

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Departamento de Derecho Penal
Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

“Derecho de Gracia y Derecho Premial en los delitos de terrorismo”.

Alumnos: Francisca Sarrazin Valdovinos.
Luis Rodrigo Vergara González.
Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz.
Santiago, Chile Julio de 2005.

ÍNDICE . .	6
INTRODUCCIÓN . .	11
CAPÍTULO I “Derecho de Gracia y Derecho Penal Premial, concepciones generales y su relación con la Pena” . .	14
1. El sistema jurídico penal como sistema normativo y su relación con el concepto y fines de la pena.- . .	14
Las teorías de la pena y su relación con las normas jurídico penales . . .	16
Características de la pena pública. . .	17
Las teorías sobre los fines de la pena. . .	21
a). Las teorías absolutas: . .	21
b) Teorías relativas: . .	22
c) Teorías mixtas . .	24
2. Derecho de gracia y derecho premial como horizonte conceptual de la amnistía, el indulto y el arrepentimiento eficaz . .	21
2.1 Evolución Histórica del Derecho de Gracia y Penal Premial.- . .	30
2.2 Naturaleza jurídica de las instituciones de Gracia y Premiales.- . .	35
2.3 Figuras penales en las que se incorporan las instituciones de gracia y premiales la legislación.- . .	40
2.4 Algunos principios que pueden vulnerarse a través de las instituciones de gracia y premiales.- . .	43
CAPÍTULO II: “Consideraciones generales sobre el terrorismo” . .	45
I- Aproximación al fenómeno del terrorismo desde la perspectiva de las Ciencias Sociales: . .	47
a).-La consideración semántica: . .	47
b- Naturaleza del terrorismo: la violencia política. . .	50
c.-Los elementos relevantes en la consideración dinámica del fenómeno terrorista: . .	52
d.- Distintas clases de terrorismo: . .	63
II.- El delito político. . .	69
II.1.-Distintas teorías sobre la caracterización del delito político. . .	72
II.2.- Clasificación de los delitos políticos. . .	73
II.3. La exclusión del carácter de delito político para los delitos de terrorismo. . .	74
III.- Tratamiento jurídico del terrorismo. . .	75
a) Lineamientos político criminales. . .	75
b. El derecho penal del enemigo como política criminal. . .	76
CAPÍTULO III: “Tratamiento jurídico internacional del terrorismo”. . .	81
1. Ámbito de situaciones comprendidas bajo la expresión “terrorismo internacional”. . .	82
2. Definiciones doctrinarias de terrorismo internacional. . .	82
3.- El terrorismo como crimen internacional. . .	83
4 - La labor de los Estados para la sanción del terrorismo internacional. . .	87
4.2.-Instrumentos internacionales de aplicación universal en materia de terrorismo. . .	88

4.3.Instrumentos internacionales de carácter interregional en materia de terrorismo. . .	109
Capítulo IV: “Marco General del tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo; en las legislaciones de Chile y España”. . .	125
1.a.- Tratamiento jurídico del terrorismo en la Legislación Chilena a nivel Constitucional y legal: . .	125
2.- Tratamiento Jurídico del Terrorismo en la legislación Española, tanto a nivel Constitucional como legal: . .	137
2.b.- Retorno a los delitos de terrorismo tipificados en leyes penales especiales: . .	142
2.c.- Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal Español: . .	143
2.d.- Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995: . .	147
Capítulo V: Derecho de Gracia y delitos de terrorismo La experiencia comparada de Chile y España. . .	156
I. EL DERECHO DE GRACIA EN CHILE. . .	157
I. A). Marco General de las modalidades de derecho de gracia como forma de extinción de la responsabilidad penal en Chile. . .	157
I).A).2).- Autoridades competentes para otorgar el perdón público en materia penal en Chile. . .	159
I).A).3).-Fundamento y utilidad práctica de las modalidades del derecho de gracia. . .	160
I).A).4). Críticas al derecho de gracia en la doctrina nacional. . .	163
I).B) La Amnistía en Chile. . .	165
I).C).El indulto en Chile. . .	176
I)C).1).La Ley 18.050 sobre concesión de indultos particulares. . .	180
I).D).El derecho de gracia y los delitos de terrorismo en Chile . . .	181
II. DERECHO DE GRACIA EN ESPAÑA. . .	200
II..A. Marco general del derecho de gracia en el sistema penal español vigente. . .	200
II.B.El derecho de gracia en la Constitución de 1978 ⁵⁹⁸ . . .	201
II.C. El derecho de gracia como causal de extinción de responsabilidad penal en los Códigos penales españoles ⁶⁰⁰ . . .	202
II).D). El indulto particular y su regulación en la ley de indultos de 18 de junio de 1870. . .	205
II.E.El uso del derecho de gracia respecto de delitos de terrorismo en España . . .	207
CAPÍTULO VI El “arrepentimiento eficaz” como figura legislativa . .	216
Legislación Positiva de la figura de los “arrepentidos”. Análisis de la legislación Italiana, Española y Chilena: . .	221
I.a.- Legislación italiana sobre arrepentimiento eficaz: . .	221
1.- DL de 15 de diciembre de 1979, nº 625. Ley de 6 de febrero de 1980, nº15: . .	222
2.- Ley de 19 de mayo de 1982, nº 304, complementada con el Decreto de 1º de octubre de 1982: . .	222
3.- Ley de 18 de Febrero de 1987, número 34: . .	225
Ib.- Legislación Española sobre arrepentimiento eficaz: . .	226

