporcionalidad en las penas toda vez

que la sanción aplicable se determina por un aumento de la pena asignada a la asociación ilícita común (art. 292 del CP) en función de la participación de los sujetos en la organización, siendo mayor en el caso de los jefes o directores, criterio que también ha sido seguido en la legislación comparada.

Esta mayor penalidad para quienes ejercen funciones de mando tiene su fundamento político criminal en el carácter ejemplificador y retributivo que se asigna por el legislador a los delitos de terrorismo. No obstante, como se ha puesto de manifiesto, llama la atención que tratándose de los integrantes, no se exija la calidad de miembro activo y que se alteren las reglas generales de participación criminal desde que se sancionan conductas que técnicamente se corresponden con la complicidad o encubrimiento en el ilícito penal (“los que a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios en instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión”).

Como *lege ferenda*, y ateniéndonos al espíritu del legislador y a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, estimamos que deben excluirse de la aplicación del art. 3 de la LCT, que se refiere a la penalidad, las conductas que técnicamente se corresponden con complicidad o encubrimiento, debiendo respetarse las reglas generales de la participación criminal. La pena para el cómplice o encubridor, de todas maneras resulta mayor que la que pudiere resultar en el delito de asociación ilícita común, ya que debe tomarse como base la pena (ya agravada) del delito de terrorismo cometido.

Se ha hecho patente asimismo que por expresa disposición legislativa, la pena asignada al delito de asociación ilícita se aplicará separadamente de la que corresponda por el efectivo delito de terrorismo cometido con motivo u ocasión de la asociación ilícita. Este criterio es enfatizado tratándose del delito de secuestro terrorista, en que, probablemente para solucionar un problema concursal entre la LCT y la LSE, el legislador incluyó un inciso 2° al numeral 5 del art. 2 por el que se señala expresamente que los delitos de secuestro cometidos por una asociación ilícita terrorista serán siempre considerados delitos de terrorismo.

Entendemos que se produce una inversión del criterio que el legislador adopta, cual es el de cualificar como terrorista la asociación ilícita tomando en consideración el tipo de delitos que ella persigue cometer (delitos de terrorismo). En el caso del secuestro, tal y como se encuentra planteado, es la asociación ilícita “terrorista” la que extiende este carácter al delito concreto cometido. Esto implica contradecir el propio texto legal, por lo que, en nuestra opinión, los hechos deberán sancionarse siguiendo las reglas del concurso medial de delitos (art. 75 CP) toda vez que la asociación ilícita no es sino el medio para perpetrar los delitos de terrorismo que efectivamente se cometen.

La aplicación del art. 75 para determinar la penalidad encuentra su fundamento en la necesidad de respetar el *principio de non bis in ídem*, ya que frente a dos delitos no puede haber doble sanción si uno de éstos es el medio necesario para cometer el otro. Por lo demás, ña sanción a un sujeto por el delito de asociación ilícita terrorista, el que se configura sobre la base de la comisión de otro delito de terrorismo implica desvirtuar el carácter de delito de peligro de la asociación ilícita, en contra de lo dispuesto por el art. 8° del CP que establece como norma general la no punición de actos preparatorios. Luego, lo adecuado sería considerar la organización (asociación ilícita) como un medio para la perpetración de auténticos delitos de terrorismo, y por ende como elemento de lo injusto penal de todos y cada uno de los tipos penales de terrorismo.

3.- El delito de asociación ilícita corresponde en el ordenamiento jurídico penal chileno a una diversidad de figuras delictivas que abarcan desde las asociaciones ilícitas comunes hasta las asociaciones ilícitas tipificadas en leyes especiales, entre las cuales se cuentan las tipificadas en el art. 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado, el art.8° de la Ley de Control de Armas, y el art. 2 n°5 de la ley de conductas terroristas.

Esto conduce a un concurso aparente de leyes penales que deberá resolverse conforme al *principio de especialidad*, debiendo prevalecer el tipo penal tipificado en las respectivas leyes especiales, por sobre la asociación ilícita común (art. 292 CP) cuando se reunieren los requisitos de sus respectivas configuraciones típicas, principalmente los relativos al bien jurídico protegido, manifestado en ciertas exigencias del Tipo Subjetivo (finalidad o propósito perseguido por la asociación). Este mismo criterio sirve para diferenciar a las asociaciones ilícitas terroristas de las asociaciones ilícitas penadas en la Ley de Seguridad del Estado (art. 4° d), debiendo prevalecer el tipo penal de estas últimas cuando los propósitos perseguidos por la asociación u organización fueren sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, alzarse contra los poderes del Estado o atentar en contra de ciertas autoridades, es decir, un objetivo político claramente reconocido.

El tipo penal contemplado en el art. 2 n°5 de la LCT debe prevalecer cuando la acción estuviere orientada por cualesquiera de las finalidades indicadas en el art.- 1 de la Ley 18.314 (elementos subjetivos de tendencia interna intensificada) y el dolo específico lo constituyere el propósito de cometer delitos de terrorismo. Estas finalidades o propósitos son también el factor determinante para que dicha calificación jurídica prevalezca sobre el delito contemplado en el art. 8° de la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la utilización de armas de mayor peligrosidad, esto es, medios especialmente dañosos en la comisión de la conducta, aparece como elemento común en ambos tipos penales. De un lado, el Tipo Objetivo del art. 8° de la LCA exige que los grupos de combate se encuentren dotados con tal tipo de armamento para que se satisfagan los elementos del tipo penal. Por otro lado, los delitos de terrorismo que tipifica la LCT requieren en el Tipo Subjetivo la presencia alternativa de la finalidad de “atemorizar a la población”, entendiéndose que dicha finalidad puede darse por acreditada (presunción) por el hecho de emplearse en la comisión de los delitos dicho tipo de armamento.

Esta situación ha llevado a que en relación a los integrantes de ciertas organizaciones políticas ilegales se hayan producido dobles procesamientos, y en algunos casos dobles condenas: el uno por el delito de asociación ilícita terrorista del art. 2 n°5 de la LCT, y el otro por la formación de grupos de combate o partidas militarmente organizadas. Nos encontramos, por tanto ante una infracción evidente al principio del *non bis in ídem* puesto que se sanciona doblemente por el hecho de la pertenencia a la organización.

En nuestra opinión, el concurso de leyes debe resolverse a favor de la Ley sobre conductas terroristas cuando la acción de asociarse estuviere orientada por especiales elementos subjetivos de tendencia interna intensificada que se señalan en el art. 1° de la LCT, elementos subjetivos del tipo que no exige la ley de Control de Armas. En el caso de que el elemento subjetivo presente en la conducta fuere el descrito en el numeral 1° del art. 1° y pudiere darse por acreditada la finalidad sobre la base de la presunción, hay que tener presente ante todo que ella exige la efectiva utilización del armamento para la configuración típica. No basta pues con la mera posesión o tenencia, como lo exige el art. 8° de la LCA.

Además, no puede, sin desconocerse las características propias del tipo delictivo de asociación ilícita terrorista, sancionar a uno de sus miembros también por la formación de un grupo de combate o partida militarmente organizada. Lo que el legislador quiere castigar en el art. 2 n°5 de la LCT es una asociación ilícita que, además de la voluntad asociativa y la pluralidad de objetivos dolosos, orientados por cualesquiera de las “finalidades terroristas”, necesita del elemento militar o armado para cumplir con sus objetivos. De allí que la pertenencia a un grupo de combate armado (art. 8° de la ley de Control de Armas), sea un *medio* para mantener a la asociación ilícita. Tal y como puede desprenderse en una correcta interpretación de la jurisprudencia anotada, no se puede pertenecer a la estructura militar de la asociación ilícita sin pertenecer al mismo tiempo a la organización que la contiene, y por tanto, al juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho existe una infracción evidente al principio del *non bis in ídem*, y en el caso de sentencias ejecutoriadas, una infracción al *principio de la*

cosa juzgada. Tal es el caso de quien habiendo sido condenado por el delito de asociación ilícita terrorista (o también de la Ley de Seguridad del Estado) es procesado posteriormente por el delito del art. 8° de la LCA).

Siendo el problema concursal más bien la antesala de otro mayor cual es la determinación de la pena aplicable, entendemos que, mirado desde el Tipo Objetivo, nos encontramos ante una sola acción; participar en una asociación ilícita que persigue determinadas finalidades, frente a la cual no cabe sino aplicar una sola pena, conforme lo señalan las reglas generales del concurso ideal de delitos. La existencia de dos delitos autónomos, el uno por la LCT y el otro por la LCA, cuando a cada una de dichas calificaciones le correspondiera una sola acción. Atendiendo al Tipo Subjetivo, para que pudiese existir la aplicación de una pena por dos delitos distintos, tendría que existir una diversidad de tipos subjetivos, cuestión que no existe en la conducta de quien se afilia o integra una asociación ilícita terrorista. Existiendo una sola motivación o finalidad, debe existir una sola calificación jurídica.

Por otra parte, si atendemos a los bienes jurídicos protegidos, para la cualificación de una conducta por dos delitos distintos, deberá existir al menos una duplicidad en los bienes jurídicos colectivos que se protegen con dichos tipos penales, lo que no parece tener coherencia tratándose de la conducta descrita en el art. 8° de la LCA en relación con la conducta de quien a su vez pertenece a la asociación ilícita terrorista. El bien jurídico que se pretende proteger tiene un carácter colectivo, para cuya lesión o puesta en peligro, en nuestra opinión, se requiere necesariamente la lesión o puesta en peligro del objeto de tutela penal en la Ley de Control de Armas. En otras palabras, para que pueda existir una asociación ilícita terrorista del art. 2 n°5 y art. 1° de la ley 18.314, necesariamente dicha conducta debe infringir, a la vez, el art. 8° de la Ley de Control de Armas.

Conforme a estas consideraciones, el art. 8° de la LCA queda absorbido por el delito de asociación ilícita terrorista, quedando reservada su aplicación como delito autónomo, en el caso de sujetos relacionados con una asociación ilícita tipificada en otras leyes especiales (Ley de Seguridad del Estado y Ley sobre conductas terroristas), a dos situaciones:

- a) A quienes integran, pertenecen o forman un grupo de combate o partida militarmente organizada, sin tener por finalidad una de carácter político, como es la que describe el art. 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado.
- b) A quienes integran, pertenecen o forman un grupo de combate armado sin tener por finalidad atemorizar a la población o imponer una determinada voluntad a la autoridad (art. 1° de la Ley de conductas terroristas). Tal situación se produce tratándose de quienes forman un grupo de combate armado actuando meramente al servicio de la organización, conducta que en el lenguaje ordinario se conoce con el nombre de “mercenarios”. La aplicación de la LCA queda reservada solo para el caso en que todos los integrantes de la partida militar estuvieren actuando al servicio de la asociación ilícita terrorista, puesto que si existen en su interior miembros que pertenecen a la organización terrorista, la conducta debe calificarse conforme a la Ley de Conductas terroristas y extender esta cualificación hacia quienes actúen al servicio, pero sin compartir sus propósitos o finalidades.

Por último, cabe destacar que si bien la conducta de “mercenarios”, según los antecedentes de que disponemos, no se ha logrado apreciar en las organizaciones ilícitas pertenecientes a la insurgencia, sí es mucho más frecuente en el caso del terrorismo amparado por el aparato estatal. Baste recordar las violaciones a los derechos humanos que se produjeron bajo la dictadura del general Pinochet, cuya infraestructura se encontraba dotada no solo de sujetos que compartían los propósitos o finalidades de eliminación a la disidencia política, sino asimismo de personas que actuaban al servicio de los organismos de inteligencia (DINA, CNI): informante, médicos, etc.

CUADRAGÉSIMO QUINTA: En relación a las *disposiciones comunes* aplicables a todo delito de terrorismo, cabe señalar que:

En cuanto a la penalidad aplicable a los delitos de terrorismo, el legislador adopta un criterio que no presenta una distorsión grave en cuanto a las normas generales del derecho en relación a las consecuencias jurídicas del delito, salvo en cuanto ellas resultan mayores a las establecidas para las figuras comunes. Esta agravación se justifica en la trascendencia del ataque al bien jurídico protegido cuya titularidad corresponde a la Sociedad toda. La determinación de la sanción penal queda a criterio del juez quien posee un margen amplio para efectuar su labor pudiendo elevar en uno dos o tres grados la pena correspondiente al respectivo tipo básico, en el caso de delitos comunes cualificados como terroristas, y el establecimiento de márgenes de pena para los delitos autónomamente cualificados como terroristas. Al prescindirse de la aplicación de penas únicas se respeta el principio de legalidad en materia penal.

Lo que resulta discutible, desde el prisma del moderno derecho penal, es la consideración de los criterios de peligrosidad social para la determinación de la pena. Por imperativo del art. 3 bis de la ley 18.314, el juez debe respetar ciertas reglas y atenerse no solo a la magnitud del injusto respectivo para establecer la sanción aplicable, sino además a elementos que dicen relación con los “antecedentes y personalidad del reo”. Si la pena es la consecuencia jurídica que deriva de la evaluación entre desvalor de acción y desvalor de resultado, no existe razón para retornar a criterios de un verdadero derecho penal de autor, como lo son los relativos a la peligrosidad del delincuente.

El argumento que puede inferirse de la discusión parlamentaria, fehaciente expositora del espíritu del legislador, se basa en la necesidad de establecer un límite al margen elástico que se da al sentenciador para determinar la sanción aplicable. Sin embargo, creemos que en esta determinación siempre y en todo caso ha de respetarse el derecho penal del acto. Lo que ha de sancionarse son “hechos”, más o menos graves, según sea la trascendencia del bien jurídico atacado o puesto en peligro por el ataque, y no una determinada forma de vida de los sujetos.

En consecuencia, si al juez se le señala expresamente que en el caso de los delitos de terrorismo ha de aumentar las penas en uno, dos o tres grados, sobre la base del delito cometido, en cuyo injusto se encuentran ya incorporados en el art. 1° “la forma innecesariamente cruel de su ejecución...y las circunstancias y móviles del delito”, no hay razón para establecer una estimación anexa de los mismos al momento de señalar cual es la consecuencia jurídica del delito cometido. El juez dentro de ese marco elástico tiene los elementos suficientes como para ponderar correctamente las circunstancias del caso, escogiendo de entre todas las posibles aquella pena que más se adecue al juicio de reproche en contra de su autor (culpabilidad). Esta es la manera de respetar el principio de proporcionalidad.

Finalmente, no deja de ser criticable el establecimiento de graves penas accesorias, además de las que correspondan de acuerdo con las normas generales, como es la de inhabilitación para ejercer cargos públicos y otros similares por el plazo de quince años. Dicha sanción se encuentra consagrada a nivel constitucional (art. 9 de la CPRCH) y legal (art. 5° de la ley 18.314). A ello se añaden además la pérdida de la ciudadanía para los condenados y la suspensión del derecho a sufragio para el procesado por delitos de terrorismo (art. 16 n°2 y 17 n°3 de la CPRCH). Si al terrorista se critica su opción por la violencia como método de acción política, no se entiende en qué medida puede llegar a reinsertársele socialmente cuando se le niega la posibilidad de utilizar los canales de participación democrática.

En cuanto al art. 7 de la ley 128.314, cabe destacar que llama la atención que se englobe dentro de un mismo precepto el castigo para una fase preliminar del delito como es la tentativa, actos previos a la ejecución del delito, como son la conspiración y proposición para delinquir, y un delito autónomo cual es la amenaza de comisión de delitos de terrorismo.

En cuanto a la tentativa y punición de actos preparatorios (conspiración y proposición para delinquir) existe una alteración a las reglas ordinarias sobre la penalidad, toda vez que la tentativa se castiga con la pena mínima asignada al delito consumado y los actos preparatorios con la pena asignada al delito consumado rebajada en uno o dos grados. Esta alteración a las normas comunes que señala el CP deriva de la importancia que el legislador asigna al desvalor de acción que importa la conducta, prescindiendo del desvalor de resultado, esgrimiendo razones de política criminal relativas al tratamiento agravatorio que merecen los delitos de terrorismo.

Entendemos que si bien es cierto el terrorismo merece un tratamiento agravatorio, ello no tiene por qué manifestarse en una alteración de las reglas generales sobre la penalidad en materia de iter críminis, y en un adelantamiento de la punibilidad, como lo es la sanción de actos preparatorios, normalmente impunes. Más que ayudar al efecto de prevención general que lleva implícita la tipificación de delitos de terrorismo, obstruye el cumplimiento de dicho principio. El efecto criminógeno que produce la equiparación de las sanciones para la “tentativa” y el delito consumado” es indudable: al sujeto que comete delitos de terrorismo le será indiferente consumir el delito o meramente tentarlo.

Lo mismo ocurre con la punición de actos preparatorios ya que al adelantarse las barreras de protección penal, no solo se produce este efecto criminógeno, sino que además existe una contradicción con el principio del bien jurídico y el principio del derecho penal del hecho ya que ella se encuentra establecida con carácter general para todos los delitos de terrorismo. Mencionábamos la ilogicidad que se produce en el caso de la asociación ilícita terrorista, delito de mera actividad y peligro abstracto, en el que no parece ajustarse al derecho penal del hecho la sanción a quienes se reúnen (conspiración o proposición) para decidir asociarse (asociación ilícita) para luego decidir cometer auténticos delitos de terrorismo.

Además hay que considerar que la punición de actos preparatorios incide directamente en el plano de las garantías procesales, toda vez que las excepciones que, para casos de terrorismo, se establecen a las garantías constitucionales en el art. 19 n°7 de la CPRCH son aplicables potencialmente a todos los ciudadanos.

Finalmente, es criticable que un delito autónomo, como es la amenaza sea equiparado en su tratamiento al que se otorga a la tentativa de comisión de delitos de terrorismo. La amenaza es un delito específico y no una fase preliminar de otro delito, por lo que no procede asimilarlo a la tentativa. Quien amenaza a otro con causarle la muerte está cometiendo un delito específico, y no dando principio a la ejecución del delito de homicidio por un hecho directo, faltando uno o más para su complemento (definición de tentativa que da el art. 7 del CP). Además, se omite toda valoración en las diversas hipótesis delictivas que la legislación común considera para la determinación de la pena aplicable. La ley 18.314 no distingue entre amenazas condicionales y amenazas no condicionales, de un mal que constituya delito, como correctamente lo hace el legislador en el CP (art. 296). Se limita a señalar que “la amenaza”, lo que debemos entender como “cualquier tipo de amenaza” de cometer un delito de terrorismo, es castigada como tentativa del mismo, encontrándonos nuevamente con el efecto criminógeno que parece impregnar todo el artículo 7 de la ley 18.314, y con un quebranto a los principios de igualdad y proporcionalidad.

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

CUADRAGÉSIMO SEXTA: El examen realizado sobre el *Delito de asociación ilícita* plantea la interrogante acerca de la necesidad de la existencia de la asociación ilícita terrorista como un tipo penal autónomo. Fundamentalmente los problemas que ocasiona su inclusión radican en:

Desde el punto de vista político criminal:

a) La posibilidad del Estado de utilizar penalmente esta figura para reprimir la disidencia política, debiendo recordarse los intentos de ilegalización de un partido político que ideológicamente adhería a los postulados y principios de una organización terrorista, sin participar en la comisión de delitos que ésta comete.

b) El adelantamiento de la punibilidad que supone incriminar la conducta de quien meramente integra una organización terrorista, sin haber cometido delito de terrorismo específico alguno, adelantamiento de protección penal que, en nuestra opinión, no se justifica ni siquiera desde una perspectiva ex ante ya que, como se ha dicho, la posibilidad de que una organización terrorista pueda poner en jaque o riesgo al sistema democrático es prácticamente nula, de donde resulta, si se quiere respetar el derecho penal del hecho, habrá que sancionar “por los efectivos delitos cometidos”, y no por el mero hecho de asociarse.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica:

a) La doble incriminación que supone contemplar la pertenencia o integración en banda armada, de un lado como delito autónomo (art. 515.2 CP), y de otro, como elemento del tipo objetivo en los delitos de terrorismo que describen los arts. 571 y ss. del CP.

b) La posibilidad de llegar a relacionar la asociación ilícita con cualquier clase de delitos si consideramos que en el art. 574 del CP se sanciona “cualquier otra infracción” cometida en el marco de una banda armada y con las finalidades expresadas en el art. 571 CP, lo que conduce a una hipertrofia penal.

No desconocemos la gravedad de la delincuencia terrorista, pero no parece adecuarse a los criterios minimalistas la tipificación de la asociación ilícita como un delito autónomo (art. 515.2). Aparentemente la idea de reubicar este tipo penal dentro de los delitos de terrorismo, para evitar la confusión descrita en torno al bien jurídico protegido, podría en parte intentar armonizar los criterios político criminales que inspiran el tratamiento agravatorio del terrorismo con la técnica jurídica. Mas ello no plantea ninguna solución posible a la doble incriminación que supone sancionar dos veces a una misma persona por el hecho de su pertenencia a una banda armada u organización terrorista. Y la solución del concurso de delitos que ha planteado la doctrina, tampoco parece ser la adecuada, debiendo optarse, como se ha indicado, por una sola sanción, la del específico delito de terrorismo que se comete.

Quizá la solución mas aceptable, y que sabemos tendrá no pocos detractores, sea la de supresión del delito de asociación ilícita del art. 515.2 como delito autónomo, y optar por definir legalmente, dentro de la sección relativa a los delitos de terrorismo, lo que ha de entenderse por banda armada, organización grupo terrorista a efectos de los arts. 571 y ss. del CP en los que aparece como elemento de lo injusto penal.

Y si de criminalidad estatal se trata, quizá la vía legal fuere la de hacer responsable jurídicamente al Estado intentando reconstruir los criterios de imputación para los grupos que bajo su amparo cometen actos ilícitos, criterios de imputación que deberían ir paralelos a los de la persona individual.

Finalmente cabe recordar que la punición de las asociaciones ilegales constituye un instrumento poderoso en manos del Estado para la ilegalización de partidos políticos legalmente constituidos que manifiestan una adhesión ideológica a determinadas ideas políticas de ciertas organizaciones terroristas, adhesión ideológica que a lo sumo podría ser objeto de reproche moral, mas nunca penal, si de un Estado democrático se trata.

***Delitos comunes cometidos por individuos relacionados con bandas armadas,
organizaciones o grupos terroristas.***

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA: En cuanto a los *Delitos de daño material y peligro para las personas* cabe destacar que el art. 571 inicia la sección destinada a los delitos de terrorismo determinando los elementos que integrarán en adelante, los injustos penales de terrorismo. En el Tipo objetivo se integra el elemento estructural, a través de la exigencia de un sujeto activo que realice la conducta, sea “perteneciendo”, “colaborando” o “actuando al servicio” de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. En el Tipo subjetivo se integra un elemento teleológico que se concreta en la exigencia de una determinada finalidad, alternativa, en el sujeto activo: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Técnicamente se corresponden con elementos subjetivos específicos, de tendencia interna intensificada, que impregnan la acción orientándola hacia la lesión del bien jurídico.

Las conductas incriminadas por el art. 571 son las que tradicionalmente se han comprendido entre los delitos de terrorismo, y que se refieren a los tipos de riesgo catastrófico. El legislador se remite expresamente a los delitos de estragos del art. 346 e incendio del art. 351, ambos del Código penal.

Los delitos de estragos e incendios se caracterizan por: a) La causación de daños de valor patrimonial; b) los medios utilizados: instrumentos con gran capacidad destructiva (estragos) o combustión (incendio); y c) la existencia de un peligro para la vida o integridad de las personas. Este último es el elemento integrante del tipo objetivo que, a nuestro juicio, impide la extensión indebida de la punibilidad en cuanto delitos de terrorismo. Y que es precisamente lo que se quiere eliminar en con la reforma propuesta (PL de octubre 2000). Tanto la jurisprudencia, como la doctrina, han coincidido en que para calificar una conducta conforme al art. 571 necesariamente debe producirse una relación entre los estragos o el incendio que se cause y el riesgo para las personas, cuestión en la que el legislador acierta al exigirla expresamente en el art. 571. Así, cuando a pesar de haberse causado daños patrimoniales a través de estragos o incendio, éstos no importan un peligro para las personas, la conducta no podrá ser incriminada a título de terrorismo. Hay que tener presente, claro está, que la valoración del peligro queda a criterio del tribunal.

La consumación se produce, cuando se comprueba el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático), siendo necesario para ello que se hayan producido los actos ejecutivos de los delitos de estragos e incendio de los arts. 346 y 351 CP. No es necesario que se produzca efectivamente el resultado exigido por el tipo penal: daños patrimoniales o incendio de la cosa + peligro para las personas, para que el delito pueda ser cualificado conforme a los delitos de terrorismo. Si no se produce el resultado exigido, el delito se califica en grado de tentativa del art. 571. Si se produce el resultado exigido por el tipo penal: daños o incendio + riesgo para las personas, la solución es la de construir un *concurso ideal* entre el bien jurídico colectivo y el bien jurídico individual, ya que una sola acción del sujeto hace confluir dos o más acciones delictivas.

Si a consecuencia de los estragos o incendio se produjera lesión para la vida, la integridad física o salud de las personas, el legislador ordena penar las infracciones separadamente. El concurso de normas se produce entre el art. 571 y los respectivos delitos de homicidio (arts. 139 y ss. CP) y lesiones (arts. 147 y ss CP.). Estamos ante un concurso ideal, al que el legislador se encarga de darle un tratamiento punitivo propio del concurso real.

No existe una pluralidad de acciones que determinen la conducta típica de dos delitos distintos, situación que es la exigencia básica de todo concurso real. Lo que existe es una sola acción que cometida con el conocimiento y voluntad de causar daños y peligro para las personas, produce, como consecuencia de un dolo eventual, el resultado de muerte y/o lesiones. No hay una conducta separada de matar o lesionar a otro. Si el dolo genérico del autor fuese el de matar, utilizando los estragos o el incendio como medios, la conducta debería ser sancionada conforme al art. 572 y el concurso se produciría entre el art. 571 y el art. 572, situación que no

es la que el legislador está describiendo. El precepto se refiere “al resultado” de muerte o lesiones, “a consecuencia” de los estragos o incendio.

El legislador ordena penar separadamente las dos infracciones, con lo que está dando el tratamiento propio de un concurso real, que como tal deberá regirse por los principios de acumulación y asperación: al responsable deben imponérsele todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (art. 73 CP), pero el máximo de cumplimiento de la condena no puede exceder el triple del tiempo por el que se le impusiere la pena mas grave en la que haya incurrido (art. 76 CP). Así computada la pena, surge un nuevo concurso de normas, esta vez entre la pena resultante y la que prevé el art. 572 para los resultados de muerte y lesiones, concurso que deberá resolverse aplicando el principio de alternatividad que describe la regla 4ª del art. 8 del CP, esto es, la pena mas grave que resulta al comparar entre los respectivos concurso real (art. 571 y delitos comunes de homicidio o lesiones), y concurso ideal (cuando los estragos o incendio fueren el medio para cometer el homicidio o las lesiones).

CUADRAGÉSIMO OCTAVA: En relación a los *Delitos de lesión a las personas* tipificados en el **art. 572**, y como corolario de lo ya expuesto podemos indicar que si bien el art. 572 cumple con los requisitos mínimos y necesarios para la incriminación a título de delitos de terrorismo, esto es, la consideración de un elemento estructural en el sujeto activo, y el elemento teleológico, se advierte que:

1.- Esta es la disposición donde más claramente se nota la ausencia de un concepto claro de delitos de terrorismo. El legislador parece indicar que son delitos de terrorismo los que cometen quienes pertenecen, colaboran o actúan al servicio de “...organizaciones o grupos terroristas”.

2.- Unido a ello aparece la fórmula amplia “atentaren contra las personas” estableciendo una penalidad descendente en función del resultado producido: “causaran la muerte”, “causaran lesiones...” lo que dificulta su consideración como delitos de tendencia interna intensificada, naturaleza que a nuestro entender es la que procede tratándose de este tipo de delitos

3.- Se equipara la pena en el caso del resultado de muerte para las diversas hipótesis delictivas, de manera tal que es igual si el delito cometido es un homicidio o un asesinato. Esta misma omisión en la valoración de las hipótesis delictivas ocurre tratándose de los delitos de detenciones ilegales, amenazas y coacciones (art. 572.1,3º). Ello implica un quebranto a los principios de igualdad y de proporcionalidad, puesto que todas ellas son sancionadas con una misma pena. Tanto el homicidio terrorista como el asesinato llevan la pena de veinte a treinta años de prisión, unificados bajo la expresión “causaran la muerte de una persona”; todos los distintos supuestos de amenazas examinados, los distintos supuestos de detenciones ilegales y asimismo los diversos supuestos de las coacciones llevan la pena diez a quince años de prisión.

Este quebranto al principio de proporcionalidad se observa también en que se equipara la pena de supuestos tan dispares y que atentan contra bienes jurídicos de distinta naturaleza como es el caso del art. 572.1, 2º en que se incriminan de la misma manera las lesiones graves y el secuestro de personas, y en el art. 572.1,3º en que la misma y grave sanción merecen tanto el que detiene ilegalmente a una persona como el que meramente le amenaza o coacciona, o causare lesiones cuya entidad no aparece clara, como se ha dicho y que dados los términos amplios de la redacción puede tratarse incluso de lesiones constitutivas de una mera falta. (art. 617).

4.- Enlazando con la idea anterior, la significación que tienen el hecho de que pueda ser cualificado y considerado como delito de terrorismo una mera falta, tiene una objeción sobre todo político criminal: Al sobrevalorarse el elemento estructural (organización.sujeto activo) en el tipo objetivo; y la finalidad, en el tipo subjetivo, ya no se atiende a la gravedad del hecho para fundamentar el merecimiento de pena. Por el menor significado que tienen las faltas en relación a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es que ellas no son consideradas “delitos”. Y el

legislador ha elevado las faltas a la categoría de delitos de terrorismo sancionándoles con la misma y grave pena que a los delitos comunes correspondientes. Implícita está pues, la infracción al principio de igualdad.

5.- En cuanto a las amenazas, cabe destacar la rotunda importancia que el legislador otorga al elemento teleológico para la distinción de las mismas en cuanto delitos comunes y delitos de terrorismo. Mientras para las amenazas graves de un mal constitutivo de delito condicionales o no condicionales (art. 169) el tipo subjetivo requiere la finalidad de “amenazar”, en las amenazas con finalidad terrorista del art. 170 se requiere un fin de “atemorizar”, diferenciándose de las previstas en el art., 572.1, 3º en que en ellas el Tipo Subjetivo contiene un dolo que aparece teñido por elementos subjetivos específicos consistentes en la finalidad de “subvertir el orden constitucional” (claro reconocimiento de la finalidad política), o de “alterar gravemente la paz pública”.