CONCLUSIONES . .	247
BIBLIOGRAFÍA . .	257

ÍNDICE

CAPÍTULO I: “Derecho de Gracia y Derecho Penal Premial, concepciones generales y su relación con la Pena”

El sistema jurídico penal como sistema normativo y su relación con el concepto y fines de la pena.⁴

Las teorías de la pena y su relación con las normas jurídico penales

Características de la pena pública.

Las teorías sobre los fines de la pena.

a) Teorías absolutas

b) Teorías relativas

c) Teorías Mixtas

Derecho de gracia y derecho premial como horizonte conceptual de la amnistía, el indulto y el arrepentimiento eficaz

Evolución Histórica del Derecho de Gracia y Penal Premial

Naturaleza jurídica de las instituciones de Gracia y Premiales

Figuras penales en las que se incorporan las instituciones de gracia y premiales, la legislación.

Algunos principios que pueden vulnerarse a través de las instituciones de gracia y premiales.

CAPÍTULO II: “Consideraciones generales sobre el terrorismo”

Aproximación al fenómeno del terrorismo desde la perspectiva de las Ciencias Sociales

La consideración semántica.

Naturaleza del terrorismo: la violencia política

Los elementos relevantes en la consideración dinámica del fenómeno terrorista.

c.1. La violencia.

c.2. El elemento psicológico

c.3. El elemento sistemático

c.4. Elemento Estructural: La organización terrorista v/s el terrorismo individual.

c.5- El elemento estratégico.

Excurso: Relación entre el terrorismo y “el crimen organizado”

Distintas clases de terrorismo.

d.1- La distinción básica en toda forma de terrorismo político: el terrorismo insurgente y el terrorismo vigilante

d.2- Sobre el terrorismo de Estado.

El delito Político

II.1- Distintas teorías sobre la caracterización del delito político

Las teorías objetivas

Las teorías subjetivas

Las teorías mixtas (amplia y restrictiva)

II.2- Clasificación de los delitos políticos

a) Delitos Políticos Puros

b) Delitos Políticos Complejos

c) Delitos Políticos Conexos.

II.3- La exclusión del carácter de delito político para el delito terrorista.

Tratamiento Jurídico del Terrorismo

Lineamientos político criminales

El Derecho Penal del Enemigo como política criminal

CAPÍTULO III: "Tratamiento Jurídico Internacional del Terrorismo"

Ámbito de situaciones comprendidas bajo la expresión "terrorismo internacional"

Definiciones doctrinarias de terrorismo internacional

El terrorismo como crimen internacional

La labor de los Estados para la sanción del terrorismo Internacional.

4.1- Los Tratados Internacionales

4.2- Instrumentos Internacionales de aplicación universal en materia de terrorismo:

Convenio de Tokio de 14 de Septiembre de 1963, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves

Convenio de la Haya de 16 de diciembre de 1970, sobre represión y sanción del apoderamiento ilícito de aeronaves

Convenio de Montreal de 23 de Septiembre de 1971 sobre represión de actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la aviación civil.

Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presenten servicio a la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988

Convención de Nueva York para la prevención y sanción de crímenes contra las personas internacionalmente protegidas, incluyendo los funcionarios diplomáticos de 1973

Convenio de Nueva York de 17 de diciembre de 1971, contra la toma de rehenes

Convenio de Roma de 10 de marzo de 1988, sobre represión de actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la navegación marítima.

Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 10 de marzo de 1988

Convención sobre rotulado de explosivos plásticos de 1º de marzo de 1991

Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la asamblea general de las naciones unidas el 9 de diciembre de 1999

Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de fecha 13 de abril de 2005

4.3- Instrumentos Internacionales de carácter interregional en materia de terrorismo

La Convención Europea sobre represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 (Convenio de Estrasburgo)

Convención de la Organización de Estados Americanos para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia Internacional, firmada en Nueva York el 2 de febrero de 1971.

La Convención Interamericana sobre represión del terrorismo del año 2002. Pág.219.

CAPÍTULO IV: “Marco general del tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo, en las legislaciones de Chile y España.”

1.a.-Tratamiento Jurídico del terrorismo en la legislación chilena a nivel constitucional y legal

b. Ley nº 18.314 sobre conductas terroristas

2.Tratamiento del terrorismo en la legislación española, tanto a nivel constitucional como legal.

2.b.- Retorno a los delitos de terrorismo tipificados en leyes penales especiales

2.c.- Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal Español.

2.d.- Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995.

CAPÍTULO V: “Derecho de Gracia y delitos de terrorismo: la experiencia comparada de Chile y España.”

El Derecho de Gracia en Chile

A) Marco general de las modalidades de derecho de gracia como forma de extinción de la responsabilidad penal en Chile

I.A).1) El Derecho de gracia como perdón público.

I.A).2) Autoridades competentes para otorgar el perdón público en materia penal en Chile.

I.A).3) Fundamento y utilidad práctica de las modalidades del derecho de gracia. Pág.304.

I.A).4) Críticas al derecho de gracia en la doctrina nacional.

B) La amnistía en Chile.

I.B).1) Consagración legal y concepto

I.B).2) Clasificación de la amnistía.

I.B).3) Características de la amnistía

I.B).4) Efectos de la amnistía.

C) El indulto en Chile.

i) Momento en el cual puede dictarse el indulto

- ii) Efectos del indulto
 - ii.i) Efectos penales.
 - ii.ii) Efectos civiles.
 - ii.iii) Clasificaciones del indulto
 - ii.iii.a) Totales o parciales.
 - ii.iii.b) Puros o condicionales
 - ii.iii.c) Generales y particulares
- C).1). La ley 18.050 sobre concesión de indultos particulares
 - Requisitos necesarios para el otorgamiento de indultos particulares.
 - Referidos al tipo de delitos.
 - Referidos al estado procesal de la causa.
 - Referidos a circunstancias relacionadas con el cumplimiento de la condena
 - c.1. En relación al lugar en que se encuentre el condenado
 - c.2. En relación al tiempo transcurrido desde la presentación de una solicitud de indulto anteriormente.
 - c.3. En cuanto al tiempo transcurrido desde que el condenado empezó a cumplir su condena.
 - c.4. En cuanto a las actividades delictivas y su incidencia en el tiempo de cumplimiento mínimo que se impone como requisito para obtener indulto particular.
 - c.5. En cuanto a circunstancias referidas a la conducta anterior del solicitante de indulto.
- D) El derecho de Gracia y los delitos de terrorismo en Chile.
 - El Derecho de Gracia respecto de conductas de terrorismo de Estado. Pág.350.
 - El Decreto Ley de amnistía 2191 de 1978 y los actos de terrorismo de Estado.
 - Problemas de legitimidad y aplicación del Decreto ley 2191.
 - Excurso: Algunas consideraciones sobre Derecho Internacional Humanitario y el DL 2191 de 1978.
 - Aplicación de actos de gracia respecto de actos de terrorismo insurgente en Chile.
 - Actos de gracia por conductas de terrorismo insurgente durante el período 1973-1990.
 - La democracia tutelada de la transición en Chile y el derecho de gracia respecto de actos de terrorismo insurgente (1990-2004). Pág. 377.
 - Derecho de Gracia en España
 - Marco general del derecho de gracia en el sistema penal español vigente.
 - El derecho de gracia en la Constitución de 1978.
 - El derecho de gracia como causal de extinción de responsabilidad penal en los Códigos penales españoles.
 - Código Penal de 1822.
 - Código Penal de 1870.
 - Código Penal de 1928.