6.- La exasperación punitiva que se advierte como nota común en los delitos de terrorismo, se hace presente en este precepto elevando la pena en su mitad superior cuando los delitos fueren cometidos en contra de ciertas personas revestidas de una especial calidad. Como se ha dicho, esto implica, o bien desconocer el principio de igualdad considerando que la vida de una autoridad, sea en ejercicio de sus funciones, o fuera del mismo, tiene mayor valor que la de una persona común. Como se ha dicho, si bien es cierto que este tipo de “sujetos pasivos” (que en el delito de terrorismo es “objeto material”), es el que con mayor frecuencia sufre los atentados terroristas, ello no implica necesariamente que deban tener una protección especial en razón de su “cargo”, y no de su “función”. Reiteramos la pregunta: ¿por qué proteger de manera desigual a un empresario víctima de un delito de coacciones o amenazas, que a una autoridad?.

No parece ser que el legislador estuviera pensando en la protección de estas personas considerando su función institucional, como nota distintiva en un determinado delito para que pueda comprobarse mejor la oposición de la conducta al bien jurídico colectivo protegido. Pensado de esta manera tendríamos que concluir que, de un lado, los delitos de terrorismo serían siempre delitos de peligro concreto, cuestión que no es así; y de otro lado, establecer la agravación de la penalidad sobre la identidad del “objeto material” y no de la efectiva conducta realizada.

CUADRAGÉSIMO NOVENA: De acuerdo al examen realizado respecto de los *Delitos de peligro a la seguridad pública* puede concluirse que el ámbito de punibilidad del art. 573 queda circunscrito a:

- a) Tratándose del depósito de armas o municiones, al art. 566 (establecimiento de depósito de armas o municiones); al art. 567 (depósito de armas de guerra). Se excluyen las conductas tipificadas en los arts. 563 y 564 (tenencia de armas), las que, podrían ser inculpas como delitos de terrorismo por la vía del art. 574 CP.
- b) Tratándose de la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como la fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma de estas sustancias explosivas o inflamables, o de los medios o artificios adecuados, al art. 568 CP.
- c) En cuanto a la “mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados” ha sido introducida por el legislador.

Es conveniente reclamar una interpretación a favor de que todas las conductas descritas estén relacionadas con la actividad terrorista, porque de lo contrario se corre el riesgo de considerar que las conductas son punibles no como consecuencia de la ilegalidad del comportamiento mismo sino por la mera pertenencia del sujeto a banda armada. Así se corre el riesgo de sancionar por este delito a quien trabajando legalmente en empresas dedicadas a la fabricación, transporte o suministro de armas o explosivos, perteneciese además a una organización terrorista. Por otra parte, no parece tener sentido la inculpa autónoma que se

hace de la “fabricación”, “transporte” o “suministro de cualquier forma” si atendemos a la amplitud del concepto de “tenencia”, concepto dentro del cual perfectamente pueden encuadrarse dichos comportamientos.

Algo similar ocurre tratándose de la mera colocación o empleo de sustancias o aparatos explosivos”, mas bien parece ser un medio para cometer el delito de estragos, incendio, o daños, que un delito autónomo. Un criterio similar tuvo en alguna ocasión la Audiencia Nacional recurriendo al art. 77 del CP para sancionar o separadamente las infracciones o aplicar la pena del delito mas grave en su mitad superior. De ahí los problemas concursales esbozados en orden a la realización de esta conducta y la producción de resultados típicos, estimando la jurisprudencia y doctrina mayoritaria que nos encontramos ante un concurso real., en el entendido que el art. 573 es una agravación específica sobre cada una de las conductas descritas en el art. 573. Lo que llama la atención en este supuesto es la ausencia expresa del riesgo para las personas, y de allí que pudiera pensarse que cumple la función de un tipo penal “de recogida” para todos aquellos comportamientos que no cumplieran con los requisitos objetivos de los delitos de estragos e incendio terroristas.

Por último, consideremos al art. 573 como agravante específica, o como subtipo agravado, la realización de cualquiera de las conductas supone la existencia de un delito de peligro abstracto. Peligro abstracto que nace como consecuencia de la remota posibilidad de lesión al ordenamiento constitucional democrático (bien jurídico colectivo).

QUINCUAGÉSIMA: En cuanto a la *cláusula residual contenida en el art. 574* cabe destacar que se incrimina genéricamente “cualquier otra infracción” cometida con la finalidad de subvertir el orden constitucional, o alterar gravemente la paz pública, realizada por quien pertenece, colabora o actúa al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Si bien es cierto el precepto es de aplicación subsidiaria a los arts. 571,572,.573, 575 y 577, de acuerdo a la regla 2ª del art. 8º del CP; no es menos cierto que se convierte en un verdadero cajón de sastre para todas las otras infracciones contenidas en el CP, sean ellas “delitos” o “faltas”. De allí que reclamemos una interpretación en el sentido que, el hecho realizado para ser conducta típica del art. 574, deba estar relacionado con las organizaciones terroristas y sus finalidades o propósitos.

A pesar de esta restricción, lo que no parece adecuarse en nada al concepto de terrorismo que se sostiene en esta investigación, es la posibilidad de sancionar como delitos de terrorismo a hechos constitutivos de meras faltas. Que una falta pueda ser sancionada como delito de terrorismo significa que, en opinión del legislador, el terrorismo no necesariamente se vincula a la comisión de delitos de especial gravedad, por lo que habría que concluir que lo que realmente se quiere sancionar no es un “hecho ilícito”, una “conducta realizada”, sino la pertenencia a organización armada, o colaboración con ella (que, por cierto se encuentran sancionadas expresamente en los arts 515.2 y 576 CP); y la “finalidad” o “propósito” que persigue el agente.

El acierto del legislador, lo constituye la determinación de la pena aplicable, utiliza un criterio agravatorio, pero uniforme y adecuado al principio de proporcionalidad: la pena correspondiente a los respectivos tipos básicos, en su mitad superior.

Tipos de autónoma colaboración con banda armada.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA: En relación a los *Delitos contra el patrimonio* tipificados en el *art. 575 CP*, es preciso destacar que en esta investigación se ha excluido, de lege ferenda, la protección penal vía delitos de terrorismo, del bien jurídico propiedad. Partiendo de esta premisa estimamos que el art. 575 poco o nada tiene que ver con la configuración típica del resto de los delitos de terrorismo. Pero tampoco parece asemejarse a lo que de lege data se consideran en el CP delitos de terrorismo ya que para satisfacer la tipicidad no se requiere que el

sujeto actúe con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ni tampoco que pertenezca a una organización terrorista.

Especialmente la inexigencia que se advierte en relación a los elementos subjetivos de tendencia interna intensificada que aparecen en los arts. 571 a 574, es lo que dificulta la posibilidad de advertir siquiera una puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático (bien colectivo). Si a ello unimos la falta de organización, veremos que en este precepto la finalidad política carece de precisión, incluso de sentido. Es probable que la tipificación de los delitos contra el patrimonio, como delitos de terrorismo, obedezca a la convicción del legislador en orden a proporcionar al terrorismo un tratamiento jurídico ad-hoc para las formas de crimen organizado, criterio del que hemos discrepado.

Se conoce que los delitos contra el patrimonio que se ejecutan con el fin de favorecimiento a organizaciones terroristas no son sino “un medio” para cometer otros delitos, ya de asociación ilícita, y a partir de ella, auténticos “delitos de terrorismo”. Gráficamente podemos representar: el particular que roba un banco para mantener la infraestructura de la organización lo hace, o bien para mantener en el tiempo dicha asociación ilegal, o para que a través de ella se cometan otros delitos que sí pueden identificarse con delitos de terrorismo: homicidios, asesinatos, estragos, secuestros, etc. Estamos hablando de auténticos actos de favorecimiento a la actividad terrorista, una colaboración específica que no puede ser sancionada conjuntamente con un acto de colaboración del art. 576. La violación al principio del non bis in *ídem* se produce desde el momento en que el legislador recurre a la figura del concurso real entre los arts. 575 y 576 para asignar la pena. El plus de desvalor que importa la comisión de delitos patrimoniales ya se encuentra previsto en el art. 576, por lo que no procedería aplicar además las penas del art. 576 por el acto de colaboración.

Interpretando la norma debe decirse que tendrá que atenderse a la conducta de colaboración que se ejecuta. Si éste lo es en relación a un delito contra el patrimonio, deberá considerarse favorecimiento a dicho delito y castigar como autor o partícipe en él. Solo cabe encuadrar la conducta en el art. 576 cuando ella no se encuentre dentro del ámbito de punibilidad del art. 575. Los delitos patrimoniales no son sino un “medio” para cometer otros delitos, tal y como se ha dejado de manifiesto. De ser así considerados, la penalidad aplicable se resolvería por la vía del art. 77 CP.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDA: El art. 576 CP tipifica como figura autónoma, especial y calificada el *Delito de colaboración con banda armada*. El sujeto activo es un extraneus a la organización terrorista que “lleva a cabo, recaba o facilita” cualquier acto de favorecimiento con las actividades “o” finalidades de las mencionadas organizaciones. Se trata en general de actos preparatorios que escapan a la regla general de impunidad por razones político criminales y que en muchos casos pueden llegar a corresponderse con formas de participación en un delito concreto.

La utilización en la conducta típica de los verbos rectores “llevar a cabo, recabar o facilitar” plantea las mismas dificultades que la anterior legislación, esto es, la sanción bajo un mismo título a conductas distintas en su desvalor. Parece ser que con la expresión “llevar a cabo” el legislador manifiesta su intención de punir la realización o prestación de actos de colaboración, pero ello queda inmediatamente contrarrestado por los verbos “facilitar y recabar” que determinan la punición de la “obtención” de dichos actos. Tanto la auténtica realización de actos de colaboración (llevar a cabo) como la conducta de quien meramente los facilita o recaba responde por el tipo agravado del art. 576.

La utilización de la conjunción “o” entre las palabras “actividades” y “finalidades” de la banda armada, organización o grupo terrorista puede conducir a desmembrar el abanico delictivo llegando a concebir “cualquier acto de colaboración con las finalidades de la organización terrorista”, con lo que parece estar sancionándose la adhesión a la ideología. Tanto

la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria han indicado que la interpretación del delito de colaboración con banda armada exige reconocer su esencia el “poner a disposición de la banda armada” determinadas aportaciones. Luego, la colaboración que debe sancionarse es aquella que se traduce en actos materiales pero desligada de un acto delictivo concreto. Sin embargo, la falencia advertida en la redacción no impide concebir un acto preparatorio que tiene por objeto solo favorecer su finalidad, con lo que nos encontraríamos ante una doble excepción en materia penal: la incriminación de un acto preparatorio que se traduce en la intención de favorecer la finalidad política de una organización, lo que puede llegar a conducirnos a la punición sobre la base del derecho penal de autor.

La punición de la colaboración debe dirigirse hacia actos materiales idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico protegido. Luego, la única colaboración relevante es la que se proyecta sobre la *actividad delictiva* de la banda armada u organización terrorista. Esta colaboración requiere de dolo entendiéndose que éste concurre cuando existe en el colaborador la conciencia de que está favoreciendo la actividad y finalidades terroristas y la voluntad o intención preeminente de prestar dicha ayuda.

El delito de colaboración con banda armada es un delito de mera actividad, ya que no precisa que la organización resulte beneficiada con el acto de colaboración. Es un delito de peligro abstracto pues se consuma con la mera conducta de colaborar y no requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Es además un tipo residual o subsidiario que solo tiene aplicación cuando los hechos realizados no revistieren otro delito de mayor gravedad.

Los actos de colaboración se encuentran enumerados en el art. 576 siendo éstos meros ejemplos toda vez que el precepto contiene una cláusula genérica que permite la sanción de “cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Esta cláusula lo determina como un tipo penal abierto que aparece contrario al principio de legalidad (tipicidad) puesto que no puede determinarse con claridad cuáles son las acciones prohibidas, a pesar de que emplea el término “equivalente” refiriéndose a las conductas enumeradas a título de ejemplo. No puede saberse hacia qué conductas se dirige la incriminación penal si consideramos que entre los mismos ejemplos enumerados se encuentran conductas de distinta gravedad, y que sin embargo son sancionadas con la misma pena. Así por ejemplo, la información o vigilancia de bienes o instalaciones es equipara en su desvalor a la de organización de entrenamientos militares. Parece ser que existe una infracción al *principio de proporcionalidad* en las penas. Por ello es que la doctrina ha estimado que su aplicación debe ir acompañada de una motivación acerca de la conducta que se considera equivalente y el por qué de esta equivalencia.

Empero, en virtud de esta cláusula de colaboración genérica, el ámbito de punibilidad puede extenderse extraordinariamente convirtiéndose en un cajón de sastre de otras conductas, ayudando a eliminar la exigencia de la prueba en materia de pertenencia o integración en banda armada. Hay que recordar que dentro de la misma han tenido cabida conductas tales como la de solicitar ayuda para la liberación de un preso por delito de terrorismo y redactar un manual para la preparación de explosivos, conductas que aparecen muy inferiores en su desvalor frente a otras que el mismo precepto enumera.

De ahí que, en cuanto delito de peligro abstracto, la colaboración con banda armada plantee serios problemas en orden a la proximidad de la conducta en relación con la lesión del bien jurídico protegido, esta peligrosidad objetiva, estadística que se exige para la configuración de los delitos de peligro. En nuestra opinión, en algunos de los casos enumerados existe una anticipación excesiva de la punición ya que se sancionan comportamientos que se encuentran alejados no solo de la lesión del bien jurídico, sino también de la idea de peligro concreto, y en otros casos existe una confusión entre formas de participación en el delito con un acto de colaboración con banda armada.

Y tanto es así que el propio legislador se encarga, solo en un caso, la vigilancia de personas, de realizar una correcta diferenciación. Cuando esta vigilancia no se tradujere en un delito concreto (vr.gr. asesinato, homicidio, secuestro), será sancionada con la pena correspondiente a los actos de colaboración, y si “llegara a ejecutarse el riesgo prevenido” se penará como coautoría o complicidad (art. 576.2, último párrafo). Esta disposición introduce un delito de riesgo que pretende ser de peligro concreto, ya que la “vigilancia” en sí misma supone un riesgo in abstracto, sin que pueda llegar a entenderse cómo puede probarse el peligro concreto, a no ser por una objetivación de la conducta mediante la producción del resultado, caso en el cual nos encontraríamos ante la segunda hipótesis (coautoría o complicidad).

Esto pone de manifiesto la innecesidad de la previsión que realiza el último párrafo del art. 576.2 puesto que ante la dificultad de probar el “riesgo” sin que exista un resultado, ni siquiera podemos concebir una tentativa (no se entiende en qué momento se da la consumación), y aún cuando castigue el hecho como coautoría o complicidad, no por ello se derogan las normas de la Parte General del CP.

Además, es innecesaria la previsión señalada por cuanto la situación en la que la colaboración se vincula a un hecho concreto delictivo ya se encuentra prevista por los tipos penales respectivos (arts. 571, 572, y 574). No obstante, es justo reconocer que en relación a la anterior legislación, la pena para el acto de colaboración es la misma (y no mayor) que la que resulta cuando la conducta es de autoría o complicidad en la ejecución de un delito concreto. En atención al desvalor de acción pensamos que la pena para el primero debía ser, en todo caso, menor.

Al hilo de lo anterior nos encontramos ante una confusión entre las formas de participación en el delito y la colaboración. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la distinción entre ambas debe realizarse atendiendo a la fase delictual en la que se preste la colaboración. Así la conducta se sancionará conforme al tipo especial del art. 576.1 cuando no se ha iniciado la ejecución del delito, y si ésta ejecución se ha iniciado, el hecho se castigará conforme a las normas generales de participación, a excepción de la conducta de “información o vigilancia de personas”, caso en el cual el hecho se castiga como coautoría o complicidad en el delito concreto de que se trate y según los casos. A pesar de esta distinción, no queda claro si la colaboración puede absorber una determinada forma de participación en el delito concreto que se comete con posterioridad a ella. La jurisprudencia no ha sido unánime a este respecto debiendo destacarse que en caso de que un mismo hecho pueda ser sancionado a título de colaboración y además como forma de participación en el delito nos encontramos ante una infracción al principio de non bis in ídem.

Por esta razón es que el concurso de normas que se plantea entre la conducta de colaboración “ejecutiva” que tipifican los arts. 571, 572 y 574 CP y la colaboración “genérica” que tipifica el art. 576, debe resolverse conforme al *principio de subsidiariedad* (art. 8 CP). Luego, si la conducta desplegada se vincula a un delito concreto deberán aplicarse los preceptos pertinentes (arts. 571, 572 y 574), y si no es así, procede aplicar el art. 576, siendo entonces, la colaboración de éste último, subsidiaria respecto de la primera.

QUINCUAGÉSIMO TERCERA: Atendidos estos problemas, unidos a la incongruencia que significa aplicar la misma pena a conductas de diversa índole, fuera de la equiparación de la sanción para las conductas del integrante y el colaborador (arts. 571, 572 y 574) nuestra postura se inclina por *la posibilidad de restablecer el principio de proporcionalidad en las penas y las reglas generales de autoría y participación en las conductas de colaboración*. No desconocemos que el terrorismo es un fenómeno de tal entidad que merece un tratamiento agravatorio. De ahí que sigamos considerando necesaria su existencia como delitos de nomen iuris propio. Pero ¿es necesaria tanta excepción a las reglas generales en materia penal para aplicar este tratamiento agravatorio?.

En nuestra opinión, *lo ideal sería eliminar la colaboración como delito autónomo y castigar las conductas que describe el art. 576 CP como forma de participación en el delito concreto cometido*. La colaboración con banda armada no quedaría impune si se la considera *como elemento de lo injusto penal* en aquellos casos en que colaborando con una banda armada se comete un concreto delito (arts. 571, 572, 573 CP), siendo exigencia de primer orden el restablecimiento del *principio de proporcionalidad* en las penas y castigar diferenciadamente a quien integrado en una banda armada comete un delito y a quien lo comete simplemente colaborando con ella. Se respetaría así al menos un principio tan básico como es el de castigo por el hecho cometido.

Pero, parece ser que, mientras el legislador siga considerando que el terrorismo es una forma de crimen organizado, no le excluirá del tratamiento general que le da al mismo, atendiendo no a la finalidad que persigue la organización, sino al hecho de estructurarse como tal. Por ello es que, en subsidio de la eliminación del delito de colaboración con banda armada, al menos debería distinguirse en cada una de las conductas que suponen una colaboración el desvalor de acción y de resultado que ellas representan a objeto de aplicar un tratamiento diferenciado, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad. Sin ánimo de realizar una propuesta como lege ferenda, estimamos que:

1) Tratándose de la colaboración a la que aluden los arts. 571, 572 y 574 del CP es conveniente restablecer las reglas generales sobre participación criminal a objeto de respetar el principio de proporcionalidad en las penas. No parece adecuada la equiparación de la conducta del integrante a la del colaborador por las razones que ya se han expuesto al tomar posición en relación a la necesidad de considerar el elemento estructural en lo injusto. Si la colaboración con banda armada se lleva a cabo para favorecer un delito concreto (estragos, incendio, homicidio), la conducta ha de ser sancionada como coautoría o complicidad según el grado y naturaleza de su intervención y la fase delictual en la que interviene, y no como autoría directa. La pena resultante será menor que la del integrante, y será mayor que la colaboración que se preste para favorecer genéricamente la actividad de la organización terrorista, esto es, la que se presta sin vinculación a un hecho delictivo concreto. Así ocurría bajo la LO 9/1984. La ventaja de ello es la reducción de los efectos criminógenos de la legislación antiterrorista y el respeto al principio de proporcionalidad.

2) En cuanto a las conductas incriminadas en el art. 576 CP:

2.a) *La información o vigilancia de personas* cuando no ha llegado a ejecutarse el riesgo prevenido es un acto preparatorio cuya sanción obedece a razones de política criminal. Tal como ha señalado la jurisprudencia la sanción procede solo cuando esta información o vigilancia tenga por objeto o destino la organización terrorista. Discutimos la necesidad de esta punición puesto que el riesgo o posibilidad de lesión al bien jurídico protegido aparece demasiado lejano. Quien informa o vigila con el objeto de traspasar estos datos a la organización terrorista no tiene conocimiento del delito concreto que va a cometerse, ni tan siquiera si efectivamente va a llegar a cometerse un delito. A lo sumo podría hablarse de un dolo eventual en su conducta. Y si el legislador sanciona la conducta como coautoría o complicidad “si llegara ejecutarse el riesgo prevenido” no parece tener sentido sacrificar de manera tan abismante el principio de proporcionalidad en la pena cuando ni siquiera se sabe si el riesgo llegará o no a ejecutarse: cinco a diez años de prisión por informar o vigilar a una persona para el colaborador, sin que éste tenga siquiera conocimiento de que se vaya a perpetrar un delito determinado parece demasiado.

2.b) *La ocultación o traslado de personas vinculadas a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*, es técnicamente una forma de participación en un delito concreto. Se trata de encubrimiento, pues constituye una conducta “ex post facto” que ni supone participación en el hecho delictivo, ni lo favorece. Así por ejemplo, cuando se ha cometido cualquiera de los delitos

tipificados en los arts. 571 y ss (excepto art. 576), el encubrimiento lo será de dicho delito. Cuando no existe este delito, ocultar o trasladar a una persona perfectamente puede ser un encubrimiento en el delito de asociación ilícita.

2.c) *La construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos.* Los verbos rectores determinan ciertas conductas que dicen relación con “alojamientos” y “depósitos”. En cuanto a la cesión, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos, estimamos que esta conducta es un acto preparatorio que puede decir relación ya con un delito concreto, en cuyo caso podría quedar absorbida por el encubrimiento (ocultación de personas); o que bien puede no decir relación con ningún hecho delictivo, caso en el cual la conducta puede ser calificada como delito de colaboración con banda armada, aún siendo un acto preparatorio, y cuyo fundamento son los lineamientos político criminales de prevención del terrorismo. En cuanto a la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de depósitos, no entendemos si el legislador se está refiriendo a los depósitos de armas, caso en el cual las respectivas conductas se encuentran ya incriminadas en el art. 573, de suerte tal que en principio estimamos innecesaria su tipificación como delito de colaboración con banda armada ya que podría producirse un concurso de normas.

2.d) *La organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas,* es una conducta que parece mas bien propia de integrantes de una banda armada u organización terrorista, y no de colaboradores, de manera tal que su punición estaría ya prevista por el delito de asociación ilícita (art. 515.2), pudiendo encontrarse en concurso con el delito previsto en el art. 573.

2.e) *“cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género”.*

El empleo de esta cláusula genérica ocasiona una extensión excesiva de la punibilidad, como antes se ha dicho. Estimamos que en el caso de la cooperación o ayuda económicas, dicha conducta puede sancionarse conforme a las reglas generales de participación aplicando el tipo penal contenido en el art. 575 que se refiere a los delitos contra el patrimonio. Ello deberá hacerse atendiendo a la fase delictual en la que se intervenga y el grado de participación del sujeto. En relación a la mediación, no nos extenderemos en un punto sobre el que ya hemos digresionado, baste señalar que en nuestra opinión la manera adecuada de incriminarla es bajo la forma de participación en un delito concreto admitiendo el estado de necesidad como causa de justificación.

Delitos realizados al margen de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 577)

QUINCAGÉSIMA CUARTA: La concurrencia de la finalidad política permite incriminar como delitos de terrorismo a conductas que son ejecutadas sin conexión con bandas armadas o grupos terroristas. Sobre las consideraciones político criminales que se plantean en torno a este tipo penal, nos remitimos a los ya señalado en capítulos anteriores acerca de la confusión entre la violencia política terrorista y las manifestaciones de violencia política espontáneas, o no organizadas, como pueden ser los piquetes de huelga, la violencia callejera protagonizada por jóvenes, etc. Parece ser que el art. 577 tiene la función de servir de salvaguarda de problemas procesales, cuando no se puede probar la pertenencia o relación con una banda armada, y se necesita sancionar como delitos de terrorismo. Recordemos que la famosa “kale borroka” ha sido considerada por algunos sectores como el “germen mismo del terrorismo”.

El art. 577 tiene un régimen punitivo propio ya que enumera taxativamente las conductas que por él pueden calificarse como terroristas, sin que ellas coincidan en su totalidad con las que se tipifican para las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Las conductas que se incriminan son casi las mismas que las descritas para el caso del sujeto relacionado con

bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: homicidio, lesiones de las tipificadas en los arts. 149 ó 150 (lesiones graves), detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones, incendios, estragos, tenencia, tráfico y depósito de armas y municiones. *No se comprenden:*

- a) Los delitos contra el patrimonio sancionados en el art. 575.
- b) Los actos de colaboración a que se refiere el art. 576 del CP,
- c) La tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes (art. 573)
- d) La fabricación, transporte o suministro de cualquier forma de armas o municiones, y de sustancias, aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes (art. 573)
- e) La mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados (art. 573)

La distinción entre un acto de colaboración para con una banda armada, y contribuir a los fines de la misma realizando delitos comunes como los descritos en el art. 577 exigen precisar que, en el primer caso, nos encontramos con un individuo que sin pertenecer a la banda armada, contribuye, ayuda a la misma, teniendo, por tanto que existir algún tipo de relación entre el sujeto y la organización. En cambio, en el art., 577 esta relación sujeto-orgánica, no debe existir. Basta con que confiera a su actuar un sentido especial consistente en la finalidad política, para que pueda ser sancionado a título de delitos de terrorismo.

Si pensamos en que es la organización la que va a dotar a los delitos cometidos del grado necesario de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido (colectivo), el tipo penal in comento no se sostiene. Evidentemente no es lo mismo, para el bien jurídico colectivo, el que mata o lesiona obedeciendo a un plan estratégico de una organización terrorista, que aquel sujeto que lo hace independientemente de ella, pero con sus mismas finalidades. El grado de riesgo para la lesión de dicho bien colectivo es infinitamente mayor en el primer caso.

Es justo, empero, destacar que acierta el legislador al recurrir a la fórmula concursal para la determinación de la pena. La aplicación de la sanción establecida para el delito concreto cometido, en su mitad superior, permite respetar los principios de igualdad y proporcionalidad, porque se valora cada hipótesis delictiva, y se le aplica un criterio uniforme: en su mitad superior.

QUINCUAGÉSIMO QUINTA: En cuanto a la punición de actos preparatorios a que se refiere el art. 578 CP, ante todo debe tenerse presente que la punición con carácter general de los mismos, se opone tanto al principio del derecho penal del hecho como de exclusiva protección de bienes jurídicos. No obstante, ante la gravedad del fenómeno terrorista, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que resulta comprensible que ellos sean punibles.

No ha sido nuestra intención proponer, como lege ferenda, la punición de “todos los actos preparatorios” en los delitos de terrorismo, sino únicamente hacer presente dos cuestiones que consideramos fundamentales: La primera se refiere al ámbito de punibilidad que alcanza la punición del art. 578. En ellos se contemplan también los delitos cometidos por sujetos no relacionados con bandas armadas u organizaciones terroristas. Si lo que cualifica la violencia en el terrorismo es la existencia de una organización, que diseña toda una estrategia para alterar el orden constitucional, la consecuencia lógica sería que solo los actos preparatorios que con ella se relacionen, sean punibles. La posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido o de siquiera ponerlo en peligro, a través de comportamientos que, normalmente no son punibles, pierde toda posibilidad de precisión en el “terrorismo individual”.

La segunda se refiere a la punición de la apología del terrorismo, figura que nace de la necesaria conexión entre el art. 578 y el art. 18 del CP. De acuerdo a este último, la apología sólo será punible como forma de provocación, y cuando suponga una incitación directa a la comisión de un delito.

Es de justicia destacar que el CP 1995 acierta al restringir el ámbito de punibilidad de la apología, excluyendo de su ámbito de aplicación a todas aquellas manifestaciones de adhesión ideológica a determinadas organizaciones o doctrinas, que si bien pueden resultar moral, social o políticamente rechazables, no se hacen merecedoras de sanción penal por que no suponen una forma de determinar a otro (s) a cometer el delito. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido suficientemente en la imposibilidad de sancionar conductas que no supongan una intromisión en los derechos fundamentales del otro, y que consistan en la manifestación de opiniones de adhesión o apoyo ideológico.

Por esta razón aparece como inadecuada la creación de un tipo penal específico de exaltación del terrorismo, como propone la reforma de octubre 2000. Que alguien enaltezca o justifique públicamente un delito de terrorismo, o a sus autores, no está incitando a la comisión de delitos de la misma naturaleza, ni a una persona en particular, ni a la masa en general. Su actuación, queda a nuestro entender, dentro del ámbito de la libertad de expresión.

Pero cuando su conducta excede los límites de estas garantías constitucionales, y fuerza directamente, incita directamente a otro a cometer un delito, la ley le castiga en el art. 578 del CP, como forma de provocación. La apología de los delitos de terrorismo como tal, no existe, lo que existe es una apología que ha tratado de ser inculpada autónomamente, pero que ha quedado disuelta en el art. 18 del CP al señalar este expresamente que “solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

La apología comparte, junto con la provocación, el carácter público, ambas deben manifestarse ante una concurrencia de personas, y en ambos casos se exige incitar directamente a la perpetración de un delito. De esta forma, su inculpada autónoma se torna artificiosa e inútil pues para ello existe ya la provocación para delinquir. Su eliminación no supone, en caso alguno, dejar impunes manifestaciones que excedan los límites constitucionales de la libertad de expresión, y sí supone, en cambio, el respeto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y al derecho penal del hecho.

Atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

QUINCAGÉSIMO SEXTA: Ha sido un mecanismo tradicionalmente utilizado en las legislaciones de emergencia que se aplican a los casos de terrorismo, aquel que combina un tratamiento agravatorio con una estrategia de atenuación punitiva, estrategia de la que no se exceptúan las legislaciones chilena y española. Las razones político criminales para su instauración han sido de carácter eminentemente utilitario: la necesidad de combatir el terrorismo a toda costa. Pero también desde los fines de la pena puesto que parecen debilitarse los fines de prevención general y especial desde el momento en que un sujeto decide cesar en sus actuaciones antijurídicas.

En algunos momentos la atenuación punitiva llegó a contemplar verdaderas excusas absolutorias en cuya virtud se excluía de pena a quien colaborare con la justicia cumpliendo determinados requisitos. Los casos más recientes en España y Chile fueron el art. 57 bis b) del CP español y el art. 1 de la ley 19.172 chilena. En las legislaciones vigentes en estos países, la atenuación solo permite una rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 579 CP español) y hasta en dos grados (art. 4º ley 18.314 chilena). Esta atenuación puede ser encuadrada dentro del concepto material de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, pues es un elemento accidental del delito que no afecta ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino solo a la pena, atenuándola, por las razones que se han señalado.