Código Penal de 1944.

Código Penal de 1995 (L.O.10/1995)

El indulto particular y su regulación en la ley de indultos de 18 de junio de 1870.
Pág.400.

Tipo de delitos susceptibles de indultos

Sujetos susceptibles de ser indultados.

Clasificaciones y efectos del indulto en la LI.

E) El uso de la gracia respecto de los delitos de terrorismo en España.

Actos de derecho de gracia durante la dictadura franquista respecto de delitos de terrorismo.

Actos de derecho de gracia durante el período postfranquista anterior a la Constitución Política de 1978 respecto de los delitos de terrorismo.

Indultos otorgados por delitos de terrorismo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política Española de 1978.

Consideración de la política penitenciaria respecto de presos etarras

Nueva orientación en materia de cumplimiento de penas.

CAPÍTULO VI: “El arrepentimiento eficaz como figura legislativa”

I. Legislación Positiva de la figura de los “arrepentidos”. Análisis de la legislación Italiana, Española y Chilena:

I.a- Legislación Italiana sobre arrepentimiento eficaz.

DL de 15 de diciembre de 1979, nº 625. Ley de 6 de Febrero de 1980, nº15.

Ley de 19 de mayo de 1982, nº 304, complementada con el Decreto de 1º de octubre de 1982.

2.a. Causas de no punibilidad

2.b. Causas de atenuación de la pena

3. Ley de 18 de Febrero de 1987, número 34

I.b.- Legislación Española sobre arrepentimiento eficaz

I.b.a- Evolución histórica de la institución de los arrepentidos en la legislación española.

II- La figura del “arrepentimiento eficaz” en Chile.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Premial y el Derecho de Gracia son materias que han sido utilizadas a través de nuestra historia para distintos fines político – criminales. Es interesante analizar el comienzo de este fenómeno de negociación y premios dentro de la realidad nacional y comparada y los fundamentos que se han tomado en cuenta para incorporarlos al ámbito penal. Desde ahí se está en condiciones de analizar los fundamentos de las legislaciones particulares y sus contextos históricos.

Como es de conocimiento general, muchos de estos mecanismos se han utilizado para aumentar la impunidad en los delitos de terrorismo, calificados como extremadamente graves. Estas figuras han sido utilizadas generalmente como un mecanismo para borrar ciertos crímenes luego de un régimen autoritario. Analizar lo más objetivamente posible estos instrumentos, su justificación o no dentro de un contexto histórico y sus contenidos acordes o no con los principios fundamentales del derecho penal, son algunos de los objetivos de la elección de este tema. Además, queremos exponer cómo ha sido tratado este tema tanto en las distintas legislaciones nacionales como de algunos otros países, llegando posteriormente a plantear propuestas actuales sobre el tema.

En los delitos de terrorismo es interesante analizar estas propuestas de Derecho Penal Premial, en particular, amnistía, indulto y arrepentimiento eficaz porque se han utilizado como mecanismo para erradicarlos. Se pretende determinar si realmente se ha cumplido con este objetivo en las distintas experiencias sobre el tema.

Esta materia, a diferencia de lo que se puede pensar, es muy actual a causa de todo el auge de las legislaciones sobre terrorismo, las cuales incluyen las instituciones que se propone estudiar. Todo esto trae como consecuencia la importancia y la urgencia que conlleva analizar y discutir estas materias para así determinar correctamente la mejor opción de política criminal gubernamental e internacional a escoger para legislar sobre este tema.

A continuación plantearemos cuál fue el esquema de nuestra investigación y cuál fue la razón por la cual optamos por éste.

Nuestro objetivo inicial era analizar dos áreas que son similares pero que tienen a la vez importantes diferencias, por eso las separamos en los dos conceptos que mayormente las encuadran, que son el Derecho de Gracia y el Derecho Penal Premial.

Una de las similitudes del Derecho de Gracia y del Derecho Penal Premial es que el Estado, que siempre ha tenido la facultad de imponer una pena a una determinada persona que ha cometido un delito, renuncia a tal facultad por diferentes razones que analizaremos en estas páginas y también con diferentes consecuencias. Generalmente esta decisión de renuncia del Estado al “*ius Puniendi*” se fundamenta en consideraciones del fin de la pena.

Empezaremos entonces analizando en el primer capítulo y en primer lugar, desde dónde podemos observar el sistema penal como un sistema completo regulado por normas y las distintas perspectivas desde el cual puede ser apreciado. Dentro de estas perspectivas nos detenemos a observar al Derecho Penal desde una perspectiva subjetiva con lo cual llegamos a sus sanciones. Posteriormente analizaremos someramente las distintas teorías de la pena y su relación con las normas jurídico penales. Comenzaremos ese análisis

buscando el concepto de pena y sus características. Luego analizaremos las distintas teorías de la pena dividiéndolas, como es común, en teorías absolutas, teorías relativas, teorías mixtas y sus críticas.

Luego de analizar estos conceptos básicos del Derecho Penal, debemos comenzar por los conceptos del tema central de nuestra investigación, por lo que nos avocamos en exponer que se entiende por Derecho de Gracia y Derecho Penal Premial y la manera cómo se han utilizado estas instituciones a través de la historia, haciendo una breve evolución histórica de ellas.

Después de darnos cuenta de la antigüedad de estos conceptos nos adentramos en el análisis de la naturaleza jurídica de ellas y su discusión, incorporando dentro del Derecho de Gracia las figuras de la amnistía y el indulto y dentro del Derecho Penal Premial, la figura del arrepentimiento eficaz. Luego trataremos de enmarcarlas, pero sólo introductoramente, en la legislación nacional y extranjera.

Hasta este momento hemos realizado una visión general sobre el Derecho Penal, su reacción frente a un hecho ilícito y sobre las instituciones del Derecho de Gracia y el Derecho Penal Premial.

Para acercarnos más al tema central de esta memoria debemos comenzar con el análisis del terrorismo, para lo cual veremos en el Capítulo II y III las concepciones generales sobre éste, sus características, clasificaciones y su evolución como concepto. Para lo anterior tomaremos distintas posturas y visiones ayudados de distintas perspectivas, no sólo desde una perspectiva jurídica, sino también a través de las Ciencias Sociales en general.

Desde los distintos elementos que extraeremos del concepto de terrorismo, trataremos con mayor profundidad dos clasificaciones que son muy importantes desde el tema que nos ocupa, que son el terrorismo insurgente y el terrorismo vigilante. También diferenciaremos el tratamiento de los delitos de terrorismo con los delitos políticos. Haremos un esbozo del tratamiento jurídico penal que ha tenido el fenómeno terrorista en nuestro tiempo. Para esto, en un capítulo aparte, capítulo III, analizaremos las repercusiones internacionales que ha tenido el fenómeno terrorista y nombraremos los tratados internacionales que han tratado el tema para recalcar la influencia del Derecho Internacional en las legislaciones nacionales y el tratamiento jurídico del terrorismo.

Se realizará una enumeración de los Tratados Internacionales que regulan el terrorismo y sus normas más importantes. Esto dará al lector un mapa más ó menos elaborado sobre el contenido de la regulación Internacional acerca de este tema, señalando en cada uno, el ámbito de aplicación, las conductas incriminadas, las reglas sobre jurisdicción y en algunos las reglas sobre extradición.

Luego, en el capítulo IV, centraremos nuestra investigación en el examen de las legislaciones de Chile y España. El análisis de dichas legislaciones abarcará el examen del tratamiento jurídico del terrorismo tanto a nivel constitucional como legal, así como la recepción e influencia de la normativa internacional en materia de terrorismo en el derecho interno de cada uno de dichos Estados.

Terminando con la muestra general del tratamiento del terrorismo en Chile y en España, en el capítulo V, analizaremos cuál es el tratamiento que estos países les dan a las instituciones de gracia. Así examinaremos las figuras de la amnistía y del indulto, su normativa, sus diferencias y su reconocimiento o no en la legislación, comentando las implicancias que han tenido en la historia de esos países.