Arrepentirse de los hechos ilícitos cometidos, el deseo de colaborar con la justicia es un derecho que todo sujeto posee y que debe ser garantizado por el sistema democrático para

posibilitar su reinserción social. Lo que no puede permitirse un Estado de derecho, es utilizar en contra del terrorismo, las mismas armas que antaño utilizaron los que gobernaron bajo regímenes autoritarios. Recuérdese que la delación bajo la dictadura chilena fue un instrumento eficaz para la “eliminación” de la disidencia política, y que en España, bajo un gobierno democrático, al menos ha servido para “neutralizarla”. No es acorde con los principios que inspiran a un Estado democrático transformar las instituciones penales en verdaderas armas de manipulación política.

La consagración de instituciones como éstas, en la que se “compensa” con una atenuación de la pena a quien proporciona antecedentes no solo sobre hechos que se le imputan, sino sobre otros en los que ni siquiera ha tomado parte, otorga informaciones sobre los responsables de la estructura a la cual pertenecía, sus integrantes significa desconocer un valor que ha imperado siempre en el pueblo chileno y español: la lealtad. El terrorismo no puede combatirse a través del fomento de valores contrarios a los que imperan en el sistema democrático. La lucha contra el terrorismo exige razones, argumentos en contra de la utilización de la violencia como método de acción política, en suma, el Diálogo con dichos sectores. La delación no solo provoca la degradación moral de quien la realiza, impidiendo su verdadera reinserción social, sino que además, y en esto insistimos, es un instrumento que en manos de los organismos de seguridad del Estado, puede ser utilizado con eficacia para neutralizar a la disidencia política, de acuerdo a los intereses de las clases dominantes.

No nos parecen suficientes las razones político criminales que se esgrimen, en torno a la necesidad de desarticulación de las asociaciones ilícitas (caso español), o la prevención en la comisión de delitos de terrorismo (casos chileno y español), porque no puede, sin caerse en una contradicción fundamental, establecer privilegios para tan grave forma de criminalidad. El privilegio desestabiliza el orden jurídico y la conciencia jurídica, porque se legitima a nivel estatal lo que bajo los regímenes autoritarios se critica: “el fin justifica los medios”. El Estado democrático no puede ampararse en la necesidad de protección al sistema para incurrir en los mismos errores que sus antecesores (nos referimos a las dictaduras militares) y que es la utilización del esquema político del “amigo-enemigo”, en virtud del cual el Estado intimida al sujeto poniéndolo ante una disyuntiva: si colabora, obtiene la gracia y beneficios. Si no colabora tendrá que sufrir una larga pena privativa de libertad.

Siempre, y en todo caso, será el Estado el que posee las mejores armas para esta “negociación” con el colaborador, puesto que la situación de desventaja es evidente. Así las cosas, el “terrorista arrepentido” por regla general, se inspira en un frío cálculo sobre los posibles beneficios, o en un mero acto de traición, y no trepidará en declarar “lo que sea necesario” para obtener la gracia. Pocas veces se inspirará en un real deseo de reinserción social.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMA: En el caso chileno la existencia de la violencia como opción política por parte de organizaciones armadas ha sido consecuencia lógica de las situaciones vividas bajo la dictadura militar. El régimen autoritario ya no existe y el actual sistema político permite desechar la utilización de la violencia como método preferente para los cambios en el Poder. Es cierto que siguen produciéndose injusticias, aún quedan residuos del autoritarismo experimentado bajo diecisiete años de dictadura, prueba de ello es la existencia de una Constitución Política en la que todavía se consagran instituciones como la de senadores designados, el Consejo de Seguridad Nacional, el rol de garantes que se asigna a las Fuerzas Armadas, etc. Pero también es cierto que poco a poco se ha intentado realizar transformaciones tendentes a imitar los modelos de las democracias occidentales, y que cuentan con importante apoyo de la población. Baste para ello constatar que existe un Presidente y un Parlamento, y no una “Junta de Gobierno”.

Todo esto parece haber sido el detonante que condujo al debilitamiento ideológico de las organizaciones armadas, y su posterior desarticulación. En este contexto, una figura como la

que contempla el art. 4° de la ley 18.314 carece de sentido ya que, por una parte, las situaciones previstas en orden al establecimiento de una atenuación punitiva pueden ser tratadas jurídicamente a través del derecho penal común, y por otra parte, se evita el establecimiento de situaciones en las que, más allá de prevenir la comisión de delitos de terrorismo, se favorece una actividad que desde el punto de vista ético nos parece reprochable y contraria a los valores que deben imperar en un sistema democrático. Como hemos puesto de manifiesto, la actual redacción del art. 4° de la ley 18.314 ofrece la posibilidad de compensar no la colaboración con la justicia, sino una verdadera delación.

En nuestra opinión, no ha sido la aplicación de leyes criminógenas, como lo era la ley del arrepentimiento eficaz, lo que determinó la desarticulación de organizaciones armadas. Pero permanece aún este instituto, disfrazado como atenuación punitiva por colaboración con la justicia, en la ley 18.314, con todas las implicancias políticas, político criminales, éticas y morales que ello significa.

Más allá de los reparos que desde la ética y los caminos a elegir en una estrategia política, el art. 4° de la ley 18.314 plantea un serio problema de constitucionalidad. El art. 19 n°2 de la CPRCH garantiza a todos los ciudadanos la igualdad ante la ley, indicando claramente que “en Chile no hay persona ni grupos privilegiados”. La contradicción con el *principio de igualdad* puede observarse desde tres ángulos:

Primero, la atenuación especial se contempla solo en relación a los “delitos de terrorismo”, en circunstancias que existen numerosas otras formas de delincuencia que también harían procedente una norma similar. Tal ha sido el caso en materia de tráfico de estupefacientes cuya ley 18.403 contempla una norma semejante a la señalada en el art. 4 de la ley 18.314, pero con un radio de aplicación mucho más amplio, ya que los antecedentes que se revelen pueden referirse no solo a delitos de dicha naturaleza, sino también a delitos comunes (art. 33). Sin embargo, ni el art. 4° de la ley 18.314, ni el art. 33 de la ley 18.403 permiten afirmar que, en relación a otras formas de delincuencia, exista la debida coherencia con la igualdad ante la ley.

Segundo, la atenuación procede solo en cuanto los antecedentes que se revelen se refieran a “otros delitos de terrorismo”, es decir, quedan excluidos los antecedentes relativos a hechos ilícitos que encuadren dentro de otras figuras penales previstas en Leyes Especiales, y que también dicen relación con la actividad terrorista. Tales son por ejemplo, delitos relativos a la tenencia y posesión ilegales de armas (Ley de Control de Armas), delitos contemplados en la Ley de Seguridad del estado, atentados a la propiedad (CP) para financiar la estructura ilícita. El sujeto que procesado por un delito de terrorismo revelare antecedentes que cumplan con las exigencias típicas de delitos de esta naturaleza, no podría verse beneficiado con la atenuación especial. Por otra parte, existe una infracción al *principio de proporcionalidad* puesto que, al establecerse la atenuación de la pena correspondiente a un delito sobre la base de la revelación de antecedentes que se refieren a “otros delitos de terrorismo”, se rompe con la necesaria relación que ha de existir entre el delito y la pena.

Tercero, el *principio de igualdad* se ve asimismo vulnerado porque de acuerdo a las exigencias que el legislador realiza para la aplicación de la atenuante, puede deducirse que sólo un tipo de delinquentes, dentro de una misma categoría, podrían acogerse a este beneficio: aquellos que están mejor dotados para proporcionar las informaciones que la autoridad requiere, y que normalmente serán los que tengan mayor responsabilidad al interior de la organización, porque conocen su estructura, sus planes, sus miembros. Existe además una vulneración al *principio de la seguridad jurídica* porque la respuesta penal ya no depende del delito cometido sino de una conducta posterior, que exista o no colaboración.

Si la constitucionalidad del art. 4° es dudosa, según lo expuesto, no lo es menos su legalidad: la delación compensada desnaturaliza el proceso penal puesto que, como se ha objetado, las declaraciones no dan garantía de veracidad, y violan los arts. 323 y 460 n°12 del

CPP que prohíben absolutamente el empleo de promesas, coacciones, amenazas, dádivas o beneficios para obtener que el inculpado declare la verdad.

Tales normas son de aplicación general, y ninguna ley, por especial que fuere, puede contradecirla, según lo que se ha expuesto, sin incurrir a la vez en una inconstitucionalidad puesto que el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo es una garantía constitucional (art. 19 n° 7 letra f) de la CPRCH). Además debe considerarse que el art. 323 del CPP es una norma prohibitiva, y el *principio de especialidad*, según entendemos, solo podría servir como justificación para realizar una excepción, cuando se trata de normas permisivas o imperativas. El ejemplo clásico es el de los actos preparatorios, que por imperativo del legislador son impunes por regla general, sin embargo, en determinados casos, el legislador “permite” que se adelante la barrera de protección penal.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVA: En el caso de la legislación española, nos encontramos con una realidad política distinta a la chilena. En España, a pesar de la “eficacia policial” que con mucho boato se esgrime a favor de la perpetuación de la emergencia penal, las organizaciones armadas siguen operando. El problema vasco exige, ante todo, una solución política, en la que la negociación y el diálogo deben ser los actores fundamentales.

Se advierte, en materia de medidas premiales una influencia clara de la legislación italiana, especialmente de la Ley N°304 de 1982, sobre *Medidas para la defensa del ordenamiento constitucional*) y de la ley de 18 de febrero de 1987 (*Ley Cossiga*), aunque es justo destacar que el legislador español ha sabido distinguir y rechazar aquello que pudiera oponerse directamente a los principios de un Estado democrático. Baste recordar que en España no se ha exigido jamás que el individuo declare públicamente que se retracta de su ideología, como sí ha ocurrido en Italia.

La fundamentación de la atenuación punitiva por colaboración por la justicia en el ordenamiento español, al igual que lo señalado para el caso chileno, se inspira en razones político criminales de carácter utilitario, y en la relajación de los principios de prevención general y especial que conllevaría, ante todo, el abandono de la actividad delictiva.

El sistema atenuatorio que configura el art. 579 CP es similar al que se contenía en el art. 57 bis b) del CP 1973, con la salvedad de que sus efectos se encuentran limitados a la consesión de una rebaja de la pena, sin posibilidades de remisión total de la misma para determinados supuestos. Por otra parte, y desde el punto de vista sistemático, ha sido correctamente ubicado dentro de la sección destinada a los delitos de terrorismo, limitándose así sus efectos tan solo a este tipo de delitos.

La procedencia de la atenuante queda, por tanto, limitada a los delitos contenidos en los arts. 571 y ss. del CP, lo que significa, en nuestra opinión, la exclusión a estos efectos del delito de asociación ilícita (art. 516.2 CP), caso en el cual la atenuación de la pena procederá conforme a las reglas generales de atenuación de la responsabilidad criminal (art. 21 CP).

Los requisitos para su procedencia son exigidos de manera copulativa: abandonar las actividades delictivas, presentación ante la autoridad y confesión de los hechos, y además colaborar activamente para impedir la producción del delito o coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas tendentes a la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación y desarrollo de bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas en los que haya pertenecido o colaborado. Estos requisitos que deben presentarse conjuntamente para que pueda operar la atenuación de la pena implican quem, a diferencia de lo que ocurría en la anterior legislación, la mera disociación silenciosa ya no surte efecto.

QUINCUAGÉSIMO NOVENA: El abandono voluntario de la actividad delictiva, en la interpretación que hemos sostenido, supone un rompimiento de los vínculos que le unen a la

organización a la que pertenecía o con la cual colaboraba. Esto supone un concepto más amplio que el de disociación, sostenido en la legislación italiana, ya que solo podría disociarse quien se encontrare asociado, quedando fuera del ámbito de aplicación de la atenuante el “extraneus”. En suma, el abandono voluntario requiere un rompimiento de los lazos con la asociación ilícita cualquiera que fuere su naturaleza.

Ello a su vez supone una dificultad para la procedencia de la atenuación en los casos de sujetos que actúan al margen de las bandas armadas (art. 577), caso en el cual estimamos que la procedencia del beneficio debe quedar supeditada: al abandono de “sus actividades delictivas”, puesto que no existe vínculo con organización alguna; la presentación ante la autoridad y confesión de los hechos en los que hubiere participado, y además la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción del delito, sin que pueda extenderse a otro tipo de colaboración.

El texto legal no establece la forma a través de la cual debe manifestarse el abandono, por lo que no es necesaria ninguna declaración pública que suponga una retractación de sus ideas políticas, como sí lo exigía la Ley Cossiga en Italia, y también bajo la legislación franquista (Ley sobre Masonería y Comunismo). Tampoco es necesaria la entrega de armas o de otros instrumentos el delito, como prueba de un abandono inequívoco o sincero: Primero, porque la entrega de armas constituye mas bien una *consecuencia política* que se derivaría, en todo caso, de un proceso de negociación entre la organización terrorista y el Gobierno y *no una exigencia del legislador. El texto legal no lo contempla.* Segundo, porque la entrega de armas no es la única forma de probar el abandono de la actividad delictiva. Nada asegura que se realice una entrega total de las armas.

Pensamos que la mera manifestación expresa del sujeto es la forma de exteriorizar el abandono de la actividad delictiva, siempre que no aparezcan datos o pruebas que permitan afirmar la falsedad de tal manifestación, y que para su comprobación basta con la presentación ante las autoridades y la confesión, requisito que exige conjuntamente el legislador.

La voluntariedad en el abandono supone que su comportamiento ha de estar libre y ausente de toda coacción, sin que pueda exigirse el abandono de su ideología, ni que su comportamiento tenga alguna motivación ética o moral, lo que como contrapartida produce la inevitable duda acerca de si existe o no un arrepentimiento real en el sujeto con intenciones de reinserción social. Por otra parte viene a demostrar con fuerza el carácter eminentemente utilitarista del instituto ya que al legislador solo interesa que el sujeto se haya separado definitivamente de la organización. Es en este punto donde entra a jugar un elemento en extremo delicado, cual es la eventual exigencia de una reconversión ideológica. En primer lugar, la voluntariedad resulta cuestionable toda vez que el sujeto en situación de negociación con la autoridad se encuentra en una situación de desventaja: si colabora, hay beneficio. Si no colabora, no existe tal posibilidad. De esta suerte, la voluntariedad parece carecer de sentido, y develando una suerte de coacción.

En segundo lugar, si el abandono voluntario consiste en última instancia en el regreso del sujeto a la legalidad, asumiendo el compromiso de respetar la ley, ¿no se está pidiendo acaso una reconversión ideológica?. Dicho de otra manera, si la voluntariedad, según se ha dicho, no tiene porqué ser manifestación de una transformación psicológica en el sujeto, en términos de que exista un verdadero arrepentimiento, no puede pretenderse que un sujeto que ha utilizado la violencia como método de acción política, asuma la legalidad sin que al mismo tiempo opere en él tal transformación.

El terrorista que asume el compromiso de respetar las normas de convivencia democrática, está aceptando, en su fuero interno el mismo sistema al que antes se opuso violentamente. Si esto no significa una reconversión ideológica, entonces no entendemos qué es lo que se quiere decir cuando se exige el respeto al Estado de derecho. No entendemos por qué

el Estado democrático habría de disfrazar sus intenciones: que los sujetos acepten el camino de la legalidad utilizando los canales de participación democrática en lugar de la violencia. Si al terrorista lo único que se le exige es que se comprometa a no cometer delitos y a utilizar las vías democráticas de participación, *acéptese* que en el fondo se le está exigiendo una reconversión política, a menos que se desee transformarlo en un sujeto marginado de la sociedad.

Estamos conscientes de que esta opinión tendrá no pocos detractores, y se nos argumentará que en un estado democrático se garantiza el pluralismo ideológico, en términos tales que la legislación no podría contravenirlo. A esto precisamente queremos llegar, a develar que tal principio parece haber perdido sus contornos, porque la interpretación de una norma, como el art. 579 CP, que forma parte de la superestructura jurídica, debe hacerse en conexión con la estructura económica y política, de manera tal que no podría existir el abandono- sutilmente coaccionado- de la actividad delictiva, asumiendo el compromiso de respetar las normas de convivencia democrática, sin que al mismo tiempo esto implique una reconversión política en el sujeto. Podríamos matizar señalando que en el fondo no se le exige que cambie de ideología, sino que emplee los elementos de valoración política para cambiar la táctica que acompaña a su estrategia.

En tercer lugar, es posible, y así lo demostró la realidad en Italia, que el sujeto pueda verse incentivado a abandonar la actividad delictiva, inspirado en un frío cálculo respecto de los beneficios que obtendrá, o por un acto de traición para con sus ex compañeros, lo que además de ser moralmente reprochable, puede incidir en el plano jurídico a través del falseamiento a la verdad procesal.

En cuarto lugar, es perfectamente posible que un sujeto acepte que su táctica política se encuentra fuera de contexto, y decida reinsertarse a la sociedad respetando la ley, pero esta decisión no pasa por el premio a su “colaboración”. Su decisión se deberá en todo caso a elementos extrajurídicos, que inciden en el campo directamente político. Por esto es que, insistimos, al sujeto que comete delitos de terrorismo hay que oponerse con argumentos políticos, y no con instrumentos difícilmente justificables desde el punto de vista jurídico, además de moralmente reprobables.

SEXAGÉSIMA: La presentación ante las autoridades y confesión de los hechos pueden producirse simultánea o separadamente en el tiempo. El legislador no establece límites temporales, por lo que acudiendo a un criterio lógico de interpretación, la primera (presentación) puede producirse en cualquier momento previo a la detención, mientras que la segunda (confesión) puede realizarse en cualquier momento hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva.

La presentación ante la autoridad en principio, es un requisito que debe ser cumplido personalmente por el sujeto, sin embargo estimamos que no debe excluirse a priori aquellas situaciones en las cuales intervenga un mediador, por ejemplo, que sea el abogado del sujeto el que manifieste a la autoridad la intención de su representado de presentarse ante ella, porque el legislador exige para la satisfacción total del supuesto, la confesión, que sí debe ser realizada personalmente, con lo que se encontraría cumplida simultáneamente la presentación ante la autoridad.

La confesión debe ser completa y veraz, y referirse a hechos propios, esto es, aquellos en los cuales el sujeto hubiere participado y fueren relevantes para la determinación de “su” responsabilidad penal. Debe referirse además solo a los hechos que se le imputan puesto que así se evita la autoinculpación en delitos en los cuales no hubiere tomado parte. Única forma de mantener la vigencia del principio de presunción de inocencia.

La confesión plena exige, por su propia naturaleza, la declaración acerca de todo cuanto tenga conocimiento, es decir, además de su propia participación, la de otros involucrados en el

delito, y por ende acerca de la estructura de la organización a la cual se pertenece. De allí que si se da a la confesión una interpretación amplia, es perfectamente posible que se estuviere encubriendo la delación. Pensamos que en el caso del art. 579 no cabe realizar una interpretación amplia de la confesión en términos tales que pudiese exigirse al sujeto que declare sobre hechos ajenos. Máxime cuando el legislador ha contemplado este tipo de supuestos a través de la exigencia de una colaboración activa o la coadyuvación eficaz en la obtención de pruebas decisivas para posibilitar la identificación o captura de los responsables de tales delitos o para impedir la actuación de organizaciones terroristas con las que el sujeto hubiese estado vinculado.

No obstante, para evitar cualquier confusión quizás sería más conveniente en este sentido exigir que la presentación ante las autoridades y la confesión se hagan libremente del modo establecido en la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que así se evitaría que el legislador pudiera motivar la delación.

SEXAGÉSIMO PRIMERA: La colaboración activa para impedir la producción del delito supone una actividad en principio comisiva ya que su manifestación es la aportación de antecedentes ante la autoridad. Puesto que el legislador no realiza una concreción acerca de lo que debe entenderse por tal, no pueden excluirse a priori conductas omisivas siempre que fueren acompañadas de una conducta comisiva, como por ejemplo, no concurrir al lugar en donde debe cometer el delito (omisión) y presentarse ante la autoridad para denunciar los hechos (acción).

La colaboración debe ser objetivamente adecuada, en el sentido de dirigirse seria y decididamente a impedir la producción del delito, sin que pueda desprenderse del texto legal a qué delito debe estar referido la colaboración: si al delito que se imputa al sujeto, si a cualesquiera de los previstos en los arts. 571 y ss. del CP, o también al delito de asociación ilícita terrorista. Esta falta de delimitación normativa supone una *infracción al principio de legalidad*, dando la impresión de que el legislador solo pretende que el sujeto “colabore” de cualquier manera, lo que a su vez, en la fase de aplicación de la misma se transformará en discrecionalidad a favor del Tribunal llamado a conocer del delito.

Pensamos que no cabe realizar una interpretación restrictiva en este punto en términos tales de pretender que la colaboración se esté refiriendo a los delitos que se imputan al sujeto, sino que cabe considerar que también se está refiriendo a cualesquiera delitos de terrorismo descritos en los arts. 571 y ss. CP, y también al delito de asociación ilícita. Por la sencilla razón de que de que una cosa es el ámbito de aplicación de la atenuación que prevé el art. 579 CP y otra distinta es el alcance o contenido de los supuestos que permiten dicha atenuación.

El ámbito de aplicación de la atenuación queda reservado, como se ha dicho a los arts. 571 y ss. del CP. En cambio, el radio de acción del supuesto de “colaboración para impedir la producción del delito” que permite aplicar dicha atenuación, adolece de tal falta de especificación que es perfectamente posible considerar que la colaboración deba estar referida no solo a los delitos que se imputan al sujeto sino que también alcanza a otros delitos de los previstos en los arts. 571 y ss. CP, y al delito de asociación ilícita. Máxime si en la última parte del precepto se requiere expresamente que se ayude en la desarticulación de las bandas armadas u organizaciones terroristas. De allí que no solo exista una infracción al *principio de legalidad*, sino que también es perfectamente posible estimar que se está encubriendo una verdadera delación poniendo en jaque no solo valores fundamentales en el sistema democrático, sino que asimismo corriendo el riesgo de incentivar el falseamiento a la verdad procesal.

Por último, la satisfacción del requisito no queda supeditada a un resultado positivo en orden a que efectivamente se impida la producción del delito, lo que hace perder sentido a la atenuación prevista en el art. 579 en los casos en que el delito que se trate de evitar sea aquel que se imputa al sujeto, por la sencilla razón de que si el delito no ha llegado a consumarse, no puede aplicarse sobre el mismo la atenuante.

El último supuesto que, dentro del tercer requisito, exige alternativamente el legislador es el de “coadyuvación eficaz en la obtención de pruebas *decisivas* “*para la identificación o captura de los otros responsables*” o “*para impedir el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado*”

La conducta consiste en general, en aportar datos a la autoridad que permitan identificar a “otros responsables”, sin que el legislador aclare a qué otros responsables se está refiriendo, si a los del delito en el que el sujeto hubiere tomado parte, si a otros delitos de los arts. 571 y ss. O al delito de asociación ilícita. Tal parece que todo obliga a una interpretación amplia: los responsables de cuales quiera de ellos. Nuevamente nos encontramos con una falta de especificación en la norma que vulnera el *principio de taxatividad*, y con un posible encubrimiento a la delación con el riesgo de falsear la verdad.

Tampoco se especifica cuáles serían las modalidades de conducta que permitirían “impedir el desarrollo o actuación de bandas armadas. Supuesto que a su vez parece carecer de sentido ya que el mismo objetivo que en él se persigue se encontraría cumplido desde el momento en que se evita la producción del delito o se facilita la identificación o detención de otros responsables, en cierta manera se encontraría cumplido. Todo conduce a pensar que lo que el legislador exige es que se otorgue cualquier tipo de antecedentes relativos a la estructura de la organización, tanto orgánica como económica, pero sin que, por el contrario se logre en identificar a ningún responsable. De modo mas claro que el anterior parece estarse encubriendo la delación.

Se vulnera asimismo el *principio de igualdad* ya que dentro de una misma categoría de delinquentes parece establecerse un tratamiento diferenciado: solo quienes están mejor dotados para proporcionar antecedentes a la autoridad podrán verse beneficiados, y contradictoriamente son normalmente los que ejercen funciones de mando o dirección al interior de las organizaciones, contradictoriamente porque por una parte la estrategia de agravación punitiva se dirige con mayor fuerza contra ellos (art. 516.1 CP) y por otra parte se les privilegia por sobre los meros integrantes, con una atenuación punitiva, que en todo caso, casi solo

SEXAGÉSIMO SEGUNDA: Como síntesis a los reparos que desde el punto de vista jurídico, en conjunto nos merecen el art. 4° de la ley 18.314 y el art. 579 CP español puede decirse que:

Existe una disonancia con el *principio de legalidad* atendida la falta de especificación de las conductas que constituirían la colaboración con la justicia, en los términos que se han señalado. Ciertamente que en la tipificación de una conducta el legislador no puede entrar a detallar todas y cada una de las formas que constituirían los presupuesto del hecho ilícito, no obstante no parece adecuado, en el caso de la legislación española, emplear expresiones tales como “impedir *el delito*”, “otros responsables”, y en el caso de la legislación chilena contravenir una norma prohibitiva como la que impone el art. 323 del CPP.

Se rompe la tradicional relación entre delito y pena, con lo que se quiebra el *principio de proporcionalidad*, y se violenta además el *principio de seguridad jurídica* toda vez que la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el delito, es decir, la pena, ya no se hace depender de un presupuesto, cual es el hecho delictivo, sino que de una conducta posterior y en realidad ajena al delito mismo.

Se vulnera el *principio de igualdad* porque, de un lado, procede solo para los casos de terrorismo, exceptuando los que se contemplan en cada una de las legislaciones en materia de tráfico de estupefacientes, y de otro lado se advierte un tratamiento diferenciado para un mismo tipo de delinquentes: solo podrían prestar una colaboración activa o eficaz, en los términos que los legisladores requieren, aquellos sujetos que ejercen funciones de dirección o de control en

las asociaciones ilícitas terroristas, aquellos que conocen su estructura, sus planes, sus miembros, y se encuentran, por tanto, mejor dotados para proporcionar los antecedentes que el Tribunal requiere. Ello implica, a su vez otra contradicción: es incomprensible que por una parte, se asigne una pena mayor por el delito de asociación ilícita para quienes ejercen funciones de dirección y control, y por otra parte, se les esté beneficiando con una atenuación especial.

Tras estas valoraciones, la eficacia real en la aplicación de estas “atenuaciones punitivas privilegiadas” por “colaborar con la justicia”, pierde todo su sentido: se vulneran principios básicos en el Estado de derecho (legalidad, de igualdad, seguridad jurídica), se abre una puerta para la manipulación política por parte del Estado poniendo en peligro “potencialmente” a todos los ciudadanos, porque ninguno de nosotros está exento de ser “delatado” por un “arrepentido” y verse si no envuelto en situaciones en las que poco o nada se tiene que ver, al menos expuesto a sufrir una detención de mayor duración que lo habitual. Cinco días de detención en manos de la policía española y Diez días en manos de la policía chilena, antes de ser puestos a disposición de Tribunal, no es poco. Con esto no estamos realizando ninguna valoración de carácter ético, moral o político en torno a la labor de vigilancia que con mayor o menor eficacia cumple la policía en ambos países, porque su función está legitimada dentro del Estado de Derecho. Pero no es menos cierto que ningún organismo policial, por democrático que sea, está exento de albergar en su interior a personajes que cometan abusos que ya no forman parte de sus legítimas competencias.

Pero decíamos que la eficacia real del instituto premial, creado para combatir el terrorismo pierde su sentido, porque potencialmente todas las personas podemos resultar afectados como consecuencia de la aplicación de medidas premiales, lo que sin duda constituye una ampliación de las verdaderas redes de represión que se crean en torno a la emergencia penal. Redes, que por otra parte, alcanzan en primer lugar a quienes manifiestan posturas ideológicas divergentes con las oficiales, sea de manera violenta (*kale borroka* o lucha callejera, piquetes de huelga), o no violenta (recuérdese las detenciones a dirigentes de HB en España).

Cabe preguntarse si cuando se pone en el centro la “necesidad de luchar contra el terrorismo a cualquier costo”, no se está relegando a un plano inferior el pluralismo ideológico, principio fundamental en el Estado democrático y que consagran los arts. 19 n°15 inc.5 de la CPRCH y 1° de la CE. Cabe preguntarse asimismo cuál es la valoración que realiza el Estado en el momento en que prefiere poner en riesgo la vida de personas, a cambio de colaboración para destruir una organización. Baste recordar el caso de “Yoyes” en España, víctima de un verdadero ajusticiamiento por parte de sus ex compañeros.

Cabe preguntarse cuál es la valoración que realiza el Estado desde que en muchas ocasiones, a cambio de una colaboración eficaz para destruir las organizaciones armadas, termina destruyendo la integridad psíquica y moral de los sujetos. De ser “delator” a ser “informante” hay solo un pequeño paso. Baste recordar el caso de “Luz Arce” en Chile que en su conciencia tendrá las delaciones que costaron la vida a muchos militantes del MIR.

Si el ordenamiento jurídico debe adecuarse al proceso continuo de cambios que sufren las sociedades, y erradicar dentro de sí los elementos que suponen una contradicción con principios básicos en un Estado de derecho, pensamos que otras son las vías que deben implementarse desde el punto de vista jurídico, para que pueda combinarse la necesidad de reacción del ordenamiento penal frente a la delincuencia terrorista, con el debido respeto a los derechos fundamentales.

SEXAGÉSIMO TERCERA: En el caso de la legislación chilena, pensamos que el derecho penal común cuenta con herramientas suficientes como para hacer frente al “incentivo” en la colaboración con la justicia. Tales normas de aplicación común son las que en alguna medida consagran el desistimiento en el delito consumado y en fases anteriores a la consumación: circunstancias atenuantes contenidas en los numerales 7 y 8 del art. 11 del CP y

lo preceptuado por el art. 8 del CP, caso en este último en el que la solución tendría que matizarse con el art. 7 de la ley 18.314.

Lo que se pretende es satisfacer el supuesto de “llevar a cabo acciones tendentes a evitar o aminorar las consecuencias del hecho inculcado”, es decir, o bien un comportamiento previo tendiente a impedir la consumación del delito, o una vez que éste se ha consumado, disminuir sus efectos perniciosos. Entendemos por las razones explicitadas que el supuesto relativo a proporcionar antecedentes para impedir la perpetración de “otros delitos de terrorismo” o para la inculcación de terceros facilitando su identificación o captura, es incorrecto por su disonancia con la restricción que debe existir en el otorgamiento de los beneficios por colaboración con la justicia, y que permiten de un lado, garantizar la verdad procesal, y de otro evitar la delación.

Tratándose de un delito ya consumado, en el que las acciones hayan sido dirigidas a aminorar las consecuencias del hecho inculcado, es perfectamente plausible estimar que cumple la misma función la circunstancia atenuante prevista en el n°7 del art. 11 CP, la que de ser considerada como muy cualificada, produciría prácticamente los mismos efectos en la rebaja de la pena, según la regla del art. 68 bis b) CP. El art. 4° de la ley 18.314 señala que se podrá rebajar la pena “hasta” en dos grados, y no que ella se rebaje en dos grados. Siguiendo la regla del art. 68 bis CP de aplicar la atenuante prevista en el art. 11 n°7 podría llegarse a la pena inferior en un grado al mínimo señalado por la ley.

Tratándose de fases anteriores a la consumación, “evitar las consecuencias” es posible acudir a lo dispuesto en el inciso final del art. 8 que exime de toda pena por la proposición o conspiración para delinquir cuando existiere un desistimiento antes de iniciarse la ejecución del hecho punible, con tal que denuncie a la autoridad el plan y sus circunstancias. Máxime cuando en materia de asociaciones ilícitas, con el desistimiento se intensifica la atenuación en términos tales de llegar a una exclusión de la pena (art. 295 CP). En este último punto hemos ido más allá: las asociaciones ilícitas terroristas no tienen por qué quedar excluidas del ámbito de aplicación del art. 295 del CP.

Sin embargo, el art. 7 de la ley 18.314 nos obliga a matizar esta postura ya que en el mismo se contempla la punición de actos preparatorios, con la pena asignada al delito consumado rebajada en uno o dos grados, de donde se obtiene que el efecto del art. 4° de la ley 18.314 es el mismo (rebaja de la pena “hasta en dos grados”).

Por último, es posible también aplicar la atenuante prevista en el art. 11 n°8 del CP en el entendido que quien “pudiendo eludir la acción de la justicia, se ha denunciado y confesado el delito”, podría considerarse que está realizando una acción tendente a aminorar las consecuencias del hecho inculcado. Dicha atenuante, para producir un efecto similar al que prevé el art. 4 debería ser considerada como muy cualificada regulándose su aplicación conforme al art. 68 bis CP.

SEXAGÉSIMO CUARTA: En el caso de los sujetos que ya se encontraren condenados, y para posibilitar su reinserción a la sociedad, nos parece que la vía del indulto particular que ha sido aplicada en España, podría constituirse en un camino adecuado, con ciertas matizaciones.

Hemos insistido en que el “terrorismo” ha de resolverse en el plano de la negociación política, y que criminológicamente la exigencia hoy en día es una discusión en el seno de la sociedad para acabar con el problema, aunque pequeño hoy, de la violencia política. En otras palabras, el “diálogo” con aquellos sectores que se opusieron violentamente al Estado durante la “transición democrática”, muchos de los cuales aún permanecen privados de libertad.

Siendo así, se precisa:

Primero, una *reforma constitucional* (art. 9 CPRCH) y *legal* (Ley 18.050 de 6-11-1981) que permita la aplicación del indulto particular a los casos de terrorismo, sin realizar distinciones, como se ha hecho tratándose de amnistías, entre delitos en los que se hubieren vulnerado derechos fundamentales como la vida, la integridad o la salud de las personas, y delitos en los que no se hubieren vulnerado dichos bienes jurídicos. El indulto particular no borra el delito sino la pena, y en este sentido los criterios de *merecimiento de pena* (para delitos de sangre) y *necesidad de pena* (alteración de este principio en otros delitos) no resultarían vulnerados si mediante el indulto se permitiera en los delitos de sangre, conmutar las penas por una menos grave o su reducción, y en los delitos que no sean de este tipo, aplicar la remisión de la pena, la conmutación por una menos grave o su reducción.

Segundo, que la valoración de la conveniencia o inconveniencia de la concesión del indulto, no corresponda al Gobierno de turno, sino al Parlamento, ya que ello, al menos formalmente, garantizaría la representación de los distintos sectores sociales en la discusión ideológica que debe darse, siempre que éste garantizara celeridad en el procedimiento. En este sentido se hace necesario modificar la Ley 18.050 (art. 1°).

Tercero, aunque la ley vigente no lo exige, siempre es necesario recalcar que la concesión de esta medida de gracia no puede encontrarse supeditada a una “declaración pública” de retractación respecto de sus ideologías, porque ello además de oponerse a un principio fundamental en el estado democrático: el pluralismo ideológico, no da garantía de un sentimiento real de reinserción social. El abandono de la vía violenta como método de acción política no ha de exigir necesariamente una reconciliación con los valores del Estado al cual se ha combatido, ni un arrepentimiento en términos morales o éticos, en definitiva, la renuncia a una determinada ideología, sino simplemente el compromiso básico de respetar los derechos fundamentales de otras personas.

No estimamos adecuada la aplicación de una Ley de Amnistía General, por las siguientes razones: *Primero*, porque la amnistía puede transformarse en un instrumento de manipulación política por parte de quienes detentan en poder. Así lo demostró el gobierno militar cuando promulgó el DL 2.191 de 1978 en el que los militares aprobaron una “autoamnistía” con el objeto de impedir el esclarecimiento de los crímenes políticos que se cometieron entre 1973 y 1978.

Segundo, porque la amnistía mas allá de beneficiar a quienes han cometido delitos contra del gobierno democrático, vendría a beneficiar a autoridades militares y policiales que después de 1978 y bajo la dictadura cometieron crímenes con el objeto de eliminar a la disidencia política. Pensamos que la necesidad de reconciliación en el pueblo chileno, exige un esclarecimiento de dichos crímenes, como de los que se cometieron antes de 1978, lo que por otra parte ha sido un discurso reiterado por parte de organizaciones de derechos humanos, y que ha sido acogido en los tribunales. Destacable resultan a estos efectos los intentos que han realizado los Tribunales de Justicia chilenos por procesar al general Pinochet y esclarecer las innumerables desapariciones de personas.

En suma, la aplicación de una amnistía general vendría a dejar sin sentido estos esfuerzos y terminaría beneficiando solo a quienes actuaron bajo el manto de impunidad que proporcionó la dictadura militar.

Estamos, a estas alturas, convencidos, de que la vía del indulto particular sería una de las formas de solucionar, al menos intentar solucionar, el problema de los llamados “presos políticos”, expresión que sabemos no es compartida por los sectores de la oficialidad ni de la derecha política, pero que nos permitimos utilizar por cuanto comprendemos las razones que tuvieron para oponerse de manera violenta. Tuvimos que esperar más de diez años de “democracia” para que el mayor responsable de las violaciones a los derechos humanos fuera

interrogado por un juez, y soportar, en el intertanto, que continuara al mando del Ejército, y luego ejerciera como “senador vitalicio”.

La vía del indulto particular, con las matizaciones señaladas, permitiría facilitar el camino hacia la utilización de los canales de participación democráticos por parte de esos presos, sin necesidad de acudir a otros mecanismos que encubren la compensación a la delación.

SEXAGÉSIMO QUINTA: En el caso de la legislación española estimamos que la vía tendiente a restablecer las normas comunes en esta materia no tiene por qué ser excluida a priori. Si la atenuación prevista por el art. 579 CP técnicamente encuadra dentro del concepto material de circunstancia modificativa de responsabilidad penal, aparte de las razones político criminales de carácter utilitario que se esgrimen en torno a los casos de terrorismo, en realidad no existe óbice para aplicar en dichos casos las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal previstas en art. 21 CP, especialmente la circunstancia 4ª, de conformidad con la regla que señala el art. 66.4 del CP.

Se satisfaría así el requisito de presentarse ante la autoridad y confesión de los hechos en los cuales hubiere participado, los que a su vez constituiría una forma de exteriorizar el abandono de la actividad delictiva. Quedaría en todo caso sin efecto, por no contar con ninguna norma que se le parezca en el art. 21 CP, el tercer requisito relativo a la colaboración activa, y la coadyuvación eficaz en la obtención de pruebas, lo que a nuestro entender resultaría adecuado por las razones que se han expuesto en su oportunidad.

Concurriendo la circunstancia 4ª del art. 21, y de ser considerada como muy cualificada, el Tribunal, según dispone el art. 66.4 CP, “razonándolo en la sentencia”, podrá imponer “la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias”. El mismo efecto se produciría si se presenta esta atenuante en conjunto con cualquiera otra de las previstas en el art. 21 del CP, ya que concurriendo dos atenuantes la rebaja de la pena es la misma.

Por tanto, es perfectamente plausible estimar que con ello se cumpliría el mismo objetivo sustantivo penal, desde el punto de vista de la consecuencia, que se persigue con el art. 579, ya que sus efectos son idénticos. La ventaja en el restablecimiento de las normas comunes en esta materia es evidente desde los criterios de un derecho penal mínimo y de garantías. Máxime cuando la realidad ha demostrado que las normas relativas al arrepentimiento no permiten solucionar el problema de las organizaciones ilícitas. Tan pronto se desarticula una célula o comando en un lugar, simultáneamente se está reproduciendo un homólogo en otro lugar distinto.

SEXAGÉSIMO SEXTA: En materia de reinserción social, punto que se ha constituido en uno de los núcleos de la discusión en España sobre los casos de terrorismo, estimamos que la vía adecuada es la aplicación de las correspondientes medidas de gracia.

Considerando la realidad política española, la solución ideal sería la amnistía general, porque se permitiría compatibilizar los intereses políticos tanto de quienes se encuentran condenados por delitos de terrorismo, como los del Estado en aras a conseguir la paz social. No obstante esta alternativa, ideal en el plano político, no resulta plausible en el ordenamiento penal español. Primero, porque se encuentra excluida en el CP como causa de extinción de la responsabilidad penal, y el art. 61 i de la CE prohíbe la aplicación de los indultos generales. Segundo, porque tanto la amnistía como los indultos generales constituyen un arma peligrosa en manos del Poder Ejecutivo para supeditar su aplicación a criterios de conveniencia política en una determinada coyuntura. Baste para ello recordar que las leyes de amnistía han sido utilizadas frecuentemente en este país según el signo político del régimen de turno.

Sujetándonos a lo que el ordenamiento jurídico ofrece estimamos que una alternativa de solución en materia de reinserción social sería aquella que combina la aplicación de indultos particulares, con una estrategia de acercamiento de prisioneros de organizaciones armadas, previa revisión judicial de las sentencias. En concreto hemos adherido a una propuesta cuya autoría no nos pertenece, la que hemos matizado con algunas consideraciones modificándola en gran parte.

La propuesta original puede resumirse en los siguientes puntos: 1. Exigencia de abandono de las armas por parte de la organización terrorista, la que hemos entendido como manifestación de tal compromiso por parte del sujeto destinado a la aplicación de una medida de gracia; 2. Acercamiento de los prisioneros a las cárceles de sus lugares de origen, 3. Distinción entre lo que coloquialmente se conoce como “prisioneros por delitos de no sangre” (preferimos esta denominación y no la de delitos de conciencia), y “prisioneros por delitos de no sangre”. 4. En el caso de los primeros, el otorgamiento de indultos particulares a objeto de remitir las penas o conmutarlas por otras menos graves. En el caso de los segundos, se haría necesaria una revisión judicial de las sentencias en orden a eliminar la cualificación de delitos de terrorismo para que cumplan la pena correspondiente al delito común que correspondiere, lo que traería como consecuencia una rebaja de las penas.

Nuestras consideraciones frente a la misma han sido las siguientes:

1.- El indulto es una facultad del Rey quien la ejerce a través del Ejecutivo. El Rey lo propone al Gobierno. Si el problema del terrorismo es ante todo una cuestión de negociación política, resulta evidente que quien debe negociar con las organizaciones terroristas es el Gobierno. Sin embargo, si entendemos, como se ha entendido en esta investigación, que el problema del terrorismo es un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, y que en este sentido es necesaria una discusión ideológica en su seno, estimamos que el Parlamento tiene en esto una alta cuota de responsabilidad en cuanto representantes de un pueblo. En este sentido, si bien lo ideal sería que esta facultad de otorgar los indultos quedara reservada al Parlamento, al menos podría considerarse su participación en la valoración de la conveniencia o inconveniencia de otorgarlos. Esto permitiría compatibilizar la finalidad político criminal del indulto con el principio de separación de poderes.

2.- La exigencia de una renuncia “pública” del sujeto a la utilización de la violencia como método de acción política, por una parte, podría encontrarse en contradicción con un principio básico del Estado democrático, el pluralismo ideológico, por las razones que antes se han expuesto; y por otra parte, la renuncia pública no es garantía real de reinserción a la sociedad, ya que el sujeto puede estar motivado en el mejor de los casos por un deseo real de reinserción. Sin embargo en otros casos puede estar motivado por un cálculo matemático entre el beneficio y la alta pena a la que se le ha condenado, o puede estar motivado por razones de conveniencia política o por un acto de mera traición a sus antiguos compañeros. Por último, exigir una declaración pública de retractación implica poner en riesgo la vida o la integridad física de dichas personas, ya que pasarían a ser considerados traidores dentro de la organización a la cual pertenecían (caso Yoyes).

Quizás fuese más adecuado prescindir de la publicidad de la declaración y exigir al sujeto, por una parte, la ruptura con la organización, y por la otra, la renuncia a la utilización de métodos de acción política que vulneren los derechos fundamentales de las personas. Nótese que no lo supeditamos a una entrega total de las armas, sino simplemente al compromiso de que ellas no vuelvan a ser utilizadas.

3.- Los indultos particulares quedan, en la propuesta, reservados a quienes no han cometido delitos en los que se han vulnerado la vida o la integridad física de las personas (delitos de no sangre), lo que si bien puede explicarse claramente en el entendido que el merecimiento de pena en los delitos de sangre cobra su plena vigencia, no parece ser una opción que permita dar

solución a la reinserción social para casos de terrorismo toda vez que las condenas mas graves son precisamente aquellas vinculadas a hechos de sangre.

De manera inteligente, se ha señalado la posibilidad de que en los “delitos de sangre” la alternativa consista en eliminar la cualificación por delitos de terrorismo, previa revisión judicial de las sentencias, los que pasarían a cumplir la pena correspondiente al delito común cometido, con la consiguiente rebaja de penas. Esta solución, que nos parece adecuada, merece dos reparos: el primero de ellos incide en un punto clave en materia de terrorismo, el plano político: eliminar la cualificación de delitos de terrorismo implicaría que las autoridades políticas reconozcan, al menos implícitamente, que se trata de delitos políticos, o al menos que la legislación antiterrorista de los últimos años carece totalmente de sentido. Difícilmente esto podría suceder en la realidad, aunque lo ideal sería que este tipo de “concesiones” no fueren un obstáculo por parte de la autoridad, si realmente quiere conseguir la paz social. El segundo reparo atiende al plano jurídico: si el indulto no afecta al delito sino a la pena, caeríamos en el contrasentido de cualificar a un mismo tipo de delitos de manera distinta y mas gravosa en sus consecuencias para quienes no están vinculados a hechos de sangre. En este caso la aplicación del indulto remitiría o conmutaría la pena, pero no borraría la cualificación jurídica del delito., En cambio, para los delitos de terrorismo “de sangre” la cualificación jurídica de delitos comunes. No parece adecuarse a criterios de proporcionalidad mantener la cualificación terrorista para un delito de estragos cometido por un sujeto que, al margen de una banda armada, ha explotado un cajero automático (art. 577 CP) y privar de tal cualificación a un sujeto que habiendo ejercido funciones de dirección y control al interior de una organización armada, ha cometido homicidios (arts. 515.2, 516.1 y 571 CP).

4.- De acuerdo a lo que hemos expuesto en la parte pertinente de esta investigación, si consideramos que el indulto no afecta la existencia del delito sino tan solo a la pena, y consideramos además que la prohibición de conceder indultos generales (art. 61 CE) para los individuos de determinada clase de delitos, no impide que la medida de gracia se considere para cada caso en particular, puesto que se trataría de aplicar “indultos particulares” a “determinados sujetos”, pensamos que no existe obstáculo, salvo políticos, para aplicar indultos particulares a los prisioneros por delitos de terrorismo, cualquiera que fuere la naturaleza del delito por el cual hubiesen sido condenados.

Ello porque siempre deberá valorarse “individualizadamente” la conveniencia o inconveniencia de aplicar la medida, lo que a su vez permite llegar a su remisión total o a la conmutación por una menos grave, atendiendo en primer lugar a la gravedad del delito cometido. Y aquí entra a jugar la necesaria distinción entre “delitos de sangre” y “delitos de no sangre”. La remisión total o parcial en todo caso quedaría reservada a los delitos en los que nos e hubieren visto afectados bienes fundamentales como la vida o la integridad de las personas, siempre que las circunstancias particulares del sujeto así lo ameritaren, caso contrario procedería la conmutación por una menos grave. En los casos de prisioneros por delitos de sangre, el indulto particular, atendidas las circunstancias personales de cada caso podría llegar a determinar su conmutación por una menos grave.

Atendidas estas consideraciones, y sin ánimo de constituirse como una propuesta con carácter de *lege ferenda*, puesto que reconocemos su sencillez, estimamos que una alternativa que permitiría solucionar el problema en materia de reinserción social debería conjugar los siguientes elementos:

Primero, la exigencia del compromiso por parte del sujeto a una ruptura con la organización, y la renuncia a la utilización de métodos de acción política que vulneren los derechos fundamentales de las personas. Nótese que no lo supeditamos a una entrega total de las armas, sino simplemente al compromiso de que ellas no vuelvan a ser utilizadas, ni se exige una declaración pública en la que deba manifestar tal renuncia. Estamos conscientes de que esto último implicaría un problema tratándose de la aplicación de los indultos particulares, por

cuanto se exige la publicidad de la declaración para que proceda el otorgamiento. En nuestra opinión bastaría con la mera manifestación del sujeto en orden a abandonar el uso de la violencia como método de acción política.

Segundo, dejar sin efecto la política de dispersión en materia penitenciaria iniciando el acercamiento de los prisioneros a las cárceles de sus lugares de origen, dando plena vigencia a lo previsto en el art. 12 del RP.

Tercero, supuesto que se encuentran prohibidos los indultos generales para sujetos de una misma clase de delitos, debe entenderse se trata de aplicar “indultos particulares” es decir una medida individualizada en la que la valoración de la conveniencia o inconveniencia de su procedencia queda entregada a la autoridad llamada a aplicarlos. La conveniencia o inconveniencia de aplicar la medida debe considerar en primer lugar la gravedad del delito cometido, y distinguir entre quienes se encuentran involucrados en hechos de sangre y quienes no lo estén. Para los primeros, otorgar indultos particulares con la posibilidad de conmutar la pena por una menos grave. Para los segundos, otorgamiento de indulto particular, con la posibilidad de remitir, total o parcialmente la pena, según sea el caso, o su conmutación por una menos grave.

Consideraciones Finales.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMA: Hemos indicado que el tratamiento jurídico al terrorismo no puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de penas,. Y en este sentido se han manifestado todas las legislaciones examinadas, especialmente la chilena y española determinando a los delitos de terrorismo como *delitos de nomen iuris proprio* a los cuales asigna una alta sanción otorgando la debida atención a los criterios de merecimiento de pena dada la trascendencia del bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático) que puede verse lesionado o puesto en peligro. Pero también hemos observado que en ambas legislaciones esta estrategia de agravación se combina con una estrategia que pugna por un sistema atenuatorio mas generoso que el que se prevé en el régimen penal común. Nos referimos a la “atenuación especial por colaboración con la justicia, o el llamado “terrorista arrepentido” o “arrepentimiento eficaz”.

Nos encontramos, por tanto, ante un sistema que en sí mismo envuelve una contradicción ya que, por una parte las penas previstas en la ley penal común son insuficientes en atención a la trascendencia del ataque al bien jurídico, y por tanto es preciso agravarlas, pero por otra parte, tampoco resultan, a juicio del legislador, suficientes las normas generales sobre la colaboración con la justicia y el desistimiento voluntario, de manera tal que se establecen causas especiales para su procedencia, causas que merecen no pocos reparos en atención a su contradicción con principios fundamentales de derecho penal, y con los valores del sistema democrático. Es un sistema que en nuestra opinión, concordando con la mayor parte de la doctrina que hemos citado a lo largo de esta investigación, recoge la tendencia marcadamente autoritaria de la legislación sobre terrorismo, tanto chilena como española, en los últimos años, y es manifestación fehaciente asimismo, de la llamada función simbólica que en momentos de crisis parece estar llamado a desempeñar el derecho penal.

Sintetizando en pocas palabras lo que estimamos necesario en cada legislación para adecuarla a un derecho penal de garantías, pensamos que en el caso de la ***Legislación chilena*** es necesario tener en cuenta lo siguiente:

Primero, proceder a un estudio de la ley 18.314 y reconsiderar la tipificación de los delitos de terrorismo en una ley penal especial para proceder a su incorporación en el Código Penal, como delitos de nomen iuris proprio, en un título especial que podría ubicarse en el Libro II del CP entre los delitos contra la seguridad del Estado (Títulos I y II) y los delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución (Título III), o bajo un párrafo especial de estos últimos.

Segundo, en la tipificación de los delitos de terrorismo reflexionar acerca de la posibilidad del reconocimiento de la finalidad política a través de la exigencia en el Tipo Subjetivo de un elemento subjetivo especial, de tendencia interna intensificada, referente al propósito de alterar el ordenamiento constitucional democrático (no la paz pública).

Tercero, estudiar la posibilidad de reconocimiento en el Tipo Objetivo del elemento estructural (pertenencia a asociación ilícita) como elemento común en lo injusto penal de todos los delitos de terrorismo. Ello no tiene por qué conducir a discriminaciones ideológicas arbitrarias, ni llevar necesariamente a la tipificación autónoma de delitos de colaboración con tales asociaciones ilícitas.

Cuarto, en la incorporación de los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio debería asimismo reflexionarse acerca de la innecesariedad de la tipificación de un delito autónomo de asociación ilícita terrorista puesto que ella se encontraría inserta en cada tipo penal. La asociación ilícita debería regirse por las normas comunes.

Quinto, sería adecuado considerar además la posibilidad de restablecer la aplicación de las normas generales de derecho penal, por cuanto el adelantamiento de la punibilidad en los casos de actos preparatorios, y la consagración de una atenuación especial por la colaboración con la justicia, implican no solo alterar las reglas generales del derecho penal, sino asimismo político criminalmente inadecuadas atendido el proceso de cambios que se ha vivido en Chile post dictadura. Las asociaciones ilícitas se encuentran prácticamente desmanteladas, pero ello no proporciona el argumento suficiente como para desechar la idea de los delitos de terrorismo como delitos de nomen iuris propio ya que siempre y en todo caso será necesario aplicar los criterios de prevención general frente a la aparición de nuevas formas de terrorismo.

Si bajo una dictadura militar el terrorismo se ejerce desde el Estado y es atacado desde los grupos insurgentes, siendo estos últimos a quienes se aplica el calificativo de terroristas y son procesados por dicha legislación de excepción, en un Estado democrático deben existir los mecanismos legales necesarios como para prevenir otra forma de terrorismo que pone en jaque los valores y postulados del sistema democrático: el contraterrorismo que se ejerce al amparo o con la aquiescencia del Estado.

En el caso de la **Legislación española**, nos parece acertada la técnica de tipificación empleada desde que sistematiza a los delitos de terrorismo bajo una sección especial en el CP y reconoce en ellos tanto la finalidad política bajo la forma de elementos subjetivos en los tipos penales, como la existencia de la organización cualificadora de la violencia como elemento integrante en lo injusto penal. Fuera de las críticas realizadas en orden a la finalidad política y la imprecisión que otorga la consideración de la “paz pública”, y las ya examinadas en orden a la conducta típica que se manifiesta en la forma de pertenencia, colaboración o actuación al servicio, estimamos que es necesario:

Primero, reflexionar acerca de la existencia de los delitos de colaboración como delitos autónomos, considerando los problemas que consigo trae y propender a la sanción de dichas conductas como formas de participación en el delito concreto cometido (coautoría, cooperación necesaria, complicidad, encubrimiento). A objeto de no dejar impunes a título de terrorismo las conductas de quienes colaborando con una organización terrorista cometen concretos delitos como autores de los mismos, quizás fuese preferible mantener la colaboración como parte de la conducta típica de las respectivas figuras delictivas de terrorismo, pero restableciendo el principio de proporcionalidad en las penas y sancionado diferenciadamente a los meros integrantes y colaboradores, siendo la sanción, en el caso de los primeros, mayor que en la de los últimos para evitar así un efecto criminógeno.

Segundo, reflexionar acerca de las consecuencias político criminales que conlleva el

establecimiento de un tipo penal específico de asociación ilícita terrorista, y considerar una eventual supresión del mismo por resultar innecesario dado que el elemento organizativo se encuentra ya incorporado como elemento de lo injusto penal en las diversas figuras delictivas. Se evitarían así los problemas de doble incriminación a que nos hemos referido.

Tercero, estudiar la manera mas adecuada de enfrentar político criminalmente las conductas del mal llamado “terrorismo individual” para proceder a una eventual supresión del art. 577 y sancionar por las correspondientes figuras delictivas comunes. Ello porque dicho precepto se encuentra en contradicción con los elementos que tanto desde las Ciencias sociales como desde la Ciencia jurídica se encuentran presentes en el terrorismo y porque extiende extraordinariamente el ámbito de punibilidad desde que puede dar lugar a la represión de conductas o manifestaciones de violencia que no constituyen propiamente terrorismo. Evitaríamos así el ensanchamiento indebido del control social cuya consecuencia mas nefasta es desembocar en un proceso de fascistización genérica del Estado.

Cuarto, en cuanto a la determinación de la pena aplicable a cada delito, tal vez sea necesario cavilar respecto del establecimiento de penas determinadas, ya que ello produce en ocasiones, infracciones al principio de proporcionalidad e igualdad al omitirse la valoración de las diversas hipótesis delictivas (p.ej. en los delitos de homicidio). Parece mas acertado el criterio empleado en algunos tipos penales (arts. 574 y 575) de agravar la pena correspondiente al delito común cometido, en su mitad superior.

Quinto, en materia de medidas premiales, parece preferible la aplicación de la medida del indulto, en lugar de recurrir a la atenuación punitiva por colaboración con la justicia, figura que describe el art. 579 CP.

SEXAGÉSIMO OCTAVA: El legislador y el jurista han de adecuarse al proceso continuo de cambios que se sufren al interior de la sociedad. Su labor, por tanto, ha de entrar a considerar esta realidad como primer elemento a valorar en aras a determinar qué tipo de medidas son las idóneas para conjugar el elemento político con el elemento jurídico, especialmente cuando se trata de delitos de terrorismo.

En este tipo de delitos la “solución” jurídica difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, atendida la trascendencia de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puesto en peligro. La aplicación de medidas “excepcionales” en el tratamiento de este tipo de delincuencia en poco o nada contribuyen a dar una solución, por el contrario, vulneran los principios más elementales de un derecho penal mínimo y de garantías, y se transforman en instrumentos de manipulación política al servicio ya no de la sociedad sino de determinados sectores. Para la “lucha contra el terrorismo” se han arbitrado sistemas contradictorios, un estrategia de agravación punitiva combinada con una “atenuación” cuando existe el llamado “arrepentimiento”, llamémosle “colaboración”.

Cabe en último término preguntarse si la “eficacia” en la lucha contra el terrorismo es un argumento que permita pasar por alto los valores mismos del sistema democrático. Pensamos que no, porque la realidad política ha demostrado en innumerables ocasiones, que la vía adecuada es la negociación política, que en nuestra opinión, debería entrañar los resultados de una discusión ideológica en el seno de la sociedad, en la cual los representantes de un pueblo tienen una responsabilidad política que no pueden eludir traspasando el problema al Poder Ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ÍNDICE POR AUTORES

- AA.VV.** *Alienación e ideología*. Comunicación, Colectivo I, Madrid, 1973.
- AA.VV.** *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, p.1864.
- AA.VV.** *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, coord. por M. García Arán y López Garrido, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000.
- AA.VV.** *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996.
- AA.VV.** *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC Ediciones Chile y América, 1986, pp.15-37.
- AA.VV.** *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olive y Enrique Anarte Borrallo Eds., Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999.

ABAD CASTELOS, Montserrat. *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el derecho internacional: (obligaciones estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito)*, Ministerio del Interior- Secretaría General Técnica, Madrid, 1997.

ADLER, Max. *Democracia política y Democracia social*, Ediciones Roca, México, 1975, p.48.

ALBER, S. *"Le origine del Welfare State: teorie, ipotesi e analisi empirico"*. *Rivista italiana di Scienza Politica*. Vols.I y II, Diciembre de 1982.

ÁLVAREZ - COBOS, *"La legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal"*, *RFDUCM*, N°68, 1983; 1983, pp. 161-191

AMERICAS WATCH. *La "guerra" contra las drogas en Colombia. La olvidada tragedia de la violencia política*. Bogotá, CEI de la Universidad de los Andes e IEPRI de la Universidad Nacional. 1990.

AMNISTÍA INTERNACIONAL

(1991) *Chile, reports of torture since March 1990*, septiembre de 1991

(1994) a) *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción*. EDAI, Madrid, 1994.

b) *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*. EDAI, Madrid, 1994 .

(1996) *"Chile: La Transición en la encrucijada. Las violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema principal."* , Edai., Madrid, enero de 1996. Publicado originalmente con el título: *Chile, Transition at the Crossroads. Human Rights Violations under Pinochet Rule Remain the Crux*. AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS. 1 Easton Street, Londres WC1X 8DJ. Reino Unido.

(1999) *España, Annual Report 1999* en www.amnesty.org/ailib/aireport/ar99/eur41.htm.

"Motivos de preocupación en materia de derechos humanos en relación con el proceso de paz en el "País Vasco", en www.a-i.es/infos/p_vasco/p_vasco.htm.

ANDRADE, Carlos. *Tribunal Constitucional en Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 31. Editor Universidad Diego Portales, Stgo- Chile, 1996.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto.

(1982) *"Democracia Autoritaria y Administración de Justicia en España"*, en PEREZ MARIÑO (comp.) *Justicia y Delito*, Madrid, 1982.

(1983) *"Política de las garantías y 'defensa de la democracia'"*, en *Leviatán*, N°14, II época, invierno 1983, pp.3-9.

(1994) *"Contra corrupción, legalidad en serio (algo sobre función pública, delito y justicia, aquí)"*, *Rev. Mientras Tanto*, núm. 59, 1994, pp.57-62.

ANDREWS; *"European Convention on the Supression of Terrorism"* en *European Law Review*, 1977, pp.232-326;

ANIYAR, Lola. *Criminología de la Reacción Social*, ICZ, Maracaibo, 1977.

ANTON ONECA. *DP.PG*. Ed. Reus, Madrid, 1949.

ARAGONENES ALONSO, ARAGONESES MARTÍNEZ; *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edersa, Madrid, 1986.

ARENAL, Concepción; *El delito colectivo*, Edit. Asencio, Lima, Perú, 1978.

ARENDETT, Hannah.

(1973) *Crisis de la República*. Editorial Taurus, Madrid, 1973.

(1974) *La condición humana*, Seix Barral, Barcelona, 1974.

ARGERI, Saúl. *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

ARON, Raymond; *Paix et guerre entre les nations*, Calmann Levy, París, 1962.

ARÓSTEGUI, Julio. “*La especificación de lo genérico: la violencia política en perspectiva histórica*” en *Violencia y Política*. Monográfico, Revista Sistema, Nº 132-133, 1996.

ARRIAGADA Genaro. “*La Política Militar de Pinochet*”. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (ICHECH), Chile, 1986.

ARROYO ZAPATERO, Luis.

(1981) “*La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo*”, en *CPC* Nº15, 1981, pp.379-428.

(1985) “*Terrorismo y Sistema Penal*”, en *Reforma, Política y Derecho*, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p. 155-210.

ASSOCIATION BELGE DE JURISTES DÉMOCRATES; *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1974.

ASTROSA HERRERA, Renato; *Código de Justicia Militar Comentado*, 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

ASUA BATARRITA, Adela; “*Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos*”, en *LL* nº4556/1998.

AVRICH, Paul. *Los anarquistas rusos*. Madrid, 1974.

AYMERICH CANO, C. *Régimen Penitenciario cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo*, *Anuario de Derecho Penal* de la Universidad de La Coruña, nº1, 1997.

BACHOFF, O. *Jueces y Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1985. p.51.

AYSU, Okan, “*El terrorismo en Internet*”, ”, XIII Congreso Internacional sobre terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Nº 45, nov.- dic. 1998, Madrid, 1998, pp. 65-74.

BAEZA AVALLONE; “*Los delitos de terrorismo en las leyes 56/78 y 82/1978*”, en *Escritos Penales*, Valencia, 1979.

BAPTISTA GUMUCIO, A. *De las guerrillas a la escalada nuclear*, edit. Alfa, Montevideo, 1970.

BARATTA, Alessandro.

(1975) “*Criminología liberale e ideología della difesa sociale*”, *QC.*, Nº1, 1975.

(1977) “*El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*” en *Rev. Sistema*, Nº 17-18, 1977

(1978) “*Criminología crítica y política penal alternativa*” en *Politique Criminelle et Droit Pénal, Actes du Prèmier Colloque regional espagnol*, Octubre de 1977, en *RIDP*, Nº1, 1978, pp.43 y ss.

(1979) “*El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*”, en *DP*, año 2, 1979, pp.2-23.

(1981) “*Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal*”, en *La Reforma del Derecho Penal II*, Ed. a cargo de Santiago Mir, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1981; pp. 25- 61.

(1985) a) “*Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia*” en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Bereziak Europan)*. Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koaderno, 6.zka, Bilbao, 1985(a).

b) “*Integración - Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría sistémica*”, en *DP*, año 8, 1985 b), pp. 3-26.

(1986) a) “*Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*”, en *NFP*, Nº34, 1986, Bogotá, Colombia, pp. 421-435.

b) “*Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*”, en *PC* núm.0, 1986 pp.77-93.

(1987) “*Notas para una teoría de la liberación*” en *Poder y Control*, Nº 1, 1987.

(1998) “*La política criminal y el derecho penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*”. Inédito. Conferencia Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 16 de enero de 1998.

BARATTA, Alessandro - SILBERNAIG, Mario; "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal", en *DP*, año 8, 1985, pp.559-595.

BARBERO SANTOS, Marino.

(1971-1972) "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados en el Decreto 21 de septiembre de 1960" en *Problemas actuales en Derecho Penal y Procesal*. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 1971. También en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972.

(1977) *Política y Derecho Penal en España*, Ed. Túcar, Madrid, 1977.

BARCESAT, Eduardo S. "Defensa legal de los derechos a la vida y la libertad personal en el régimen militar argentino". en *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC Ediciones Chile y América, 1986. pp.141-162.

BARNES & BECKER. *Historia del pensamiento social*. Vol. I. Editorial F.C.E., 1954.

BARÓN QUINTERO, S. "Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borrallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999.

BARREIRO, Jorge. *Comentarios a la legislación penal, II*, dirig. Por Cobo del Rosal y Bajo Fernández, Ed. Edersa, Madrid, 1983.

BASSIOUNI, M. Cherif.

(1981) *The protection of human rights in the criminal process under international instruments and national constitutions*. Siracusa, 1981.

(1984) *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan.

(2000) a) *La delincuencia por convicción*. Tirant Monografías, Edit. Tirant Lo Blanch, 2000.

b) "Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico", ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar.

BECCARIA, Cesare.

(1974) *Tratado de los delitos y de las penas*. Introducción, notas y Trad. de F. Tomás y Valiente. Editorial Aguilar, Madrid, 1974

(1996) *De los delitos y de las penas*, Trad. español de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, 9ª reimpresión, 1996.

BEN-ELIEZER, Uri. "Violencia y violencia organizada: las Fuerzas israelíes de Defensa, los colonos judíos de Cisjordania y el gobierno" en *Violencia y Política*, Monográfico, *Rev. Sistema*, Núm. 132-133, 1996. pp. 89-109.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio.

(1981) a) *Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio* en *Rev. de Política Comparada*, V; 1981, pp.109 y ss

b) "El consentimiento en las lesiones", en *CPC* nº 14, 1981.

c) "Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales", en *Rev. Sistema*, núm. 42, mayo de 1981.

d) "Los estados de excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio" en *Rev. de Política Comparada*, V; 1981, pp. 109 y ss.

e) "Garantías ante la suspensión de derechos fundamentales", en *Rev. Sistema*, Nº 42, mayo de 1981 b), pp. 57-78.

(1982) *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.

(1984) "Revisión del contenido del bien jurídico honor", en *ADP*, 1984, pp.310 y ss.

(1990) "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", artículo inédito, Fac. de Derecho, Universidad de Salamanca, abril de 1990.

(1993) "El proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de Parte General". *Revista del Foro canario*, Las Palmas de Gran Canarias, 1993.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE- SERRANO PIEDECASAS; "Reflexiones político criminales sobre el terrorismo", *RDPC*, Nº 34,1988.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I-ARROYO ZAPATERO, L. -GARCÍA RIVAS, N.-FERRÉ OLIVÉ, J.C. -SERRANO PIEDECASAS, J.R. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Praxis, 1996; 2ª ed., 1999.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio - TERRADILLOS BASOCO; Juan; “*Terrorismo y Derecho Penal*”, en *Informaciones*, 11 de noviembre de 1978, Suplemento político núm. 172.

BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE- FERRÉ OLIVE- SERRANO PIEDECASAS; *Manual de DP.PG., III, Consecuencias Jurídicas del delito*, Ed. Praxis, Barcelona, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LATORRE; J.R.; “*Validez de la prueba con referencia al atestado, sumario y juicio oral. Prueba indiciaria*”, en *Planes Provinciales y Territoriales de Formación, año 1992, Recopilación de ponencias y comunicaciones*, Vol. II, CGPJ, Madrid, 1993.

BERGALLI, Roberto.

(1983) “*La instancia judicial*” en *El pensamiento criminológico: Estado y control. Coor. Bergalli, R. Y Bustos, R. J. Tomo II. Editorial Península, homosociologicus*, 29, Barcelona, 1983.

(1985) “*Conflicto social y control penal*”, en *RFDUCM*, Monográfico 10-11, 1986, pp.99-115.

(1988) “*Emergencia: una cultura específica*”, presentación a la obra de SERRANO PIEDECASAS, JR. 1988, pp. I-XVI, SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1988.

(1996) a) “*La violencia del sistema penal*” en *Control social punitivo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

b) “*Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal*”, en *Violencia y Política*, Monográfico, *Rev. Sistema*, núm 132-133, 1996 a), pp.129-143.

BERISTAIN, A.; “*La violencia como desafío en España y en el país Vasco, 1936-1977 (Constataciones de un penalista)*”, en *RDPúb.*, 1979.

BINABURO, J.A.- ETXEBERRÍA, X. (eds.). *Pensando en la violencia*. Bakeaz, CDEP, Bilbao, 1994.

BISCARETTI DI RUFFIA. *Monarchia. Dalla Costituzione delle monarchie moderne Ad oggi in Novissimo Digesto Italiano*. Torino, 1963.

BLAS, Juan Antonio de. “*Aún quedan banderas rojas*” en *Revista Abaco*, Núm. 4, 1994. pp.39-46.

BLISCHENKO Y ZNADOV *El terrorismo como crimen internacional*. Edit. Progreso, Moscú, 1983.

BOBBIO, Norberto;

(1991) a) “*Presente y porvenir de los derechos humanos*”, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991.

b) “*Sobre el fundamento de los derechos del hombre*”, en *El tiempo de los derechos*, Edit. Sistema, Madrid, 1991.

BODENHEIMER. *Teoría del derecho*. Editorial F.C.E., 1964.

BONANATE, Luigi. “*Dimensioni del terrorismo político*” en Luigi Bonanate (ed.) *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, Franco Angeli, Milán, 1979.

BRICOLA, Franco. “*El arrepentimiento del terrorista, el perdón evasor y los silencios de la ley N° 646 del 1982*”, en *CPC*, N° 51, 1993, pp.961-965, Trad. de Manuel Quintanar.

BRUGUIERE, Jean Louis. “*El sistema judicial francés en materia de lucha antiterrorista*”, XIII Congreso Internacional sobre Terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Núm. 45, nov.- dic.1998, Madrid, 1998, pp. 31-38.

BUENO ARÚS, Francisco.

(1980) “*Aspectos Jurídicos del terrorismo*”, en *REPen.* núm 228-231, Madrid, 1980.

(1984) “*La legislación Penal y Penitenciaria comparada en materia de terrorismo*”, en *Terrorismo Internacional.*, dirig. por Salustiano DEL CAMPO, Instituto de Cuestiones Internacionales; Madrid, 1984.

(1986) “*Principios generales de la legislación antiterrorista*”, en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, RFDUCM*, Monográfico N° 11, 1986, pp.135-145, esp. p. 138.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan.

(1983) a) “*El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público (art., 184 CP)*”, en *CPC* n°19, 1983, p.345

b) “*Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*” en *El Pensamiento criminológico*. T. I. Dir. R. Bergalli y Juan Bustos. Editorial Península, Barcelona, 1983.

(1984) *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Edit. Ariel, Madrid, 1ª ed. 1984.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- (1986) "Las funciones de la policía y la libertad y la seguridad de los ciudadanos", en *NFP*, nº32, Ed. Temis, Bogotá, 1986, pp.165-177.
- (1987) *Control Social y Sistema Penal*. Editorial PPU, Barcelona, 1987: "Los delitos de peligro" pp. 323-340; "El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a", "Los bienes jurídicos colectivos", pp. 181-203, "Estado de derecho y Justicia criminal en Chile (1973-1979)", también en *Nuevo Foro Penal*, Nº6. 1980, Medellín. Colombia.
- (1989) *Manual de DP.PG.*, Ed. Ariel, 1989.
- (1991) *Manual de DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Ariel, 1991.
- (1994) *Manual de DP.PG.*, 4ª ed. puesta al día por Hernán Hormazabal Malarée, Edit. PPU, Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán.

- (1980) "Pena y Estado", *Papers, Rev. Sociología* nº13, 1980, pp. 97-128.
- (1997) *Lecciones de DP*. Vol. I, Edit. Trotta, 1997
- (1999) *Lecciones de DP*. Vols. I y II, Ed. Trotta, 1999.

CALAMANDREI, Franco. *La violencia en la sociedad actual*. 1982.

CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO; *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*; edit. Bosch, 1999.

CALDUCH, Rafael.

- (1993) "La violencia en los medios españoles de comunicación", en *RCI*, núm. 8, 1993, pp.185-196.
- (1997) "Una revisión crítica del terrorismo a finales del siglo XX", en *State and societal Reactions to Terrorism*; publ. de IISL, Oñati Papers núm.3, 1997, pp.11-29;

CALVERT, Peter. "El terror en la teoría de la revolución", en *Terrorismo, ideología y revolución*, N. O'Sullivan (ed.) Alianza Ed., Madrid, 1987.

CALLONI, Stella; Ko'aga Rone'eta - *Los Archivos del Horror del Operativo Cóndor*. KO'AGA RONE'ETA; <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

CAMPELO G., José. *Nacimiento y origen de la violencia etarra*". Serie Noveles. Grupo Libro 88, S.A., Madrid, 1994.

CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Edit. General de Derecho, Valencia, 1997, p. 110.

CAMUS, María Eugenia. *Rev. APSI*. Nº 441 Santiago, Chile, 1993.

CANO, Carmen y CISNEROS, María Teresa. *La dinámica de la violencia en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

CAPITANCHIK, David. "El terrorismo y el Islam" en O'SULLIVAN, Noel. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. pp. 145-163.

CARBONELL MATEU, J.C.

(1983) a) "Observaciones en torno al Proyecto de ley sobre la reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", en *DJ*, vol. II, 1983.

b) "Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado", en *Comentarios a la Legislación Penal*, T.II, *El derecho penal del Estado democrático*, Madrid, 1983.

(1996) a) *Delitos contra el Orden Público, 6. Terrorismo*, en VIVES ANTÓN- BOIX REIG- ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC; *DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.

b) *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN *Delitos contra la comunidad internacional*, en VIVES ANTÓN- BOIX REIG- ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC; *DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.

CARBONELL y VIVES; *Comentarios al CP de 1995*, Valencia, 1996

CARLSON, Andrew R. *Anarchism in Germany*. Metuchen, New Jersey, 1972.

CARO CORIA, Dino C.

(1997) "Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos colectivos" en *La estabilidad del ecosistema*

como bien jurídico penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 1997.

(1999) *Derecho penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999.

CARRARA, F.; *Programa del curso de Derecho Criminal*, T. VII. Trad de la 11ª ed. italiana, Buenos Aires, 1948.

CARRETERO SÁNCHEZ, "El delito de amenazas", en *LL*, 1996, pp. 1309 y ss.

CARRILLO SALCEDO; J.A.; "Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie", en *Les aspects juridiques du terrorisme international*, Académie de Droit International de La Haye, 1988, pp. 19- 53.

CARRIÓ, Alejandro; *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 1990, 1ª reimpresión, 1991.

CARRIZO GONZÁLEZ, Adán. "La colaboración entre Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional", en *Hacia un derecho penal sin fronteras*, publicación del XII Congreso Universitario de Alumnos de derecho penal, Universidad de Salamanca, coord. por Mª Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez L., Edit. Colex, 2000, pp.149-160.

CASARES VILLANUEVA, Mª Luisa. "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", en *PJ*, N°40, 1995, pp.147-214.

CASCAJO CASTRO, José Luis.

(1977) "La lucha por el Estado de derecho". *Rev. Sistema* N°17-18, abril de 1977.

(1992) "La voz Estado social y democrático de derecho: materiales para un léxico constitucional español" en *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales(CEC)*, N°12. Madrid, 1992.

CASELLI, Gian Carlo - DELLA PORTA, Donatello. "La Storia delle Brigate Rosse: strutture organizzative e strategia d'azione" en *Terrorism in Italia*. Il Mulino, Bologna, 1984. pp. 153-221.

CASSINELLO, Andrés; "ETA y el problema vasco", en *Terrorismo internacional*, dirig. por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp. 265-285.

CASTELLS, Manuel

(1974) *Luchas de clases en Chile. Estructura de clases y políticas urbanas en América Latina*. CIDU, Santiago, 1973 y Siglo XXI, Buenos Aires, 1974.

(1987) "El nuevo modelo mundial de desarrollo capitalista y el modelo socialista". p. 265 en GUERRA, A. y otros: "Nuevos horizontes teóricos para el socialismo". Editorial Sistema, Madrid, 1987. pp. 257-281.

CASTILLO BARRANTES, E. – PICCA, Georges – BERINSTAIN, Antonio. *Criminalidad Organizada*. Informe General de la Sociedad Internacional de Criminología. Texto original en francés, en International Society of social Defence, International Penal and Penitentiary Foundation: *Effective National and International Action against organized. Crime and Terrorist Criminal Activities*. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociales, International penal and Penitentiary Foundation. Milán, 1990, pp. 76-89. Traducc. Isabel Germán en *CPC*, Núm. 50, 1993, pp. 493-512

CASTRO, Fidel.

(1959) *Discurso por el II aniversario del asalto al Palacio Presidencial*. La Habana, 13 de Marzo. *Discursos para la historia*. T. II. (1º marzo-1º mayo), 1959.

(1989) "Los derechos humanos. 1959-1988". Editora política, La Habana, 1989.

CEREZO MIR, J.

(1980) *Culpabilidad y Pena*, en *ADPCP*, 1980, pp. 347 y ss.

(1981) *Curso de DP. Español. PG.*, Ed. Tecnos, Madrid, 1981.

(1985) *DP.PG. I*, 3ª ed., 1985.

(1997) *Curso de DP. Español PG.*, Tecnos, Madrid, 1997.

CERRONI, Umberto. "La libertà dei Moderni". De Donato editore, Bari, 1968. Cap. VI, pp. 165 y ss.

CIVOLANI, Eva. *L'Anarchismo dopo la Comune: il casi italiano e spagnolo*. Milán, 1981.

COBO DEL ROSAL. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General. Vol. I. Imprenta Aguirre, Madrid, 1968.

COBO DEL ROSAL- CARBONELL MATEU, DP.PE: , 3ª ed. Tirant Lo Blanch, 1990.

COBO DEL ROSAL- VIVES ANTÓN;

(1981) *Derecho Penal. Parte General, T.II*, Universidad de Valencia, 1981.

(1990) *DP.PG.*, 3ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 1990.

(1996) *DP. PG.*, 4ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.

CODEPU (Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo).

(1990) "*Violencia y contra violencia en Chile*", en *Persona, Estado, Poder. Estudios sobre salud mental en Chile 1973 - 1989*. Stgo. Chile. Noviembre 1989, pp. 41-48. Presentado en el *Coloquio Internacionale sobre Terrorismo de Estado en Chile*, Ginebra, Suiza, Febrero de 1986, Publicado en *De Terrorisme d'Etat au Chili*, Agosto de 1987 y en *Los asesinados por el régimen y los muertos en falsos enfrentamientos*, Colección Patricio Sobarzo. vol IV, 23 de Agosto, 1984, Agosto 1987.

(1989) "*Delito de Abuso de Funciones – Fuerzas Armadas y de Orden – Chile*" en *Persona, Estado, Poder. Estudios sobre salud mental en Chile 1973 - 1989*. Santiago de Chile. Noviembre 1989;

COLLETTI, Lucio. "*Estado de derecho y soberanía popular*" en *Para una democracia socialista*. Editorial Cuadernos Anagrama, Barcelona, 1976. pp. 18-20.

COLLIER, David. *The new authoritarianism in Latin America*. Princeton University Press, Estados Unidos, 1979.

COLLYER, Patricia - LUQUE, María José. *José Carrasco: Asesinato de un periodista*. Editorial Emisión, (inscrip. 66.179), Santiago de Chile.

CORDOBA RODA; *Culpabilidad y Pena*, 1977, pp.29 y ss.;

CORTINA, Adela. "*Ética y violencia política*" en *Violencia política*. Monográfico, *Revista Sistema*, Núm 132-133, 1996.

CRELINSTEN, R. "*Terrorism as political communication: the relationship between the controller and the controlled*", en WILKINSON, P. y ALASDAIR, M. *Contemporary Research on Terrorism*. Aberdeen University Press, 1987. pp.3-23.

CRENSHAW, M.

(1972) "*The concept of Revolutionary Terrorism*" en *JCR*, XVI, N°3, sept. 1972. pp.383 y ss.

(1978) *Revolutionary Terrorism. The FLN in Algeria 1954-62*, Stanford, 1978.

(1992) "*Current Research on Terrorism: The Academic Perspective*" en *Studies in Conflict and Terrorism*, Vol. 15. Núm.1, 1992. Londres - Washington..

CRESSEY, D.R.; *Criminal organization: its elementary forms*, Londres, 1972.

CUELLO CALON, Eugenio

(1980) *DP.PE.*, Edit. Bosch, T. II, 14ª edición puesta al día por Camargo Hernández, 1980.

(1981) *DP. PG.*, 2 vols. , Bosch, Barcelona, 1981.

CUERDA ARNAU. Mª Luisa; *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

CUERDA RIEZU,

(199_) *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 199.

(1997) "*El rotundo fracaso legislativo del llamado cumplimiento efectivo de las penas y otros aspectos del concurso de delitos*", en *Rev. LL.* n°4204, 10 de enero de 1997, pp.1-4.

CUMPLIDO, Francisco. "*Tribunal Constitucional y control ideológico*" en *La Revista del Derecho*, N°1. Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago de Chile, 1989.

CURY URZÚA, Enrique

(1977) *Tentativa y delito frustrado*, edit. Jurídica de Chile, 1977.

(1985) *DP.PG.* T. II, Edit. Jurídica de Chile, 1985.

(1988) *DP. PG.* Tomo I. Ed. Jurídica, Stgo, Chile, 1988.

(1992) *DP.PG.*, T. II, 2ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1992.

CUYAS, Esteban. *La "Operación Cóndor": El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional* KO'AGA ROÑETA se.vii (1996) <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>.

CHEVALLIER. "*La dimension symbolique du principe de legalité*" en *Reflexions sur l' idéologie*

del'intérêt général. P.U.F., París, 1978. p.1.A.

CHOMSKY; Noam; *Ilusiones necesarias. Control del pensamiento en las sociedades democráticas*. Ensayo, Ed. Libertarias/Prodhufi, 1992.

DALIA, Andrea Antonio. *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione. La legislazione dell'emergenza commenti ed stei ufficiali*", Guiffré Editore, 1982, p. 64, nota 101.

DANGEVILLE, R. "*Marx et Engels: Ecrits Militaires. Violence et Constitution des États européens modernes*". Paris, Editions de l'Herne, 1970 .

DAVID; E.; "*Le terrorisme en Droit International (definition, incrimination, repression)*" en A.B.J.D.; *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, 1974, pp. 103-173.

DE ARTEAGA, F. *ETA y el proceso de Burgos*. Editorial Aguado, Madrid, 1971.

DE CABO Martín, Carlos "*Crisis del Estado Social*". Editorial PPU, Barcelona, 1986.

DE FIGUEIREDO DIAS, J.-; "*Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización*", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.99-107.

DE JORGE MESAS, Luis Francisco; "*Restricciones al derecho de asociación para prevenir y perseguir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas*", en AA.VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 1996, pp.321-349.

DE LA CUESTA AGUADO, Mª Paz,

(1994) *Respuesta penal al peligro nuclear*, Edit. PPU, 1994.

(1999) *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Edit. Tirant Lo Blanch, 1999.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.;

(1983) "*El proyecto de Código penal internacional*", en *revista de Derecho Público*, núm. 92-93, julio-diciembre 1983.

(1986) "*Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*", en *CPC*, nº30, 1986, pp. 559-602.

DE LA TORRE REYES, Carlos. *El delito político, su contenido jurídico y sus proyecciones sociales*. Editorial La Unión, Quito Ecuador, 1954.

DE LUCA, J.A. *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

DE PRADA SOLAESA; J.R.; "*Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*", en *JpD* nº 25, marzo de 1996, pp. 73-77.

DE VEGA GARCÍA, Pedro.

(1977) "*El carácter burgués e la ideología nacionalista*" en *Rev. Sistema*, Núm. 16. Enero 1977. pp.51-63.

(1998) "*Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional*" en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. T.II. Santa Fe de Bogotá (15-17 abril 1998), Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 1998. pp. 1509- 1581.

DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento post delictivo*. Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1985.

DE ZUNBELZ, K. *Iraultza*. Euzkadi, 1968. p.133.

DEL BARRIO REYNA, Alvaro. - LEÓN REYES, José Julio; *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990.

DEL REFUGIO González, María. "*La soberanía y la globalización. El caso mexicano*" en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. T.II. Santa Fe de Bogotá (15-17 abril 1998), Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 1998. pp. 1583-1628.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo. "*El delito de amenazas*", en AA. VV. *Delitos contra la libertad y la seguridad*, dirig. por Terradillos Basoco, Escuela Judicial (CGPJ), Madrid, 1996, pp. 271 y ss.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo.

(1994) "*De la Constitución a la ley de seguridad ciudadana: Reflexiones sobre tres lustros de política criminal oficial*", en *CPC* Nº 53, 1994, pp. 593-611.

(1996) "*La apología delictiva en el nuevo código penal de 1995*", en *CPC*, Nº58, 1996, pp.69-88.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La Dicharazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione*

francese. Génova, 1903; *Su la teoria del contratto sociales*, Bologna, 1906, en *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*. Editorial Giuffrè, Milán, 1963.

DELGADO LÓPEZ, Luis María; “*El delito de coacciones (las reformas del código de 1995)*”, en AA.VV. *Delitos contra la libertad y Seguridad*, dirig. por J.M. Terradillos, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, pp. 199-219.

DELTEIL, Gérard; “*La cárcel de los marginados*” artículo publicado en *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997.

DELLA PORTA, D. *Social Movement, Political Violence, and the State*. Nueva York, Cambridge University Press, 1995. Cap.4. La misma; “*Lógica de las organizaciones clandestinas*” en *Rev. Sistema*, Núms. 132—133. Monográfico *Violencia y Política*. 1996. pp 231-257.

DENKER, R.; *Elucidaciones sobre la agresión*. Ed Amorrurtu, Buenos Aires, Argentina, 1973.

DHARENDOF, R. “*Hacia una teoría del conflicto social*” en A y E. Etzioni (comps) *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*. Editorial F.C.E., México, 1979.

DIAZ Elías.

(1975) “*Estado de derecho y sociedad democrática*” en *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1975.

(1978) *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Editorial Civitas, Madrid, 1978.

(1999) “*El socialismo de Fernando de los Ríos*”, en *Fernando de los Ríos*, Monográfico, *Rev. Sistema*, nº152-153, Nov. 1999, pp.291 y ss.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.

(1996) “*Algunos aspectos jurídico- penales y procesales de la figura del arrepentido*”, en *LL*, N° 41132, año XXVII, Sept. 1996, p. 1.

(1987) *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Edit. Colex, 1987.

DIEHL, J. *Paramilitary Politics in Weimar Germany*. Bloomington, Indiana, 1977.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L.

(1993) *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit. Tirant Lo Blanch, 1993.

(1997) a) “*De las lesiones*”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. I., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp.317 –413.

b) “*De las detenciones ilegales y secuestros*”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T.I., coord. por J.-L. Diez Ripollés y L. Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, 1997 b), 709-772.

“*Delitos contra la libertad*”, en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, T.I., coord. por J.L. Diez Ripollés y L. Gracia Martín, Tirant Lo Blanch, 1997 b), pp.709-843.

c) “*Arts. 620- 621*” en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T. I, coord. por DIEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 884-892.

DINI, Vittorio – MANCONI, Luigi. *IL discorso delle armi. L'ideologia terrorista nel linguaggio delle Britage Rosse e di Prima Linea*. Milán, Savelli, 1981

DODD, C.H. “*La contención del terrorismo: La violencia en la política turca: 1965-80*” en O'SULLIVAN, N. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987pp. 165-185.

DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés.

(1988) *El Poder y los derechos humanos*, Edit. Terranova, Stgo., Chile, 1988.

(1990) *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990.

DOMINGUEZ, Carlos Horacio. *El terrorismo en el Estado de Derecho*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1985.

GUTIÉRREZ SAHAMOD, Luis; *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. del CED nº14, Octubre 1991, Santiago, Chile.

DONNEDIEU DE VABRES. *Traité Élémentaire de droit criminel et de legislation penale comparé*. Librairie du Rewiel Sirey, París, 1949.

DURKHEIM, Emile; *Las reglas del método sociológico*, Edit. La Pleyade, Buenos Aires, 1976.

EBILE NSEFUM, Joaquín. *Delito de Terrorismo: su concepto*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985. pp.16 y ss.

ELLACURÍA, Ignacio; en Varios, *La voz de los sin voz*, San Salvador, 1981.

ENGELS, Federico;

(1973) "Sobre la concepción materialista de la historia", e AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca Nº25, México, 1973, pp. 27-45.

(1974) "Teoría de la violencia. Del libro Anti-Dühring" en *Temas militares*. Selección de trabajos 1848-1895. Editorial Cartago, Buenos Aires, 1974. pp.16-45.

(1976) "Moral y Derecho" en *Filosofía (Esquemática del mundo. Filosofía de la Naturaleza, Moral y Derecho, Dialéctica)*. Ediciones R. Torres, Barcelona, 1976.

EQUIPO ADELVEC. *FRAP, 27 de septiembre de 1975*, Ediciones Vanguardia Obrera S. A., España, 1985.

EQUIPO NIZKOR. *Documento distribuido a la solidaridad internacional para lograr la detención y el procesamiento de Augusto Pinochet Ugarte*, <http://www.derechos.org/nizkor/>.

ESCRIVÁ GREGORI, J.M.; "Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución" en *Papers* 13, Barcelona, pp. 141-165.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A. "Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)". en *JpD*, Núm. 22, 2/1994, pp. 14-16.

ETCHEBERRY, Alfredo.

(1976) *Derecho Penal*, T. II. Edit. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976.

Derecho Penal, T. IV. Edit. Gabriela Mistral, Stgo. Chile, 1976.

(1987) *Tipificación y penalidad de los derechos humanos*, ponencia en *Seminario La justicia ante las violaciones de derechos humanos en Chile*, Stgo. 13-14 nov. 1987, publicado por Comisión Chilena de Derechos Humanos.

EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal; *Leyes Cumplido. Análisis jurídico de la ley 19.047, que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas*. Edit. EDIAR Conosur Ltda, Stgo., Chile, 1991.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; "Criminalidad organizada", en *El Nuevo Código Penal: Primeros problemas de aplicación*,. Publicación de IX Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, 1997, pp.169-182.

FALS BORDA, Orlando. *Las revoluciones inconclusas de América Latina*. Ed. siglo XXI, México, 1968.

FELDMAN, D. *El pensamiento vivo de Engels*. Editorial Centro de Estudios, Buenos Aires, 1970. pp.34 a 37;

FERNÁNDEZ DURÁN, Ramón. *La explosión del desorden. La metrópoli como espacio de la crisis global*. Edit. Fundamentos, Madrid, 1993,

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; "El Código penal: Diez años después. Valoración general", en *Nuevas Cuestiones Penales*; Ed. Colex, Edición especial X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal; Universidad de Salamanca, 1998.

FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel; "Prensa, opinión pública y terrorismo" en *Terrorismo Internacional*, dirig. Por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp.65-80.

FERNÁNDEZ PALMA, Rosa. "El terrorista arrepentido en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994", en *CPC N° 57*, 1995, pp.915-931, esp. p.921.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M^a Teresa. "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, publicación del XII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal, Univ. de Salamanca, Coord. por M^a Rosario Diego y Virginia Sánchez, Ed. Colex, 2000, pp.25-37, esp. p.28.

FERNÁNDEZ, E.M; GANZEMÜLLER,C.- ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J., VENTOLÁ, F.; *Delitos contra el Orden Público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*. Edit. Bosch, 1998,

FERRACUTI, Franco y BRUNO, Francesco; "La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica", en AA.VV. *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, Giufré, Milan, 1994.

FERRACUTI, Franco.

(1984) "Consecuencias morales, sociales y políticas del terrorismo", en *Terrorismo internacional*, dirig. por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp. 31-40.

(1986) "Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia". Trad. de Terradillos Basoco, en *RFDUCM*, 1986, monográfico 11, de *EDP* en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa.

FERRAJOLI, Luigi.

- (1973) *"Magistratura democrática e l'esercizio alternativo de la funzione giudiziaria"* en *L'Uso alternativo del diritto* Dir. por Pietro Barcellona. Editorial Laterza, Bari, 1973.
- (1982) "Ravvedimento procesuale e inquisizione penale", en *Questione Justizia*, n°2, 1982, p.223, nota 12.
- (1983) "¿Existe una democracia representativa?", en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Col. El Viejo Topo, N°7, 1983.
- (1984) "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en *DDPP*, 1984; pp.273 y288.
- (1986) "El derecho penal mínimo", *PC* n° 0, 1986, pp.25-48
- (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1995;

FERRANDO BADÍA, Juan. *Poder y legitimidad*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

FERRAROTI, Franco. *El pensamiento sociológico de Augusto Comte a Max Horkheimer*. Editorial Península, Barcelona,1975.

FERRERO, G.. *Pouvoir. Les génies invisibles e la cité*. París, 1945.

FERRI.

- (1907) *Sociología Criminal*; T. I, Góngora, Madrid, 1907.
- (1933) a) *Principios de derecho criminal*. Trad. J. A. Rodríguez Muñoz. Editorial Reus, Madrid, 1933.
- b) *Principios de Derecho Criminal*, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933.

FIANDACA, Giovanni; "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", en AA.VV., *Diritto Penale in trasformazione*, Milano, Giuffré Editore, 1985, p. 141 y ss.

FIESTAS LOZA, A. *Los delitos políticos (1808-1936)*, Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977.

FITOUSSI, Jean Paul. "La globalización y las desigualdades" en *Revista Sistema*, N° 150. 1999. pp. 3-13.

FLORIAN, E. "Parte Generale del Diritto Penale" en *Trattato di Diritto Penale Italiano*. 4ª ed. Vol. I F. Vallardi, Milano, 1934.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T.I., Edit. Jurídica de Chile,1978.

FOUCAULT, Michael. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. 25ª ed. en castellano. Editorial Siglo XXI, Madrid, 1996.

FROMM, Erick. *El miedo a la libertad*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1979.

FRÜHLIG EHRILCH, Hugo.

(1983) "Limitando la acción coercitiva del Estado. La estrategia legal de defensa de los derechos humanos en Chile" en *Revista Contribuciones*, N°12. FLACSO, Chile,1983.

(1985) "Violación de derechos humanos y democratización en Argentina" en *Revista Chilena de Derechos Humanos*, 4º trimestre, 1985. pp.14-27.

(1986) "La defensa de los derechos humanos en el cono sur. Dilemas y perspectivas hacia el futuro" en *Represión Política y defensa de los derechos humanos* Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC. Ediciones Chile y América, 1986. pp.15-37.

(1990) "Modalidades de la Represión Política en el Cono Sur de América Latina" en *Jaque a la Democracia: Orden Internacional y Violencia Política en América Latina*. (Ed.) A. Varas. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.

FUNES, María Jesús; "Análisis de la respuesta social a la violencia política en el País Vasco", en *State and societal Reactions to Terrorism*; publ. de IISL, Oñati Papers núm.3, 1997, pp.149-168.

GABRIEL, P. "Historiografía reciente sobre el anarquismo y el sindicalismo en España, 1870-1923" en *HS*, Núm. 1, Valencia, 1988.

FUNGAIRIÑO, Eduardo. "La cooperación judicial internacional en la represión del terrorismo", XIII Congreso Internacional sobre Terrorismo y Redes de Apoyo, en *Rev. Ciencia Policial. Estudios*, Núm. 45, nov.- dic.1998, Madrid, 1998, pp. 19-30.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*, Editorial Siglo XXI, enero de 1985,

GALIANO H., José; *Derechos Humanos. Teoría, historia, vigencia y legislación*, Tomo II, Ed. LOM, Santiago de Chile, 1996.

GAMARRA, Ronald. *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 1995.

GARCÉS, Joan.

(1971) "La pugna política por la presencia en Chile" Editorial Universitaria, Santiago, 1971;

- (1974) *El Estado y los problemas tácticos de Allende*. Editorial Siglo XXI, Madrid, 1974.
(1991) *"Allende y la experiencia chilena"*, 1º edición, Ediciones BAT, Santiago, 1991
(1997) *"Pinochet ante la audiencia nacional y el Derecho Penal Internacional"*. en *JpD*, Nº 28, marzo 1997. pp.93-94.

GARCÍA ALBERO, Ramón

- (1996) *"De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos"* en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Edit. Aranzadi, 1996 pp. 2196 y ss.
(1999) *"De los desórdenes públicos"*, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 1996; pp.1537 y ss., 2ª ed., 1999, pp. 1576-1590.

GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS; *Contra la Impunidad, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina*, Gráficas Alberdi, S.A.; Octubre de 1998.

GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. *"Terrorismo y tipificación penal"*, en *AP* nº48, 23-31 diciembre 2000, margs. 1019-1025.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio.

- (1987) *"Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile"*. Ediciones Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
(1983) *"Autoritarismo, Institucionalización y control social (en el cono sur latinoamericano, Argentina, Uruguay, Chile)"*. Tesis doctoral Universität Saarland, Saarbrücken, 1983.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio

- (1977) *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, 1977.
(1979) *"La función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo"*, en *ADPCP*, 1979.
(1983) a) *"Asociaciones ilícitas y terroristas"*, en *Comentarios a la legislación penal*, dirig. Por Manuel Cobo del Rosal. y coord. por BAJO FERNÁNDEZ, T.II, Ed. Edersa, Madrid, 1983, pp.109 y ss
b) *"Sobre el delito de coacciones"*, en *EPC*, Cursos y Congresos de la Univ. de Santiago de Compostela, 1983. pp. 103-151.
(1984) a) *"Delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas armadas y grupos armados terroristas"*, en *EP*, Barcelona, 1984.
b) *"Derecho penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones"*, en *EP*, Edit. Bosch, 1984.
c) *"Asociaciones ilícitas y bandas terroristas"*, en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984.
d) *"Delitos cometidos por particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas"*., en *Escritos Penales*, Ed. Bosch, 1984, pp. 357 y ss.
(1996) *"Líneas político criminales del nuevo Código Penal"*, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 19-21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita (ed.), Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1996, pp. 32 - 33.

GARCIA PELAYO, Manuel.

- (1977) *"Estado Social y sistema económico"*. Editorial Alianza, Madrid, 1977.
"El Estado Social y democrático de derecho" inédito.

GARCIA PONCE, G. *Terrorismo*. Editores Domingo Fuentes y Asociados, Caracas, 1984.

GARCÍA RIVAS, Nicolás.

- (1984) *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político"*; en *PJ* nº10, 1984, pp.107-113
(1990) *La rebelión militar en derecho penal*, Eds. Universidad de Castilla La Mancha, 1990.
(2000) *"Tratamiento jurídico penal del terrorismo"* ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar

GARCÍA SAN PEDRO; J.

- (1990) *"Atenuación, remisión de penas y libertad condicional"*, en *CLP*, dirig. por Cobo del Rosal y

coord. por Bajo Fernández, T.XI, Madrid, 1990, pp.37 y ss. esp. 60.
(1993) *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993.

GARCÍA SANTESMASES; Antonio. “R. Miliband y el futuro del socialismo” en *Revista Sistema* N° 48, 1999. p.p 93-112

GARCÍA VALDÉS, C. “La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas”, en *RFDUMC* n°6, Monográfico, 1983, p.319 y ss. También en *ADPCP*, III, 1984, pp.93 y ss. y en *Temas de Derecho Penal*, Madrid, 1992, pp.243 y ss.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio. “La eficacia simbólica del derecho penal. Examen de situaciones colombianas”. Editorial Uniandes, Colombia, 1993. pp. 101-103.

GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique de Droit Pénal Français*. 3ª ed. Tomo I. Sirey, París, 1913.

GARRETÓN, Manuel Antonio.

(1983) a) “El proceso político chileno” FLACSO, Santiago, 1983.

b) “En torno a la Discusión sobre los Nuevos Regímenes autoritarios en América Latina” en PORTALES, Carlos. *La América Latina en el Nuevo Orden Económico internacional*. Editorial FCE, México, 1983.

(1984) “Dictaduras y democratización” FLACSO, Santiago de Chile, 1984.

GARRETON, M.A y MOULIAN, T. *La Unidad popular y el conflicto político en Chile*. Ediciones Minga, Santiago de Chile, 1983.

GARRIDO MONTT, M. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1984.

LABATUT GLENA, G. *Derecho Penal*. , T. I, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 180

GELLNER, Ernest.

(1993) “Il mito della nazione e quello delle classe”, en P. Anderson, M. Aymard, P.Bairoch, W. Barberis, C. Ginzburg y G. Einaudi (eds.), *Stori d’Europe*, vol. I, “L’Europa Oggi”, G.Einaudi, Editori, Turín, 1993, pp.638 y ss.

(1995) *Encuentros con el nacionalismo. Trad.* Carlos Rodríguez B. Editorial Alianza, Madrid, 1995.

GIANNINI, M.S. “Stato sociale: una nozione inutile” en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*. Roma, 1977.

GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Edit. Tecnos, Madrid, 1999.

GILBERT, P. *Terrorism. Security and Nationality*. Londres & New York, Routledge, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.

(1981)(1982) “Constitución y Derecho Penal”, en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, suplemento de *Revista de Política Comparada*, n°. 7, año 1981-82, Madrid.

(1990) “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Edit. Tecnos, 1990, pp. 240 y ss.

(1997) “Prólogo a la segunda edición”, en *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, 3ª edición, Tecnos, 1997, p.30.

(1966) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966.

(1996) “El nuevo código penal: valoración global de los criterios político criminales que lo informan”, en *Jornadas sobre el nuevo código penal de 1995*, 19-21 Nov. De 1996; Adela Asúa batarrita (ed.); Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente. “Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista”, en *DJ*, 37/40, T.II, 1983, pp.1234-1262.

GLASER, Stephan.

(1948) “Les infractions internationales, les délits politiques et l’extradition”, en *ReDPC*, 1948.

(1973) “Le terrorisme international et ses divers aspects” en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 25 4/1973.

(1979) *Droit International Pénal Conventionel*, Bruylant, Bruxelles, 1979.

GOLDSTEIN, Raúl. “Diccionario de Derecho Penal y Criminología”, Edit. Astrea, 2º ed., Buenos

Aires.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.

- (1982) “*Crítica de la política criminal del orden público*”, en *CPC*, 1982, N°16; pp. 49-92,
(1983) “*Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)*”, en *RDFUCM*, N° 69, Madrid, 1983; pp. 85-111.
(1984) a) *Teoría Jurídica del delito. DP.PG.*; Ed. Civitas. Madrid, 1984, pp.124 y ss.
b) “*El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*”, en *ADPC*, 1984, pp.104 y ss.

GÓMEZ CALERO, J. “*Delitos de terrorismo*”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirig. por COBO DEL ROSAL-BAJO FERNÁNDEZ, T. XI, Madrid, 1990.

GÓMEZ CALERO, J.; “*Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar*”, en *RGLJ*, abril de 1972, núm. 4., 1972.

GÓMEZ COLOMER, J.L.; “*Estado de derecho y Policía Judicial democrática: notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia*”, en *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994.

GÓMEZ DE LIAÑO, F.

- (1991) *La prueba en el proceso penal*, Forum, Oviedo, 1991
(1992) *El proceso penal. Tratamiento Jurisprudencial*, Ed. Forum, Oviedo, 1992.

GONZAGA, Ricardo - TABOADA, Pablo; “*El agente encubierto, ¿legalidad o control social?*”, en *Ponencias, Derecho Penal y Criminología*, I Congreso iberoamericano y IX latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, 4,5, 6 y 7 Sept. 1997, Centro de Estudiantes, Fac. Derecho y Ciencias Sociales, Federación Universitaria de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, pp. 17-22.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L.

- (1981) “*Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el proyecto de 1980*”, en *Estudios Penales y Criminológicos IV*, 1981, pp.281-309.
(1983) “*La apología en la reforma penal*” en *V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, RFDUCM*, Monográfico n° 6, 1983, pp.381-398.

GONZALEZ P. Alejandro. “*El Departamento Jurídico de la Vicaría de la Solidaridad. Una experiencia de defensa legal de los derechos humanos fundamentales*” Informe presentado a la Primera Conferencia sobre organización y prestación de servicios legales en Latinoamérica y el Caribe, San José de Costa Rica, octubre 13-17, 1981

GONZÁLEZ RUS, J.J.

- (1983) *Bien Jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Edit. Peninsular, 1983, pp. 31 y ss.
(1997) “*Delitos contra la seguridad colectiva*”, en *Curso de DP. Español. PE, T.II*, dirig. por COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GONZALEZ, Felipe, MERA, Jorge, VARGAS, Juan E.

- (1987) a) *Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: el caso de la Ley de Defensa de la Democracia*, Cuad. de trabajo N°5 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, 1987 a)
b) *Los Regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973*, Cuad. de trabajo N°4 del programa de Derechos Humanos de la AHC. Santiago, Julio de 1987 b)
(1991) *Protección democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*, Programa de Derechos Humanos, Universidad AHC, Santiago, Chile, abril de 1991

GONZÁLEZ, Marco Aurelio, *Nociones de Criminología*, Publicación de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1982, pp. 68 y ss.

GRACIA MARTÍN, Luis.

- (1993) “*La responsabilidad penal de la propia persona jurídica*”, en *AP* 1993, pp.603 y ss.
(1994) “*La política criminal y la dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España*”. Documento de ponencia ante el V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, Santiago, Chile, Mayo de 1993. Publicado posteriormente con el título “*Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)*” en *Actualidad Penal*, 1994-1,

pp.349 y ss.

(1997) "Del homicidio y sus formas", en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T. I, coord. por Díez Ripollés y Gracia Martín, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 25 –164.

GRAMSCI, Antonio. *Introducción a la filosofía de la praxis. Trad.* Solé-Tura. Editorial Península, Barcelona, 1976.

GRANADOS PEÑA, J. "Teoría General del delito político y sus proyecciones en el derecho penal internacional. Propuesta para la abolición del delito político.", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 60, núm. 4, 1991.

GREVI, Vittorio. *Sistema Penale e leggi dell'emergenza: la riposta legislativa al terrorismo*, Il Mulino, 1983, p. 701.

GUILLESPIE, Richard. "La Guerrilla Urbana en América Latina" en O'Sullivan Noel. *Terrorismo Ideología y Revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987.

GURRUCHAGA, I. *El modelo irlandés: historia secreta de un proceso de paz*. 1998.

GUTIERREZ GALVEZ, Hugo; *Comentarios sobre dos propuestas legislativas: creación de un sistema nacional de inteligencia y modificación de la ley antiterrorista*, Santiago de Chile, Septiembre de 1997. Documento de circulación privada.

GUTIERREZ J. C.- VILLEGAS, Myrna. "Desaparecidos en dictaduras militares", en *Derecho Penal: Implicaciones Internacionales*, Publicación del XI Congreso de Estudiantes de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca; Ed. Colex, 1999, pp.35-81.

GUTIÉRREZ LANZA, G.; "Notas sobre los delitos de terrorismo", en *REDM*, enero-junio, 1975, núm. 29.

GUTIÉRREZ SAHAMOD, L.; *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación Antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. N° 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo), Santiago, Chile, Octubre de 1991.

GUTIÉRREZ, L. *La Política del Estado frente al terrorismo: La ley antiterrorista y sus modificaciones*, Cuadernos del CED, N° 14, Santiago, Chile, Octubre de 1991.

HABERMAS, Jürgen.

(1981) *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1981.

(1986) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Editorial Amorrurtu, Argentina, 1986.

(1984) *Perfiles filosófico-políticos*. Editorial Taurus, Madrid, 1984.

(1997) *Mas allá del Estado Nacional*. Editorial Trotta, Madrid, 1997

HAMON, A. - MARCHAND, J.C. *Action Directe: du Terrorisme Français a l'Euroterrorisme*. París, Seuil, 1986.

HAMPSON, Norman. "De la regeneración al terror; la ideología de la revolución francesa" en *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987.

HARBI, Mohamed - RODINSON, Maxime - SALAMATIAN, Ahmad. "Islam político y sociedad" en *Revista Iniciativa Socialista*, Núm. 33. 1995. pp.35-45.

HARDMAN, J.; *Encyclopedia of Social Science*, 1937.

HARRINGTON, Edwin-GONZALEZ, Mónica. *Bomba en una calle de Palermo*. Editorial Emisión, Buenos Aires, 1987.

HASSEMER, Winfried

(1984) "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", en *DDDP*, 1984, núm.1.

(1989) "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *DP*, 1989, pp.275 - 285.

(1991) "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *NFP* N° 51, Año X, 1991.

HASSEMER,W. - MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

HAURON, A. "El autonomismo Vasco – Francés" en *Terrorismo internacional*. (Dir.) Salustiano del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984. pp.312-315.

HEINZ HOLZ, Hans; KOFLER, Leo; ABENDROTH Wolfgang. "Conversaciones con Lùkacs" Editorial Alianza, Madrid, 1969. p.72. Trad. Jorge Deike y Javier Abásolo. Original alemán publicado en 1967.

HELLER, Agnes.

(1974) *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. M. Sacristán, Edit. Grijalbo, Barcelona, 1974.

(1978) a) *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. F.J. Ivars, Eds. Península, 1ª ed., 1978.

b) "Teoría, praxis y necesidades humanas", ensayo en *Teoría de las necesidades en Marx*, 1978.

(1980) *Por una filosofía radical*, trad. Cast. J. F. Ivars, Col. El Viejo Topo, Barcelona, 1980.

HIERRO, Liborio. "¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas?", en *Rev. Sistema*, N°46, enero, 1982, pp.57-61.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *El delito de coacciones*, 2ª ed., Edit. Bosch, 1983, también en *ADPCP*, 1978, fasc. 2º pp.453 y ss.

HORMAZÁBAL MALAREE, H.

(1984) "Política penal en el Estado democrático", en *ADPCP*, nº2, Madrid, 1984, 333-345.

(1991) *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Edit. P.P.U., 1991.

HOROWITZ, Irving. *Los Anarquistas. La teoría. La práctica.* 2 Vols. Madrid, 1975

HORWITZ LENNON, María Inés; "Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal; Tendencias del Derecho Comparado", en *RCP*, Instituto de Ciencias Penales de Chile, Quinta época, T. XL, Edit. Conosur, 1994.

HUERTA TOCILDO Susana; *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Edit. Tecnos, 1984.

JABARDO M., R. "La extrema derecha española, 1976-1996: Estrategias de movilización y estructura de la oportunidad política" en *Rev. Sistema*, Núm. 135, 1996. pp.105-122.

JAIME-JIMÉNEZ, Oscar; "Control Social y violencia colectiva: un estudio comparado de la respuesta policial al terrorismo en sociedades industriales avanzadas", en *Rev. Sistema*, núm.. 134, 1996.

JAKOBS, Günther. *DP.PG. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Edit. Marcial Pons, 1995

JAUREGUI, G.

(1981) *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968.* Siglo XXI, Madrid, 1981.

(1986) "National identity and political violence in the Basque Country" en *EJPR*, Núm 14, 1986. pp. 587-605.

JELLINEK, Georg. *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.* 4ª ed. 1927. Trad. Adolfo Posada. *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.* Editorial Victoriano Suárez. Madrid, 1908.

JENKINS, Brian; "Tendencias actuales del terrorismo internacional", en *Terrorismo internacional*, dirig. por Salustiano Del Campo, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pp. 11- 30.

JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal*, 2 Vols, trad. y ediciones al derecho español de la 3ª ed. Alemana de Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.; Edit. Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomos II y III, 4ª ed.; Edit., Losada, Buenos Aires.

JIMÉNEZ, Gustavo. *Violencia y terrorismo.* CIPIE (Fundación Centro de Investigación y Promoción Iberoamérica y España). Madrid, Mayo-Junio, 1983.

JOLL, James. *Los anarquistas.* Barcelona, 1968

KAI AMBOS.

(1989) *Terrorismo y ley: análisis comparativo, República Federal alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia.* Comisión andina de Juristas, Lima-Perú, 1989.

(1997) "Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia Bolivia, Perú, Chile y Argentina". 1ª ed. colombiana, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Comisión Andina de Juristas, Instituto Max Planck para Derecho Penal extranjero e Internacional, Biblioteca Jurídica Díké, 1997. Trad. Marcela Anzola Gil. Medellín, Colombia.

KAMMLER, J. "El Estado Social" en: Abendroth/Lenk *Introducción a la ciencia política.* Editorial Anagrama, Barcelona, 1973.

KAUFMANN, A.

(1975) “*Sobre el estado de la teoría del injusto personal*”, en *NPP*, 1975, pp.159 y ss. Edit. Hamurabbi, Buenos Aires, 1991.

(1977) *Teoría de las normas*, Trad. Bacigalupo-Garzón Valdés, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1977.

KIRCHEIMER, Otto; “*Represión legal de organizaciones políticas*” en *Justicia Política. Empleo del Procedimiento penal para fines políticos*, Freiburg, 1968.

KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Pensamiento Jurídico alemán contemporáneo. Trad. Eugenio Bulygin. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980

KUNSEMÜLLER, C.; *Estudio sobre los delitos contra la seguridad del Estado*, Edit. Jurídica, Santiago, Chile, 1967.

LABATUT GLENA; Gustavo; *Derecho Penal*, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, 1979.

LABRIOLA, Antonio; “*La teoría de los factores históricos y la concepción materialista de la historia*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca Nº25, México, 1973, pp. 9-24.

LABROUSSE, Alain; *Los Tupamaros*, Ed. Tiempo contemporáneo. Buenos Aires, 1971.

LAFARGUE, Pablo; “*El método histórico*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca Nº25, México, 1973, pp. 45 y ss.

LAITIN, David. “*Resurgimientos nacionalistas y violencia*” en *Violencia y Política*. Monográfico, *Revista Sistema*, Núm. 132-133, 1996.

LAMARCA PÉREZ, Carmen;

(1985) *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.

(1989) “*La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*”, en *ADPCP*, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988.

(1993) a) “*Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*”, *ADPCP*, 1993, pp.535-559.

b) “*La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*”, en *JpD* nº20, 3/1993, pp.51- 65.

c) “*Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*”, en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 7, abril de 1993, pp.11-15.

(1999) “*Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo*”, ponencia en II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito, Dirección de Cursos Extraordinarios. Depto. Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Sin publicar.

(2001) “*Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo*”, en *Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, publicación del XIII Congreso universitario de alumnos de derecho penal de la Universidad de Salamanca, coord. por L. Zúñiga R., C. Méndez R. y M.R. Diego Santos, Edit. Colex, 2001, pp. 101-107.

LAMNEK, Siegfried; *Teorías de la criminalidad*, Edit. Siglo XXI, México, 1980.

LANDECHO VELASCO, C.M.- MOLINA BLAZQUEZ, C. DP. Español. PE; Edit. Tecnos, 2ª ed.; 1996

LAPORTA, Francisco. “*Violencia, nación, autodeterminación*” en *Leviatán*, Nº 34, 1988. pp.57-70.

LAQUEUR, Walter; *Terrorismo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1983.

LARRAURI PIJOAN, *Libertad y amenazas*, Edit. PPU, 1987.

LARRAURI, E.; *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991.

LASKI, Harold. *El liberalismo europeo*. Editorial FCE, México, 1984.

LAUDI, Maurizio. “*la dissociazione dalla lotta armata: l'approdo legislativo per una complessa realtà*”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 1988, pp. 276 –298.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

LECHNER, Norbert. *Estado y Política en América Latina*. Editorial Siglo XXI, México, 1981.

LEGAULT, Albert. “*La dynamique du terrorisme: le cas des Brigades Rouges*”, *Études Internationales*, Vol. XIV, nº4, Décembre 1983, pp. 640-661 (en español. pp. 660 y ss.)

LEMKIN, H ; “*Faut-il créer un nouveau delit de droit des gens, nommé terrorisme*” en *R.P.D.C.*, 1933.

LENIN, V.I.

El Estado y la Revolución, Ed. Anteo, Buenos Aires, 1972

“*Marxismo y Revisionismo*”, en AA.VV., *El materialismo histórico según los grandes marxistas*, Col. Roca Nº25, México, 1973, pp.143 y ss.

LETAMENDIA BELZONIE, Francisco.

(1994) *Historia del nacionalismo vasco y de ETA*. III Vols. Vol. I: Introducción a la Historia en el País Vasco (1951-1976); Vol. II: ETA en la transición (1976-1982). p.261. Vol. III: ETA y el gobierno del PSOE. Editorial R&B, DL 1994.

(1994) "On nationalisms in situations of conflict (reflections from the Basque case)" en Beramendin. *et al.* (Eds.) *Nationalism in Europe. Past and Present*. Vol. I. U. de Santiago de Compostela. 1994.

LIPSET, S.M. *Political Man*. Nueva York, 1960.

LODGE, J. *Tre Threat of Terrorism*. Colorado, Westview Press Boulder, 1988. pp. 213-228.

LOMBROSSO y LASCHI. *Il delitto politico e la rivoluzione*. Fratelli, Boca, Turín, 1891. Tomo II.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; *Terrorismo política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

LÓPEZ GARRIDO, Diego- GARCÍA ARÁN, Mercedes; *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentarios al texto y al debate parlamentario*. Edit. Eurojuris, Madrid, 1996.

LOPEZ LAUSON, Carlos. *La doctrina de la seguridad nacional y los Derechos Humanos*. Editorial Documentas, Santiago de Chile, 1984.

LORENZO SALGADO

(1989) a) "El delito de amenazas: Consideraciones sobre el bien jurídico protegido", en *EP*, en homenaje a Fernández Albor, Univ. de Santiago de Compostela, 1989 a).

b) "Alcance y características del 'mal' en los arts. 493 y 494 del Código penal", en *Criminología y Derecho penal*, Libro homenaje al Profesor A. Berinstain, IVC, 1989 b).

LUKÁCS *Historia y conciencia de clase*. Les Editions de Minuit, París, 1960.

LUXEMBURGO, Rosa.

(1974) *Introducción a la economía política*, trad. de H. Ciafardini, 2ª ed. Madrid, 1974,

(1977) "La revolución Rusa", en *Escritos Políticos*, trad. de G. Muñoz, Barcelona, 1977.

LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho Penal*, Edit. Dikynson, 6ª ed., 1996 y 7ª ed, 1998.

LUZON PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Universitas, Madrid, 1996.

MACCARTNEY, Clemence. "Political Violence and political Development in Northem Ireland: An Overview" en *State an societal reactions to terrorim*. Editorial Oñati, IISL, 1997.

MacKERCHER, William Russell. *Libertarian Thought In Nineteenth Century Britain: Freedom, Equality and Authority*. Nueva York, 1987.

MAIRA, Luis. "Superando la pobreza, Construyendo la equidad". Ministerio de Planificación y Cooperación, Santiago de Chile, Junio de 1995.

MAITRON, Jean. *Histoire du mouvement anarchiste en France (1880-1914)*. 2 vols. París, 1983.

MANFREDONIA, Gaetano. *L'individualisme anarchiste en France (1880-1914)*. París, 1991.

MANTOVANI, F.; *Il problema della criminalità*. Padova 1984.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis.

(1982) *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

(1996) "Reinserción social de los terroristas" en AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1996.

(2000) "Reformas penales en materia de terrorismo", en *AP* nº48, 25 al 31 de diciembre de 2000, margs. 1009-1018.

MAPELLI CAFARENA, Borja.

(1983) *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Ed. Bosch, 1983.

(.....) "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario" en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVI, Servicio de Publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela.

(1998) "Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo", Ponencia en el X Congreso Universitario de alumnos de derecho penal. Universidad de Salamanca, 11-13 marzo 1998.

MAPELLI CAFARENA, Borja - TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU, M.L.

(1988) "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", en *PJ*, N° 9, 1988, pp.9-27.

(1996) "La idea de peligro en el moderno derecho penal", en *AP*, 1996, p.492,

MARCÓ DEL PONT, Luis. *Manual de Criminología*, Edit. Porrúa, México, 1990.

MARCHENA GÓMEZ, M.; *Código Penal de 1995*, Edit. Comares, 1997.

MARIA LOZADA, S. -VIAGGIO, J. - ZAMORANO,C. BARCESAT,E. *Inseguridad y Desnacionalización. La Doctrina de la Seguridad Nacional*. LADH. Ediciones Derechos del Hombre, Buenos Aires, julio de 1985.

MARIGHELA, Carlos. *Escritos de Marighela: La guerrilla en Brasil*. Editorial Prensa Latinoamericana, Stgo. de Chile, 1971.

MARINOVIC, Milán M. *Hipótesis del Terrorismo: una metodología de análisis aplicada al caso chileno*; ICP, Universidad de Chile, Santiago, enero de 1987.

MARTÍNEZ CARDÓS, Leandro. "El terrorismo: aproximación al concepto", en *AP*, 1998, núm.1, margs. 479-487.

MARTÍNEZ DE VALLEJO; Blanca. "Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en *Derechos Humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

MARX, Karl.

(1970) *Contribución a la crítica de la economía política* (1859) Trad. J. Merino, Alberto. Corazón Editor, Comunicación B., Madrid, 1970;

(1972) *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, vol. I, Edit. Siglo XXI, 1972.

(1974) "La ideología en general y la ideología alemana en particular", en *MARX, K.- ENGELS, F.; Concepción materialista y concepción idealista*, Eds. Roca, México, 1974, pp.17-65.

"Notas a Feuerbach". 1844.

El capital T.I, 1867. Trad. Wenceslao Roces. Editorial F.C.E., México-Buenos Aires, 1946. 3^a ed. 1964; 4^a edición, México, 1971, 5^a edición, México, 1972.

MARX, Carlos – ENGELS, Federico. *Escritos Escogidos*. Foreign Languages Publishing House. Vol. I. 1962 (Introducción a *La Lucha de Clases en Francia*).

MASINI, Pier Carlo. *Storia degli anarchici italiani: da Bakunin a Malatesta (1862-1892)* Milán, 1972.

MATA Y MARTÍN, Ricardo; *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Edit. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1997.

MATEKADO, Iván. *El trasfondo del Terrorismo Internacional*. Editorial Dopesa, Barcelona, 1974.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de DP.* , Trad. Córdoba Roda, Edit. Ariel, 1962.

MAXWELL,J.; *Le Crime et la société*. Paris, Ernest Flamnarios Editeur, 1920.

MC INTOSCH, M.; *La organización del crimen*, México, 1977.

MEDINA Cecilia- MERA, Jorge; *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos. Cuadernos de Análisis Jurídico*, N°6, Santiago de Chile, 1996.

MELLINI, Mauro. "Una República arrepentida: Leyes especiales y barbarización de la justicia en Italia", en *CPC*, N° 57, 1995, pp. 669-709. Prólogo de Enzo Tortora, pp. 669-672. Trad. al español de Manuel Quintanar.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, UCM-CEJ, Madrid, 1993.

MERA FIGUEROA, Jorge.

(1978) "Policía Judicial organismos de seguridad en relación con la libertad y el derecho a la justicia", Estudios: "Los derechos humanos a la luz del Ordenamiento Institucional". Arzobispado de Santiago, Vicaría de la solidaridad, Chile, Noviembre de 1978.

(1984) "La ley 18.314. los delitos terroristas". Documento inédito de circulación privada. Julio de 1984

(1986) "Posibilidades de expansión de los derechos humanos en una futura sociedad democrática en Chile"; en *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de derechos humanos de la AHC, CESOC Ediciones Chile y América, 1986.

(1997) "Razones justificatorias de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz", Ponencia en *Seminario Internacional de Justicia Militar*, 15 al 17 octubre 1997, Fac. de Derecho, Universidad Diego

Portales, Stgo. Chile.

MERA, Jorge- GONZÁLEZ, Felipe - VARGAS, Juan Enrique.

(1987) a) "*Función Judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: el caso de la Ley de Defensa de la Democracia*". Cuadernos de trabajo, N° 5 del programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano. Santiago de Chile, 1987.

b) "*Los Regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973*" Cuadernos de trabajo, N°4 del programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano. Santiago, Julio de 1987;

MERKL, P.H. "*Rollerball or Neonazi Violence?*" en P.H. Merkl (Ed.) *Political violence and terror*. California University, Press Berkeley, 1986.

MERTENS, P. "*L'introuvable acte de terrorisme*", en ASSOCIATION BELGE DE JURISTES DÉMOCRATES; *Reflexions sur la définition et la repression du terrorisme*. Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 27- 49.

MERTON, Robert. *Teoría y estructura sociales*, F.C.E., México, 1970 y F.C.E., México, 1980.

MESTRE DELGADO, Esteban. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987.

METHOL FERRE. "*Sobre la actual ideología de la Seguridad Nacional*" en *Dos ensayos sobre Seguridad Nacional*. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Sept. 1979. pp. 210-212.

MICKOLUS, Edward; *Transnational Terrorism: A Chronology of Events (1968-1979)*, Westport: Greenwood Press, 1980.

MIGNONE, Emilio. "*Desapariciones forzadas: elemento básico de una política*" artículo publicado en la *Rev. Punto Final*, suplemento, edición N°194, Santiago, Chile, junio 1981.

MILIBAND, Ralph.

(1976) *El Estado en la sociedad capitalista*, Editorial Siglo XXI, 1976. El original *The State in capitalist society*. Basics Books, Nueva York, 1969.

(1997) *Socialismo para una época de escepticismo*. Editorial Sistema, Madrid, 1997.

MINGARDI, G. *O Estado e o crime organizado, IBCCrim*. Sao Paulo, 1998.

MIR PUIG, Santiago

(1977) "*el delito de coacciones en el Código penal*", ADPCP, 1977, pp.269-306.

(1981) "*Problemática de la pena y seguridad ciudadana*" en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1981.

(1982) *Objeto del delito*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Edit. Seix, Barcelona, 1982.

(1991) "*Bien Jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*", en *Estudios penales y criminológicos*, N° XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 203- 215.

(1994) *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*" Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

(1995) "*Conocimiento y voluntad en el dolo*"_ en AA.VV. *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 11-35.

(1996) *DP.PG. Fundamentos y Teoría del Delit*, 4ª edición, Impreso por Tecfoto, S.L., Barcelona, 1ª reimpresión, noviembre 1996.

MIRA BENAVENT, J. "*El caso del Diario Egin: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*", ADPCP, 1987, pp.505 y ss.

MIRALLES,M. - ARQUES, R.; *Amedo: El Estado contra ETA*, Ed. Plaza Janés, Barcelona, 1989.

MIRANDA STRAMPES, Manuel. "*Delitos contra el Orden Público*", en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, pp.1899-1978.

MISHRA, R. "*The Welfare State in crisis*" Harvester Press, Norfolk, 1984.

MOLINA, Rodrigo. MERA, Jorge; "*Ley de Arrepentimiento Eficaz*"- *Sus principales problemas*-, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1994.

MONTEALEGRE, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Editorial ACH, Santiago de Chile, 1979.

MONTERO AROCA- ORTELLS RAMOS-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO; *Derecho Jurisdiccional*. T. III. *Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1996,

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las leyes (1748)*. Libro XII. Capítulos VI y VII. Trad. M. Blazquez y P. de Vega. Editorial Tecnos, Madrid, 1972.

MONTON REDONDO, "*La Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y su competencia objetiva en materia penal*", en *RPDI*, 1979, pp. 341-535

- MORA ALARCÓN, J.A.;** *Suma de DP. PG y PE.*; Edisofer, 1996.
- MORALES PRATS, Fermín.** “*Del Homicidio y sus formas*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MÚÑIZ, Edit. Aranzadi, 1996 b) pp. 665 y ss. , esp. p.670. También en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 25 y ss.,
- MORAN BLANCO, Sagrario.** “*La cooperación hispano-francesa en la lucha contra ETA*”. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias de la información, Universidad Complutense de Madrid, 1997. Posteriormente publicada bajo el título “*ETA, entre España y Francia*”. Editorial Complutense, Madrid, 1997.
- MOULIAN, Tomás.** “*Cárcel de Alta Seguridad*”, Diario *La Época*, febrero de 1995.
- MOURIZZI, J.F.- BOULAERT, E.** *Iparretarak: Separatisme et Terrorisme en Pays Basque Français*. París, Plon, 1988.
- MOXON BROWES, E.** “*Terrorism in France*” en *Conflict Studies*. Núm. 144, 1983.
- MUJICA MONTES, A.- RIEGO, Cristián.** “*Ley sobre arrepentimiento eficaz*”, Universidad Diego Portales, Fac. de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1994.
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro.**
 (1983) *El terrorismo en España. El terror frente a la convivencia pluralista en libertad*, Ed. Planeta, Instituto de Estudios Económicos, 1982.
 (2000) *El fracaso del nacionalismo*, Plaza& Janés Editores, Barcelona, 2000, p. 26.
- MUÑOZ CONDE, Francisco**
 (1975) “*El principio de culpabilidad*”, en *Jornadas de profesores de derecho penal*, Fernández Albor (Edit.), 1975, pp.219 y ss.
 (1988) *DP.PE.* 6ª ed. , Edit. Tirant Lo Blanch, 1985
 Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1985.
 (1988) *DP.PE.*, 7ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.
 (1989) *Teoría General del delito*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 1989.
 (1990) *DP.PE.*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, 1990.
 (1995) *DP.PE.*, 10ª ed. Tirant Lo Blanch, 1995
 (1996) *DP.PG.*; Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.
 DP.PE., 11ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.
 “*Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*”, en AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. Por Faustino Gutiérrez- Alviz Conradi, Univ. Sevilla Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1996, 145-155.
 (1999) “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 151-159.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, M.** *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan.**
 (1992) *El delito de detención*, Edit. Trotta, 1992.
 (1996) “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en AA.VV. *Delitos contra la libertad y la seguridad*, dirig. por J.M. Terradillos Basoco, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 341- 384.
- MUSCO, Enzo.** “*Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas*”, en *Rev. Penal* N°2, Julio de 1998, Edit.. Praxis en colaboración con Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla La Mancha, Barcelona, 1998, pp. 35- 47.
- NAUCKE,** *Die Wechselwirkung zwischen Straftat und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985. Cfr. SILVA
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.;** *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, 1992, pp.13- 33.
- NAVARRO, Vincenc,** “*Están los Estados perdiendo su poder con la globalización?*”, en *El legado de Keynes*, Monográfico, *Rev. Sistema*, Abril 2000, pp.31-47.
- NEGRI, T.** “*Su alcune tendenze della più recente teoria comunista dello Stato: Rassegna critica*” en “*La forma stato*” Feltrini, Milano, 1980.
- NIETO, Luis C.** “*Sobre la competencia de la Justicia española para la instrucción de los procesos contra los miembros de las juntas militares argentina y chilena*”. Ponencia ante el Seminario sobre los

efectos de la corrupción y la impunidad en los procesos democráticos, organizado por la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires, los días 11 y 12 de diciembre de 1997.

NOAKES, Jeremy. "Orígenes, estructura y funciones del terror nazi" en O'Sullivan, Noel. *Terrorismo, ideología y revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987. pp.91 y ss

NOAKES, Jeremy –PRIDHAM, Geoffery. "Nazism 1919-1945". Vol. I. *The Rise to Power 1919-1934* (Exenter)1983.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. "El sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno" en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (en conmemoración de los 506 años del pensador florentino Donato Gianotti) Vol. II, Santa Fé de Bogotá, 15-17 abril de 1998, Universidad Externado de Colombia. Septiembre de 1998, pp. 1369-1408.

NOVOA MONREAL, Eduardo.

(1960) *Curso de DP chileno*, Edit. Jurídica de Chile, 1960, T. I.

"El delito de homicidio y la intención de matar", en *RCP*, T. VIII, pp.183 y ss.

(1966) *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomos I y II. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1966.

(1972) "El difícil camino de la legalidad" en *Rev. de la Universidad Técnica del Estado*, N°7. Santiago de Chile, Marzo de 1972.

La batalla por el cobre (la nacionalización chilena del cobre). Editorial Quimantú, Santiago de Chile, 1972.

(1978) *¿Vía legal al socialismo? (El caso de Chile)*. Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1978.

(1987) "La reacción penal ante las violaciones de derechos humanos", intervención en Seminario "La justicia ante las violaciones de derechos humanos en Chile", Stgo., 13-14 de nov. 1987. Publicado Por la Comisión Chilena de Derechos Humanos.

(1992) *Los resquicios legales*, Ediciones Bat, Santiago de Chile, 1992.

NÚÑEZ FLORENCIO, Rafael.

(1983) *El terrorismo anarquista, 1888-1909*. Madrid, 1983.

(1998) "El terrorismo en España hace un siglo" en *Rev. CdRP*, N° 82, mayo 1998, p. 52 y ss.

O'CONNOR, J. "La crisis fiscal del Estado" *Homo Sociologicus* 24. Edit. Península, Barcelona, 1973.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.

(1981) *Sobre el concepto del Derecho Penal*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

(1990) "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, 1990, pp.5-27

OCHANDO Claramunt, Carlos. "La doble interpretación del Estado de Bienestar: ¿crisis financiera o política?" en *Rev. Sistema*, N° 143. Madrid, 1998. pp.53-70.

OFFE, C. "Lo Stato nel capitalismo maturo" Etas Libri, Milano, 1977.

OLARIETA ALBERDI, J.M.

(1988) "La Audiencia Nacional diez años después", en *Rev. Ilustre Colegio de abogados del Señorío de Vizcaya*, N°33, 1988, pp. 65-79.

(1991) *Antejuicio e Impunidad Judicial: El caso de las sentencias bondadosas*, Edit. Kaydeda, 1991

(1998) "Dos modelos de separación de poderes", en *JpD*, nov.1998, pp.21-28.

ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del Derecho Penal*, Tenerife, 1959.

ORTELLS RAMOS, GOMEZ COLOMER, y otros; *Derecho Jurisdiccional. El proceso penal*. Ed. Bosch, 1996.

ORTELLS RAMOS, M.; "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim", en *Rev. de Derecho Procesal*, 1982, núms. 2-3, pp. 365-427.

O'SULLIVAN, Noel. *Terrorismo, Ideología y Revolución*. Trad. Míguez. Editorial Alianza, Madrid, 1987.

P.W. ZAGORSKI. *Democracy vs National Security, Civil Military relations in Latin America*. Lynne Rienner Pub, Boulder, 1992.

PACHECO, *Estudios de DP. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*. 5ª ed. Madrid, 1887.

PACHECO, Máximo; *Los derechos humanos como fundamento del sistema democrático*. ICHEH, Stgo. Chile, 1986.

PADOVANI, Tullio.

(1982) *"Bene giuridico e delitti politici"*, en *RIDPP*, 1982.

(1981) *"Commento agli art. 4,5 del d.l. 15-12-1979, n.625, conv. con modific. in l. 6-2-1980, n. 15 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica)"*, en *La legislazione penale*, 1981, pp. 54 y ss.

(1984) *"La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni"*, en *DDDP*, 1984, núm.1, pp. 104 y ss.;

PALACIO, German y ROJAS, Fernando. *"Empresarios de la cocaína, parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano (narcotráfico y contrainsurgencia en Colombia)"* en German Palacio (Comp.). *La irrupción del paraestado* (ensayos sobre la crisis colombiana). ILSA-CEREC, Bogotá, 1991.

PALAZZO, Francesco.

(1982) *Le recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1982

(1998) *"Estado constitucional de derecho y derecho penal. (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994)"* en *Rev. Penal*, N°2. Julio de 1998. Editorial Praxis, en colaboración con las universidades de Huelva, Salamanca, Castilla- La Mancha, Barcelona. pp. 49-60

PALMA SALAMANCA, Ricardo. *El gran rescate. Desflorando el viento*. Colección Septiembre, Punto Final, Edit. LOM, Santiago de Chile, 1997.

PANIAGUA, J. *"Una gran pregunta y varias respuestas. El anarquismo español desde la política a la historiografía"* en *HS*, Núm. 12, 1992. pp. 31-57.

PAPADATOS; *Le délit politique. Contribution a l'etude des crimes contre l'etat*, Droz, Genève, 1954.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *"El Estado como poder y el derecho como regulador de su actuación, hoy; algunas transformaciones en curso"*. pp. 1629-1688.

PAVARINI, Massimo.

(1978) *"Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kircheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia"*, en *QC*, 1, 1978, pp.39-61.

(1987) a) *"Abolicionismo y Reduccionismo"*, en *PC*, N° 1, 1987, pp. 137-158.

b) *"El sistema de derecho penal entre Abolicionismo y Reduccionismo"*, en *PC*, N° 1, 1987, pp. 141-157.

PAYNE, Stanley G. *El fascismo*. Ediciones Altaya, Barcelona, 1996. Título original *Fascism: Comparasion and Definition*, Trad. de Fernando Santos Fontela, Alianza Ed. 1982-1986-1993-1994-1995.

PAZ y PAZ BAILEY, C. *Análisis jurídico del genocidio. Especial consideración del concepto y mecanismos de protección*. Tesina de Grado, Universidad de Salamanca, Diciembre de 1997

PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales. T. I Teoría General*; Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973.

PELLA *"Les Conventions de Gêneve pour la prevention et la répresion du terrorisme et pour la creation de la Cour Penale Internationale"*. *RDPC*, vol. 18, 1938, p. 418.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Traición a la Patria y arrepentimiento terrorista*, Ed. Grijley, Lima, 1994.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando.

(1991) *La Protección penal del consumidor*, Edit. Praxis, 1991.

(1995) *Contribución al estudio de las categorías de "objeto material" del delito y de los delitos de "mera actividad" al hilo del concepto de resultado en derecho penal*, ejemplar mimeografiado, Univ. de Salamanca, 1995.

PÉREZ CEPEDA, Ana.

(1995) *"Reinserción en materia de terrorismo"*, en *CJ*, año 3, n°31, Junio 1995, pp.24-40.

(2000) *"Reinserción de terroristas"*, ponencia en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000

PEREZ LUÑO, Antonio. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ MANZANO; *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, en *AP* n° 2, 1995;

PEREZ MARIÑO, V. *"Antecedentes y papel de la Audiencia Nacional"*, en *JD*, Madrid, 1982.

PESSIN, Alain. *La rêverie anarchiste, 1848-1914.* París, 1982.

PETRAS, J. Y ZEITLIN, M. *"El radicalismo político de la clase trabajadora chilena".* CEAL, Buenos Aires, 1969.

PICKERING DE LA FUENTE, Guillermo. *Terrorismo: Aspectos jurídicos, políticos y militares.* Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. 1988. Santiago, 1988.

PIEDRA BUENA LEÓN, E. *EL delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el Nuevo Código Penal*", en *AP*, 1997, 1. margs. 479-501.

PIGNATELLI, Amos; *"Natura del terrorismo e repressione penale" en La Magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra*", en *Quaderni di Questione Giustizia*, Ed. Franco Angeli, Milano, 1982, p.20 y ss., esp. p.252. Cfr. LAMARCA, 1985, p.91.

PIRENNE, Jaques. *Historia Universal.* Vol. VIII. *"La Segunda Guerra Mundial"*. Editorial Leo, Barcelona, 1958.

PISAPIA, G.

(1975) *"Terrorismo, delitto político o delitto comune?"*, en *GP* 1975, p.265.

(1979) *"Terrorismo y orden público: el caso italiano"*, en *DP*, núm.8, 1979,

PIZZOLO, Calogero. *"La relación constitución- globalización. Una visión desde el derecho constitucional americano"*. pp.1689-1716.

POLAINO NAVARRETE, Miguel.

(1974) *El bien jurídico en el derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, Núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

(1982) a) *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982.

b) *El delito de detención ilegal*, Edit. Avanzada, 1982.

(1996) a) *"Apología y encubrimiento del terrorismo"*, en *La Criminalidad organizada ante la Justicia*, dirig. por Faustino ALVIZ.-CONRADI, Publicaciones Univ. de Sevilla, 1996, pp.37-52.

b) *Curso de DP. Español. PE.* Ed. Marcial Pons, 1996.

(1997) a) *"Delitos contra el Orden Público (V). Delitos de terrorismo"*, en *Curso de DP. español. PE.*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997.

b) *"Delitos contra la libertad"*, en *Curso de DP. Español. PE.*, dirig. Por M.Cobo del Rosal, Edit. Marcial Pons, 1997, pp. 231 y ss.

c) *"Delitos contra el orden público (I)"* en *Curso de DP. Español. PE*, dirig. Por M. Cobo del Rosal, Edit. Marcial Pons, 1997.

POLITOFF, Sergio. *"Sistema jurídico penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho"*, en *RchDDHH*, N° 11, Nov. 1989, Programa de Derechos Humanos de la AHC, Stgo. Chile.

POLITOFF, Sergio- GRISOLÍA, Francisco, BUSTOS, Juan. *Derecho penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas.* Edit. Jurídica de Chile, 1993.

PONCIANO TORALES. *"La violencia origenes sociales"*. Trabajo de Investigación del Instituto de Sociología de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1971.

PONTARA, G.; *"Violenza e terrorismo. Il problema de la definizione e della giustificazione"*, in *Dimensioni del Terrorismo Politico*, L. Bonanate (Edit.), Franco Angeli, Milano, 1979, pp.25-98.

PORTELL, J. M. *Los hombres de ETA* Editorial Dopesa, Barcelona, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo

(1989) *"Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos"*, en *CPC* N°39, 1989, pp.723-748.

(1990) *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edit. Edersa, Madrid, 1990.

(1997) *Delitos contra la Constitución (V)*, en *Curso de DP. Español. PE.*, dirig. Por COBO DEL ROSAL, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.701 y ss.

POULANTZAS. *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista.* Editorial Siglo XXI, Madrid, 1978.

PRATS CANUT, José Miguel.

(1996) a) *"De los delitos de terrorismo"*, en QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; VALLE MUÑOZ; PRATS CANUT; TAMARIT SUMALLA; GARCÍA ALBERO; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 1996 a); pp.1578-1593,

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

b) “*De los incendios*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por VALLE MUÑOZ, Ed. Aranzadi, 1996 b), pp. 1586 y ss.

c) “*Delitos contra la libertad*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1996 c), pp. 781 y ss.

(1999) “*De los delitos de terrorismo*”, en QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; VALLE MUÑOZ; PRATS CANUT; TAMARIT SUMALLA; GARCÍA ALBERO; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 2ª ed., 1999, pp. 1618-1634.

PRIETO SANCHIS, Luis

(1983) “*Protección de los derechos fundamentales*” en *ADDHH*, Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1983.

(1990) *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990.

PUIG PEÑA, Federico. *Detenciones Ilegales*, en *NEJ*, T.VII, 1955

QUERALT, J. “*El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad*” en AA.VV. *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. pp.37-52.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio.

(1957) *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. C.S.I.C., Madrid, 1957.

(1962) *Tratado de la Parte Especial del Código Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1962, T.I.

(1963) *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

(1966) *Comentarios al Código Penal*, Edit. Edersa, Madrid, 1966.

(1967) *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo IV, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

(1972) *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo I, vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, G.

(1999) a) “*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.177-190

b) “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Edit. Aranzadi, 1999, pp.473 y ss.

QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, 1996 a), pp.1431 y ss., esp. pp.1447-1448, 2ª ed., 1999, pp. 1468-1495.

QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE; *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Barcelona, 1983.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I., 20ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1984 y 21ª ed., T.II, Madrid, 1992

RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*; Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

RANGUEL, Enrique.

(1974) *Estudios sobre la violencia*, Edit. Monteavila, Caracas, 1974..

(1977) *Violencia y Revolución*, Edit. Nuevos Tiempos, México, 1977.

REBOLLO VARGAS, R.

(1997) a) *La provocación y la apología en el nuevo código penal*, Tirant Monografías, Edit. Tirant Lo Blanch, 1997.

b) “*La apología y el presagio de ‘un futuro inmediato de gran sufrimiento’*”, en *JpD*, Nº 8/1997, pp. 36 y ss.

REIG REIG, José Vicente; “*Delitos contra la Constitución*”, en AA.VV. *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, 1999, pp. 1863-1864

REINARES, Fernando.

(1982) *Terrorismo y sociedad democrática*. Editorial Akal, Madrid, 1982

(1989) “*Democratización y terrorismo en el caso español*” en *La transición democrática española*.

Editorial Sistema, Madrid, 1989. pp.611-644.

(1993) "Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas", en *RIS*, núm.5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67.

(1995) "Las democracias europeas ante el desafío terrorista: algunas consideraciones" en *Revista de estudios Europeos*. Madrid, 1995. pp.3-9.

(1996) "Fundamentos para una política gubernamental antiterrorista en el contexto de regímenes democráticos", en *Violencia y Política*, Monográfico *Rev. Sistema*, núms. 132-133, 1996.

REINARES, Fernando – BENEDICTO, Jorge. "Las transformaciones de lo político desde una perspectiva europea" en *Las transformaciones de lo político*. Editorial Alianza, Madrid, 1992.

REQUEJO CONDE, Carmen; "El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista", en *AP*, nº 34, semana 20-26 sept. 1999, margs. 659-666.

RESTA, Eligio. "Il diritto penale premiale: 'Nuove strategie di controllo sociale'", en *DDDP*, Nº 1, 1983, pp.41-68, esp. p.41.

REYES POSADA, Alejandro. "Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias" en *Análisis Político*, Núm. 12. Bogotá IEPRI de la Universidad Nacional, 1991.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Edit. Bosch, 1997.

RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal civil. Parte General y reglas comunes*. Edit. Jurídica de Chile, 2ª ed., 1982, p.60.

RIZ, L. de. *Sociedad y Política en Chile, de Portales a Pinochet*, México, 1979.

RODRÍGUEZ CABRERO, G. "Crisis fiscal y Estado benefactor" en *Papeles de Economía Española*, Nº1. 1980.

RODRIGUEZ DEVESA, José María.

(1973) *DP. Español PE*, 5ª ed., Madrid, 1973.

(1977) *DP. Español. P.E.*, Madrid, 1977.

(1981) *DP.Español. PG.*, 8ª ed., Madrid, 1981.

(1988) *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Editorial Artes Gráficas, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ.

(1992) *DP.PE.*, 15ª ed., Edit. Dykinson, Madrid, 1992.

(1995) *DP. Español. PG.*, 18ª ed., Edit. Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, UCM, Madrid, 1994,

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas, Madrid, 1977.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis.

(1985) *La detención*, Ed. Akal, 1985.

(1975) *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Ed. Tecnos, 1975,

(1984) *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Trivium, Madrid, 1984

RODRÍGUEZ VILLASANTE; "Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes", en *CLP*, dirig. por COBO DEL ROSAL y BAJO FERNÁNDEZ, T. XI, Madrid, 1990, pp.158, 232 y 233;

RODRIGUEZ, Ives. "Le complexe de Procuste ou la Convention Européenne pour la repression du terrorisme", *Revue de Science Criminelle*, Julio- Septiembre de 1978, pp. 474

ROMERO M., J. "Terrorism in Barcelona and its impact on Spanish Politics, 1904-1909". *Past and Present*, XII, 41, Londres, 1968. pp. 130-183;

ROUCEK, Joseph; "Sociological elements of a theory of terror and violence", *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 21, 1962, pp.165-172.

ROUSSEAU; J.J. *El Contrato Social. Trad.* Mauro Armíño. Editorial Alianza, Madrid, 1989.

ROXIN, Claus.

(1970) "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales*, Libro homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, pp.55 y ss.

(1981) *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, Trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Diego M. Luzón Peña, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

(1997) *DP.PG. T.I. ; Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*; Edit. Civitas, 1997.

(1998)(1999) "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Rev. Penal*, Nº2, Edit. Praxis, julio 1998, pp. 61.65; también en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y*

criminológicos, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 191-198.

(1999) "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ferré Olivé y Anarte Borrallo Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 191-198.

ROXIN, C.- ARTZ, G. – TIEDEMANN; *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Edit. Ariel, 1989.

RUDOLPHI; H.; "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *NPP* Nos. 5-8, 1975; pp. 329-347.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "La violencia en las relaciones internacionales" en *Revista Sistema*, Nº 132-133, Monográfico sobre violencia y Política, 1996. pp.259-270.

SÁINZ CANTERO, J. A.

(1982) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

(1984) *Estudios Penales y Criminológicos, VII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1984. pp.395 y ss.

(1990) *Lecciones de DP.*, 3ª ed., Edit. Bosch, 1990.

SALMON, J.A.

(1974) "Conclusions du colloque", en A.B.J.D.; *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, 1974.

(1977) "La Convention européenne pour la repression du terrorisme. Un vrais pas en arrière", en *Journal des Tribunaux*, 1977

SANTANA VEGA, DULCE M^a. "Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos", en *AP*, nº9, 26 febrero al 4 marzo 2001, margs. 141-161.

SANZ, MULAS, Nieves. "Especificidades en la aplicación del derecho penitenciario sobre presos terroristas" en *Nuevas Cuestiones Penales*, Publicación del X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, marzo de 1998.

SARTORI, G. "Democrazia e definizioni" en *Il Mulino*. 3ª ed. Bologna, 1969.

SCHIMD, Alex. *Political Terrorism*. Noth Hollans Publishing Company, Amsterdam, Oxford and New York, 1989.

SCHMID, Alex- DE GRAAF, Jany; *Violence as Communication: Insurgent Terrorism and the Western News Media*, London y Beverly Hills: Sage, 1982

SCHMITTER, Ph.C. "Five reflections on the future of the Welfare State" en *Politics and Society*, Nº 16 (4). 1988

SCHUMPETER, J.A. *Capitalismo, socialismo y democracia* Editorial Folio, Barcelona, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd

(1991) "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones Fundamentales*, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario. Introd. Y notas de J.M. Silva Sánchez, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

(1996) a) *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

b) "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, 1988; AA.VV.; *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*; S. Mir Puig y D. Luzón Peña Coords. Edit. Bosch, 1996.

SCHUTTER; "La Convention européenne pour la répression du terrorisme. Un faux pas en avant?", en *Journal des Tribunaux*, 1977, pp.217-221.

SEELIG, Ernest; *Tratado de Criminología*, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985.

SEGURA GARCÍA, M.J.; "Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios a reclusos terroristas", en *CPC*, nº42, 1990, pp. 620 y ss.

SEPÚLVEDA, Luis. "La infame historia de la infamia", en *le Monde Diplomatique*, año VI, nº67, mayo 2001, Edición española, pp. 1,16,17.

SERRANO BUTRAGUENO, L. "Provocación y apología" en *Código Penal de 1995, (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1999

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón.

(1986) *El actual sistema penal y el carácter excepcional en el tratamiento jurídico del terrorismo*, Tesina de licenciatura, Universidad de Salamanca, España, 1986.

(1988) *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU, Barcelona, 1988.

(1999) a) *Lecciones de DP.PG.* 2ª ed. , Edit. Praxis, 1999, p.297.

b) *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Edit. Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999.

SIEYÉS Emmanuele-Joseph. *Qu' est-ce que le Tiers Etat.* 1788-89. Edición en español: *¿Qué es el estado llano?*. Instituto de Estudios Políticos. Trad. José Rico Godoy. Madrid, 1950.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.

(1992) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992.

(1997) *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

SOBOUL, Albert. *La Revolution francaise.* Preswes Universitaires de France, París, 1965.

SOLA DUEÑAS, Angel de; “*Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Sección Segunda del Capítulo VIII del Título XVIII del Libro II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983)*”, en *Documentación Jurídica*, núm 37/49, enero- diciembre de 1983, T. II, pp.509 y ss.

SOLER, Sebastián.

(1956) *Derecho Penal Argentino.* Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

(1963) *Derecho Penal Argentino*, Tipografía Editora argentina, 1963.

SOTILLE, A.; *Le terrorisme international.* en *RCADI* de La Haya , vol. 65, N°3, 1938.

SOTO, Miguel. “*Concepto de delito militar y ámbito de competencia de los tribunales militares*, Ponencia en *Seminario Internacional de Justicia Militar*, 15 al 17 octubre 1997, Fac. de Derecho, Universidad Diego Portales, Stgo. Chile.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Orberto. “*Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales. Paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia*” en *JpD*, Núm. 24, noviembre de 1995.

SOTTILE, A. “*Le terrorisme international*”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haya*, vol. 65, n°3, 1938.

SOULIER, G.

(1976) *Contre le terrorisme:quelle Europe se dessine*, en *Le Monde Diplomatique* n°284, noviembre de 1976, p. 34;

(1978) “*Construction européenne pour la répression du terrorisme*”, *Droit Contemporaine*, 1978, n°2, pp.23 ss;

STANLEY, Payne. *Basque Nationalism.* Reno, University of Nevada Press, 1975.

STERLING, Claire. “*The terror Network*”. *The secret war of international terrorims.* Reader's Digest Press, New York, 1981.

SWEETZ, P.M. y BARAN, P.A.. “*Monopoly Capital*”. *Monthly Review*, Nueva York, 1966.

TAMAMES, Ramón. “*Algunas cuestiones claves para el futuro político de España*” Editorial Cuadernos para el Diálogo. Colecc. Los Suplementos. Madrid, 1974.

TAMARIT SUMALIA, JM.

(1989) *La libertad ideológica en el derecho penal*, Edit. PPU, Barcelona, 1989.

(1990) *La reforma de los delitos de lesiones*, Edit. PPU, 1990.

(1996) “*De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución*”, en *QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, 1996 a), pp.1431 y ss., esp. (1996) *Curso de Derecho Penitenciario*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996.

(1999) a) “*Las lesiones*”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dirig. por *QUINTERO OLIVARES* y coord. por *MORALES PRATS*, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 85 y ss. pp.1447-1448, 2ª ed., 1999, pp. 1468-1495.

b) “*De los estragos*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirig. por *Gonzalo QUINTERO OLIVARES* y coord. por *J.M. VALLE MÚÑIZ*, Ed. Aranzadi, 1996 b), pp.1567 y ss., esp. p. 1568,

también en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS, Ed. Aranzadi, 2ª ed. 1999, pp. 957 y ss.

TAPIA VALDES, Jorge. *El terrorismo de Estado*. Editorial Nueva Imagen, México, 1969.

TAYLOR, I. -WALTON, P. - YOUNG, J.

(1977) a) *Criminología Crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1977.

b) *The New Criminology*, Londres, Routledge (Trad. al español de A. Crossa, *La nueva criminología*; Buenos Aires, Amorrurtu, 1977.

TEJERINA, Benjamín. "Ciclo de protesta, violencia política y movimientos sociales en el país vasco" en *RIS*, N°16. 1997.

TERRADILLOS BASOCO, Juan.

(1981) a) "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", *RFDUCM*, n° 63, 1981, pp. 123-149.

b) *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, 1981.

(1986) "Constitución y Ley penal: La imposible convergencia", *RFDUCM*, 1986, núm. Monográfico 10-11; de *EDP* en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa; pp. 651-665.

(1988) *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

(1991) "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en *PE*, N°1, 1991.

(1995) *Derecho penal de la empresa*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.

TERRADILLOS, J.- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; "Terrorismo y derecho penal", *Informaciones*, 11 nov. 1978, Suplemento político núm. 172, p.1.

TIEDEMANN, Klaus; *Poder económico y delito*, Edit. Ariel, Barcelona, 1985.

TIERNO GALVAN, Enrique. "Ética y derechos humanos" en *Revista Triunfo*, núm.667, enero de 1976.

TILLY, Charles. *From mobilization to revolution*. Nueva York, Random House, 1978.

TIRONI, E. "Pinochet, la dictadura liberal". *CETRAL-L' Harmattan*, 1987.

TORÍO LÓPEZ, "La estructura típica del delito de coacción", en *ADPCP*, 1977, pp. 19-39.

TORO, Luis; "La seguridad ciudadana en Chile". Ponencia en V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología. Santiago, Chile, Mayo 1993.

TORRES-RIVAS, Edelberto. "Tras la violencia y el miedo, la democracia" en *Rev. Sistema*, N°132-133, 1996. pp.73-87.

TOURAINÉ, Alain.

(1973) *Vie et Mort du Chili populaire*, Seuil, París, 1973.

(1989) *América Latina. Política y Sociedad. Trad. Mauro Armijo*. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1989.

TOWNSHEND, Charles. "El proceso del terror en la política irlandesa", en *Terrorismo, ideología y revolución*, O'Sullivan (ed.), Alianza Edit., Madrid, 1987, pp. 115-141.

TSE TUNG, Mao.

(1966) "Sobre el Tratamiento correcto de las contradicciones en el seno del pueblo" en *Citas del Presidente Mao Tse Tung*. Ediciones en lenguas extranjeras, Pekin, 1966.

(1972) "¿Por qué puede existir poder rojo en China?" en *Escritos Militares*. Editorial La Rosa Blindada, Buenos Aires, 1972.

VALLE MUÑIZ, J.M.- FERNÁNDEZ PALMA, R. "De los delitos contra la salud pública (art. 376)", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirig. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS. Edit. Aranzadi, 1999, p.1067.

VALLE MUÑIZ, J.M.; *Código Penal de 1995. Prólogo*, Ed. Aranzadi, Edición especial VIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de Salamanca, Pamplona, 1996

VALLEE, "La Convention Européenne pour la répression du terrorisme", *Anuaire Français du Droit International*, Vol. 22, 1976, p. 756 y ss.

VALLERIENS, Pierre. *Autobiografía precoz de un terrorista*. Editorial Siglo XXI, México, 1969.

VAN DEN WIJNGAERT, C. "Terrorism and the political offence exception in extradition law", en *Revue de Science Criminelle*, 1979, pp. 282 y ss.

VARAS, Augusto; AGÜERO Felipe; BUSTAMANTE, Fernando. *"Chile, Democracia, Fuerzas Armadas"*. FLACSO, Chile, 1980.

VARGAS, Ramón; *"Servicios de inteligencia y derechos humanos"*, en *Rev. Alternativa*, Año 2 N°3, Publicación del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, enero-febrero-marzo 1997, Santiago de Chile.

VARI, Massimo. *"Globalizzazione, Processo di integrazione europea e tutela dei diritti fondamentali"* en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. T.II. Santa Fe de Bogotá (15-17 abril 1998), Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 1998. pp. 1773-1796.

VEDOVATO, G. *"L'apporto internazionale alla lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata"*, en *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1983, n°3, pp.53 y ss.

VENTURI, Franco. *El populismo ruso*. Madrid, 1960.

VERCHER NOGUERA, Antonio.

(1991) *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas)*, Edit. PPU, 1991

(1994) *"Terrorismo y reinserción social en España"*, en *LL N°2*, 1994, pp.969-980.

(1995) *"De sastres y terroristas"*, en *JpD*, n°24, nov.1995, pp.38-39.

VERDUGO; Patricia. *Los Zarpazos del Puma*. CESOC, Santiago de Chile, 1989.

VERGARA, P. *"La transformación del Estado chileno bajo el régimen militar"*. CIEPLAN, marzo de 1980.

VERVAELE, John; *"Perspectiva europea- con especial análisis de Alemania- de la situación española de derechos humanos"*, en *Democracia y Leyes antiterroristas en Europa (Demokrazia eta lege bereziak europan)* IPES eta Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Bilbao, 1985.

VIAGGIO, J. *"La Doctrina de Seguridad Nacional"*, en *Inseguridad y Desnacionalización*, Ediciones Derechos del Hombre, Buenos Aires, 1985.

VILENSKY y LEBEBAUX. *"Industrial Society and social welfare"* Free Press, Nueva York, 1965.;

VILLEGAS DÍAZ, Myrna.

(1999) *"¿Cuál es el terrorismo que opera en Chile?. Se involuciona en el sistema penal"* (febrero 1999), en www.presos.org, (Red de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Chile).

(2000) *"La domesticación por el castigo en la custodia de los reclusos. ¿Y el Estado de Derecho?"* (febrero 2000) en www.presos.org, y www.eurosur.org/rebellion. *Revista electrónica Rebelión*, España.

VIVES ANTÓN- BOIX REIG- ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC.

(1990) *DP.PE.*, Edit. Tirant Lo Blanch, 1990.

(1993) *DP.PE.*, 3ª ed. Edit. Tirant Lo Blanch, 1993.

(1996) *DP.PE.*, 2ª ed., Edit. Tirant Lo Blanch, 1996.

VIVES, ANTON, T./ GIMENO SENDRA, J.V. *La detención*, Edit. Bosch, 1977.

WACIORSKI, J. *"Le terrorisme politique"*, A. Pedone, Paris, 1939.

WAITE, R.G.L. *Vanguard of Nazism. The Free Corps Movement in Postwar Germany 1918-1923*. Cambridge, Mass, 1952.

WALDDMANN, Peter.

(1992) *"Diferentes formas de violencia política"* en *RIS*, Núm. 2, 1992. pp. 121-148.

(1995) *"Represión estatal y paraestatal en Latinoamérica"*, en *Rev. América Latina Hoy*, N°19, Junio, 1995.

WALLERSTEIN, Immanuel.

(1985) *"Le capitalisme historique"* París, La découverte, 1985.

(1995) *"La violence et l'economie-monde capitaliste"* en monográfico *Violence et Politique*. Lignes, París, Núm. 25, 1995. pp. 48 y ss.

WARDLAW, Grant. *Terrorismo Político. Teoría, Táctica y Contramedidas*. Trad. F. Cano Morales. Ediciones Ejército, Madrid, 1986.

WEBER, M. *Wirtschaft und Gessellschaft*. Colonia, 1956, Vol. I. Trad. E. Imaz, J. Medina Echavarría, E. García Maynez, J. Roura Parella y J. Ferrater Mora. *Economía y sociedad*. 2ª ed. Editorial F.C.E., México, 1944. p.160 y ss

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 12ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

WIEVIORKA, M. *Societés et Terrorisme*. París, Fayard, 1988.

WILKINSON, Paul.

(1981) *Terrorismo Político*. Trad. W. Leiros. Editorial Felmar, Madrid, 1976. Versión original *Political Terrorism*, Londres, 1974.

(1986) *Terrorism and the Liberal State*. Bolingstoke, Macmillan, Londres, 1986.

(1987) "La lucha contra la hidra: el terrorismo internacional y el imperio de la ley" en O'Sullivan, Noel. *Terrorismo, Ideología y Revolución*. Editorial Alianza, Madrid, 1987.

WOLFE, A. "The limits of legitimacy, Political contradictions of contemporary capitalism" The Free Press, Nueva York, Londres, 1979.

WOODCOCK, George. *El anarquismo*. Barcelona, 1979.

YÁÑEZ, Sergio. "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código penal chileno", en RCP, T. XXXIV, N°1, 1975, III, pp.51 y ss., esp. p.62.

YOUNG, J. "Criminología de la clase obrera" (1975) en TAYLOR, I. - WALTON, P.- YOUNG, J.; *Criminología crítica*, trad. de Nicolás Grab, Ed. Siglo XXI, México, 1977, pp.89-127.

ZAFFARONI; *Tratado de DP.*, Vol. III, 1982.

ZIPF, Heinz; *Introducción a la política criminal*, Edits de Derecho Reunidas, 1979

ZOLO, Danilo; "Marxismo y cuestión criminal", en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Col. El Viejo Topo, 1983, pp. 83-134.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M.

(1990) "Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989", en PJ n° 12, 1990.

"El Título V (Delitos contra la libertad del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal", en DJ. T II, pp.426-427.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura.

(1979) *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Edit. PPU, Barcelona, 1993. *Introducción a la política criminal*, Edits de Derecho Reunidas, 1979.

(1993) *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Editorial PPU, Barcelona, 1993.

"¿Tiene futuro la dogmática penal en Perú?", en RPCP, Año III, Enero- Junio de 1995, N°5, pp.333-345.

(1997) "Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva" en AA.VV. *Las conscuencias jurídicas del delito. II Congreso Internacional de Derecho penal*, Lima, Ara eds., 1997.

(1999) a) "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en AA.VV. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J.C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrallo Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999; pp. 199- 235.

b) "Sobre la resocialización de los presos terroristas", en JpD n° 35, Julio/1999.; pp. 28-30.

OTRAS PUBLICACIONES.

- *El terrorismo*. CIPIE. Madrid. Mimeo 1981.
- *Derecho penal, terrorismo y legislación*. 1ª Edición. Colombia, Universidad Nacional de Colombia, fac. de Derecho, Ciencias políticas y sociales. 1991.
- *Acción protectora del Estado frente a actos de terrorismo*, Ministerio del Interior, Economía-Hacienda, España, 1992.
- Informe de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980. Informe Técnico sobre la ley 18.314 de la Secretaría de legislación de la Junta de Gobierno (Chile).
- *International Terrorism and World*, Ed. David Carlton y Carlo Schaerf, Croom Helms, 1975, en especial Slinowski: "Legal Aspects of Terrorism".
- *Justicia Militar en Chile*, COLEGIO DE ABOGADOS CHILE; Stgo. Ediar Conosur, 1990.
- *Manual de operaciones psicológicas*, CIA. Ed. Fundamentos. Madrid, 1985.
- *Marx et Engels: Ecris Militaires. Violence et constitution des États européens modernes*, traducción y presentación. de Roger Dangeville, Paris, Editions de l'Herne, 1970.
- *Memorias VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. 1996*. Santiago y Viña del Mar, 10 al 11 de Noviembre de 1996. Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, p. 174.
- *Séminaire International sur "le terrorisme"*, en RSCDP., 1977.

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE ESTADO

- *Seminario sobre los aspectos Jurídicos del Terrorismo Internacional*, 1988, La Haya.
- *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 15, núm.1, 1992, publicado en Londres, Washington, etc, dirigido por Crane Russak.
- *Terrorismo, antiterrorismo y derechos Humanos*. Santiago. Comisión chilena de derechos humanos, 1990.
- "Cárcel de Alta Seguridad", por T. MOULIAN, Diario *La Época*, febrero de 1995.
- "Guerra sucia del gobierno contra el Frente", en *Suceso Policial*, Año 4, n° 114, pp.5-7
- "Hablan dirigentes del Lautaro", entrevista a dirigentes nacional y territorial del ML, en *Rev. Página Abierta*, n°45, quincena de 22 de julio al 4 de agosto de 1991, pp.17-20.
- "Las Huellas del General Contreras". *Rev. APSI* N° 289. Santiago de Chile 30 de enero al 5 de febrero 1989. pp. 8-10.
- "No estamos dispuestos a reiterar errores del pasado", entrevista al Comandante Salvador, N°1 del FPMR, Periódico *La Tercera*, 28 diciembre de 1997, Santiago de Chile.
- "La internacional Fascista", en *Cambio 16*, 6 febrero de 1977, España.
- "El derecho penal ante el terror", artículo de J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *El País*, 12-10-2000.
- "¿Terrorismo sin terroristas?", artículo de E. GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 14-9-2000.
- "Il n'y a pas de paix sans justice", por Emma Bonino, en *No Peace Without Justice*, "15 juin-17 julliet Rome, palais de la FAO: Conference des plénipotentiaires pour l'institution du Tribunal Pènal International", pp. 8-9.

Documentos de Derechos Humanos:

- Documento de Puebla de los Obispos Latinoamericanos n° 547, n°49 y N°1262.
- Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Texto oficial completo. Publicado por el Diario *La Nación*. 287 págs. Santiago de Chile, 5 de marzo de 1991. Existe publicación en volúmenes: COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACION. *Informe Rettig- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Vol. I y II. Editorial La Nación, Chile.
- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos para Naciones Unidas, E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998.
- Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas en Colombia para los derechos humanos, 1997.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos O.E.A. 1996. E/CN.4/1995/111.
- Informe Anual del Comité de Derechos Humanos de 1996 A/51/40.
- Informe de Human Rights Watch de 17 julio 1998. Traducción no oficial del inglés realizada por el Equipo Nizkor. Derechos Human Rights. Serpaj Europa, 20 julio 1998. Para más información en internet sobre el Tribunal Penal Internacional *No Peace Without Justice (NPWJ)*, www.agora.stm.it/npwj. En español <http://www.confepaz.org>.
- Informe de Agrupación de Familiares y amigos de los prisioneros políticos. Octubre de 1997, Santiago, Chile. Para mayor información respecto del tema véase www.presos.org
- Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú en 1996, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- NUNCA MÁS. Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas. Editorial Eudeba, Argentina, 1984.
- "Avances en Derechos Humanos en el Perú: 1995- 1996", ayuda memoria presentado por la Representación permanente del Perú ante la OEA, Secretaría Ejecutiva de la CIDH el 29 de Febrero de 1997, en *Informe anual de la CIDH-1996*, cit. p. 767.

Periódicos y revistas

España y Europa:

Periódicos: *El Mundo*, *El País*, *Cambio 16*, *Le Monde Diplomatique*, enero de 1997

Resumen Latinoamericano, Europa, Marzo/Abril 1998- N°34, p.4.

Revistas: *Rev. Euskadirekin*, núm especial. Dossier especial sobre el proceso del GAL, junio de 1991, publicación del Comité de Solidaridad sobre Euskadi.

Chile:

Periódicos: *La Época*, *Las Últimas Noticias*, *El Mercurio* *La Tercera*, *La Segunda*, *Fortín Mapocho*, N°1532, 8 de junio de 1990, Santiago, Chile.

Revistas: *Rev. Punto Final*, n°386, enero-febrero de 1997,

Rev. Hoy, n° 623, 26 de junio de 1989.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Colombia: *El Colombiano, El Tiempo*

Perú : Informativo "Qué Hacer" N°36, Desco, Lima, 1988, Diario *La República* de 5 de agosto de 1988.

Otros: New York Times, 05 Agosto de 1996.

DOCUMENTOS INÉDITOS, SIN PUBLICACIÓN, Y PONENCIAS.

- "La ley 18.314. los delitos terroristas", por Prof. Jorge MERA, Julio de 1984, Inédito.
- "Comentarios sobre dos propuestas legislativas: creación de un sistema nacional de inteligencia y modificación de la ley antiterrorista", Santiago de Chile, Septiembre de 1997. Por Hugo GUTIÉRREZ GÁLVEZ. Inédito
- "Terrorismo y móvil político". Por J. PAVÍN, Inédito.
- "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", por Dr. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, artículo inédito, Fac. de Derecho, Universidad de Salamanca, abril de 1990.
- "El Estado Social y democrático de derecho" por M. GARCÍA PELAYO, art. inédito.
- *Las figuras preiales y los fines de la pena en los delitos de terrorismo*", trabajo presentado por Arenal, C.; al X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, marzo de 1998. Sin publicar.
- "Tratamiento jurídico penal del terrorismo" ponencia Dr. Nicolás GARCÍA RIVAS, en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar.
- "Reinserción de terroristas", ponencia Dra. Ana PÉREZ CEPEDA en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000.
- "Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico", ponencia Dr. Joan BAUCCELLS I. en *El derecho penal ante el terrorismo*, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar.
- "Aspectos Criminológicos y legales del terrorismo", ponencia Dra. Carmen LAMARCA PÉREZ en II Curso sobre cuestiones actuales de la criminología, tratamiento y prevención del delito, Dirección de Cursos Extraordinarios. Depto. Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 28-29 mayo 1999. Sin publicar.
- "Tratamiento Penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo". ponencia de Dr. Borja MAPELLI C. En X Congreso Universitario de alumnos de derecho penal. Universidad de Salamanca, 11-13 marzo 1998.
- "La política criminal y el derecho penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales", por A. BARATTA, Conferencia Cursos de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 16 de enero de 1998. Doc. Inédito.
- "La seguridad ciudadana en Chile". Ponencia del ex ministro de Interior Luis TORO, en V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología. Santiago, Chile, Mayo 1993.
- Sesión Académica para la creación de un Tribunal penal Internacional, Universidad de Salamanca, 1 de Junio de 1998.
- "Concepto de delito militar y ámbito de competencia de los tribunales militares", por Miguel SOTO, prof. Derecho penal Univ. de Chile, Ponencia en *Seminario Internacional de Justicia Militar*, 15 al 17 octubre 1997, Fac. de Derecho, Universidad Diego Portales, Stgo. Chile.
- "Razones justificatorias de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz", por Jorge MERA, prof. derecho penal Univ. Diego portales, Ponencia en *Seminario Internacional de Justicia Militar*, 15 al 17 octubre 1997, Fac. de Derecho, Universidad Diego Portales, Stgo. Chile.
- "Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los límites del ius puniendi", por VARDAMAN, Premio Dorado Montero, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, 2001, sin publicar.

PUBLICACIONES EN INTERNET Y OTRAS DE CIRCULACIÓN PRIVADA.

- "Valoración del estatuto aprobado en la conferencia de plenipotenciarios de Roma por el que se establece la Corte Penal Internacional", Traducción no oficial del inglés del informe de Human Rights Watch de 17 julio 1998. Original en inglés se puede cotejar en <http://www.hrw.org/hrw/press98/july/icc-anly.htm>. Traducción realizada por el Equipo Nizkor. Derechos Human Rights. Serpaj Europa, 20 julio 1998. Para más información en internet sobre el Tribunal Penal Internacional en español www.confepaz.org
- *Explanatory Notes to Terrorism Act 2000*, preparadas por el Home Office y el Northern Ireland

- Office. Texto solo en inglés en: www.hsmo.gov.uk.
- *Prevention of Terrorism Act (Temporary Provisions) Act 1989, Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1996, Terrorism Act 2000*, en www.hsmo.gov.uk/act.
 - “Documento Fungairiño” en EQUIPO NIZKOR; <http://www.derechos.org>, Madrid, 2 octubre de 1997.
 - “*Cuál es el terrorismo que opera en Chile?. Se involuciona en el sistema penal*” (febrero 1999), por. M. Villegas Díaz, en www.presos.org, (Red de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Chile).
 - “*La domesticación por el castigo en la custodia de los reclusos. ¿Y el Estado de Derecho?*” (febrero 2000) por M. Villegas Díaz, en www.presos.org, y www.eurosur.org/rebelion. *Revista electrónica Rebelión*, España.
 - *Rev. El Rodriguista*, órgano oficial del FPMR, nº64, Diciembre de 1993; nº 70, abril-mayo 1997. Chile. Doc. de circulación privada.
 - *Rev. El rebelde*, órgano oficial del MIR, mayo de 1997, Chile. Doc. de circulación privada.
 - “Chl: Detienen a varios mapuches en aplicación del Estado de Excepción en la IX Región”, Doc. EQUIPO NIZKOR, marzo 2000, <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/endesa>
 - Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna Septiembre de 1998. Texto íntegro en <http://www.arrakis.es/castilla>;
 - “*Eta, saliendo de las sombras*”, reportaje emitido por la BBC de Londres y algunos medios de comunicación vascos y catalanes el 24 de octubre de 1998.
 - *Etxera* Nº43, de 6-10- 2000. www.etxera.org
 - *Estrella digital*, de 5-10-00, www.estrelladigital.es
 - *Zuzen*, Octubre de 1980; nº40, febrero de 1984. Euzkadi. Doc. de circulación privada.
 - *Zutik*, nº64 (ETA-V), 1 de mayo de 1974; núm. 69, febrero de 1978. Euzkadi. Doc. de circulación privada.
 - *Antorcha*, Revista teórico-política del PCE (r), *núm 4*, enero de 1999. Doc. de circulación privada.
 - *Resistencia*, órgano del PCE (r), *núm 42*, noviembre de 1998. España. Doc. de circulación privada.
 - *Bandera Roja*, antiguo órgano oficial del PCE(r), *núm.,.51*, Sept. de 1979. España. Doc. de circulación privada.
 - *Documentos del Comité de Apoyo a la Revolución en el Perú*, de 1º de Sept.1997, www.cspr.org/espanol/e_overcome.htm, http://www.cspr.org/espanol/e_rally.htm.
 - *El Diario internacional* nº40, Julio de 1997, *Rev. de apoyo al PCP*, Bruselas, Doc. de circulación privada.
 - *Rev. "Un Mundo que ganar"*, Nº8, 1987, Nº 20, 1995. Perú. Doc. de circulación privada.
 - *Obrero Revolucionario*, nº 893, 9 Febrero y nº907, 18 mayo de 1997, Perú.
 - *Documentos del MRTA*, en www.nadir.com/mrta. En español: www.srp.org/espanol/e_mrta2.htm,

TEXTOS LEGALES Y PUBLICACIONES ATINGENTES.

Textos Legales de Derecho Nacional

- Constitución Española 1978, Edit. Biblioteca Nueva, Madrid, 1996
- Constitución Política de la República De Chile 1980, Edit. Jurídica de Chile, 1992.
- Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 15ª Edición, 1996
- Código Penal Español, Edit. Tecnos, 2ª edición, 1996.
- Ley núm. **18.314** de 17 de Mayo 1984, determina conductas terroristas y fija su penalidad
- *Leyes Cumplido*: Leyes N°s **19.027** de 24 de enero de 1991, que modifica la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad; **19.029** de 23 de enero de 1991 que modifica el CJM, CP, Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado y 17.798, sobre Control de Armas y explosivos; **19.047** de 14 de febrero de 1991, que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas.

Otros textos legales chilenos:

- Código de Justicia Militar
- Código de Procedimiento Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 14ª edición, 1996.
- Decreto 711: Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves. Publicada en el Diario Oficial de 17 de Diciembre de 1974.
- DFL 221, Ley de Navegacion Aérea, publicada en el diario Oficial de 30 de Mayo de 1931.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- DL. N° 321 de 10 de marzo de 1925 sobre Libertad Condicional y Reglamento del mismo de 30 de octubre de 1926.
- DS. Núm. 518 de 22 de mayo de 1998, publicado en el *Diario Oficial* de 21 de Agosto de 1998 que determina su entrada en vigencia, que aprueba nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
- Ley 12.927. Sobre Seguridad del Estado
- Ley 17.798. Sobre Control de Armas
- Ley general de ferrocarriles. DS.1.157
- Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad de 14 de mayo de 1983.
- Reglamento de la Ley 18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, de 18 de enero de 1984.
- DS N° 26 de 1996 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial de 22 de febrero de 1996. Acuerdo de cooperación internacional entre Chile e Italia, suscrito el 16 de octubre de 1992.

Otros textos legales españoles:

- Ley 4/1985 de 21 de Marzo, de Extradición Pasiva, BOE n°73 de 26 de Marzo, corrección de errores en BOE n°90, de 15 de Abril.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (En Código de Procedimiento Penal), Actualidad Editorial, 3ª ed., 1992.
- Ley Orgánica 2/1998 de 16 de Junio que modifica el CP.
- LO 8/1984 de 26 de Diciembre, "Contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas."

Textos Legales de Derecho Internacional:

- Convenio Europeo de Extradición de 13 de Diciembre de 1957, ratificado por España por instrumento de 21 de abril de 1982 (BOE n°136 de 8 de Junio). También en European- Treaty Series, 1977, N°90.
- Convenio europeo relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de Septiembre de 1996, DO n° C 313 de 23 de Octubre de 1996.
- Convenio europeo relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995, (DO C 78 de 30.3.95 p.1).
- Convenio para la prevención y represión del terrorismo (16 Nov. 1937), en League of Nations Official Journal, 1938, N°23.
- Informe explicativo del Convenio de extradición de Sept. de 1996, 97/C 191/03, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° C/191/13 de 23 de Junio de 1997, e informe explicativo 96/C 375/03 en Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° C 375/4 de 12 de Diciembre de 1996.
- Plan de Acción del Grupo de Alto Nivel para la lucha en contra de la delincuencia organizada de 28 de abril de 1997, DO C 251 de 15.8.1997.
- Resolución del Parlamento Europeo de 30 de Enero de 1997 sobre la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea, DO C 55 de 24.2.1997.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre el Convenio de Extradición entre Estados miembros A4-0265/97 de 18 de Septiembre de 1997, en Diario Oficial de la Comunidades Europeas de 6.10.97.
- Resoluciones 2625, XXV y 2734, XXV de Naciones Unidas
- Tratado de extradición entre Chile y España de 14 de abril de 1992, ratificado el 27 de Diciembre de 1994. BOE n°8 de 10 de enero de 1995
- OEA, Asamblea General, Actas y Documentos, Vol I. Vigésimo quinto período ordinario de sesiones, Montrouis, haití, del 5 al 9 de junio de 1995. OEA/Ser.P/XXV.O2, 28 agosto 1995.

Publicaciones atingentes.

- *Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad.* Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997.
- *Historia de la ley 19.047 (D. Oficial de 14 de febrero de 1991) que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas.* Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Doc. de la Biblioteca del Congreso Nacional, Stgo. Chile, 1997
- *Historia de la Ley 19.172 (D. Oficial 4 de noviembre de 1992) que modifica artículos que indica del Código penal y la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad.* Compilación de textos

- oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, pp. 1875 y ss.
- *Historia de la Ley 19.241 (D.Oficial 28 de agosto de 1993) que modifica artículos que indica del Código penal y la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad.* Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, pp. 1875 y ss.
 - Boletín 1976-07 de 8 de agosto de 1997; Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile. *Proyecto de ley que modifica la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, 22 de enero de 1997.*
 - Boletín N°3-07(90)-1, y 1° 2° informe de la CCLJ, en *Historia de la ley 19.027*, 1997, pp. 33, 34, 39 y 65.
 - Informe de la CCLJ, Boletín N° 334-07-1. En *Historia de la Ley 19.172 (D.Oficial 4 de noviembre de 1992)*, ob. cit. 1997, p. 1861.
 - Informe de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980
 - Informe Técnico sobre la ley 18.314 de la Secretaría de legislación de la Junta de Gobierno (Chile)
 - Mensaje N° 4 de 11 Mayo 1990, del Presidente de la República con el que inicia el proyecto de ley que modifica la Ley 18.314.
 - Actes de la Conférence, París, Ed. Pedone, 1938.
 - Informe del Consejo Permanente sobre la conferencia especializada interamericana sobre terrorismo, OEA/Ser.P, AG/doc.3339/96 rev.1, 2 junio 1996.