Para terminar, en el capítulo VI, examinaremos la figura del arrepentimiento eficaz como una institución que nace para desarticular las organizaciones terroristas y que se ha planteado como un instrumento moderno y eficaz en su cometido. Queremos mostrar cómo surge, cómo se ha planteado legislativamente y posteriormente reflexionar si es realmente la solución o una de las soluciones para el combate al terrorismo.

En las conclusiones de nuestro trabajo resumiremos nuestra toma de posición y propondremos la solución que consideramos es la mejor para cada punto.

CAPÍTULO I “Derecho de Gracia y Derecho Penal Premial, concepciones generales y su relación con la Pena”

1. El sistema jurídico penal como sistema normativo y su relación con el concepto y fines de la pena.-

El tema que nos ocupa trata acerca de determinadas circunstancias en que el Estado, único detentador del poder punitivo de carácter formal que importa el uso de las sanciones jurídico penales, estima razonable renunciar, en todo o parte, a la imposición o a la ejecución de una pena, en virtud del acaecimiento y consideración de circunstancias, ex post facto, a la comisión de un delito y que, por tanto, no dicen relación con el injusto ni con la culpabilidad, sino que con los llamados fines de la pena¹. Nos referimos a las medidas de gracia que puede otorgar el Estado bajo determinadas circunstancias.

Asumido el punto de que está determinada la responsabilidad penal de un sujeto por la comisión de un delito, al darse los requisitos fundantes del juicio de adscripción que señala la ley para imponer una condena, se analizará, por tanto, qué razones fundamentan esta impunidad o rebaja de la pena.

Efectuada la consideración preliminar de que estas medidas de gracia se relacionan con los fines de la pena, y éstos a su vez, tienen un fundamento político criminal, es conveniente detenerse, previamente, en el sistema jurídico en cuanto sistema normativo, y el sistema jurídico penal, en especial, para apreciar en virtud de qué fundamentos o razones el Estado ejerce el denominado *ius Puniendi*, a través de qué instrumentos y mecanismos institucionalizados lo ejerce y, además, cuál es la lógica argumentativa que emplea para ello, que se conecte y sirva de parámetro interpretativo de la implementación de las medidas de gracia en la regulación legal de las figuras delictivas terroristas, uno de los campos en que mayor fuerza ha impactado la influencia del denominado “Nuevo Derecho Penal”, desvinculado del centro del “Derecho penal clásico” ligado a los criterios de certeza y subsidiariedad².

El derecho es un sistema normativo cuya pretensión, al igual que otros sistemas normativos, es regular la conducta humana. De esta forma, se inserta además el sistema normativo del derecho, y específicamente el sistema penal, dentro de los denominados sistemas de control. Se comprenden en los sistemas de control social, “los recursos que dispone una sociedad determinada para asegurarse de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como a las formas

¹ CUERDA-ARNAU, María Luisa, “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pág. 323.

² HASSEMER, Winfried, “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal”, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 1999, págs.16, 17 y 21.

organizadas en que la sociedad responde a sus agresiones³”. La especificidad del modo en que el sistema penal lleva a cabo su pretensión de regulación y control de la conducta humana, se encuentra dada por la forma y por la esfera de las relaciones de la conducta de sujetos que pretende regular, con ánimo de obligatoriedad y permanencia, a través de mecanismos institucionalizados y reglados, de carácter eminentemente formal. En cuanto sistema normativo de control, el derecho penal se hace de normas para llegar a cabo su pretensión de regulación. Las normas son establecidas, aplicadas, obedecidas o desobedecidas por sujetos, que tienen a su vez distintas perspectivas de relación con las mismas, en el tiempo y en el espacio, y en cuyas conductas consideran relevantes o no a las normas. Las normas que se relacionan con el derecho penal además, se vinculan con determinados tipos de sanciones impuestas a especiales tipos de desviación definida en términos de criminalización⁴. El sistema de control penal además es reactivo, integral y formalizado, siendo su forma de reacción consustancial la pena, reacción social formal ante una conducta desviada calificada de delito⁵.

Se ha de tener presente además, que es posible acercarse al fenómeno que el derecho importa en la vida social, desde variadas perspectivas, atendiendo a diferentes criterios. Para efectos introductorios a la reflexión que nos ocupa, puede asumirse como útil la distinción entre las “perspectivas del observador y la perspectiva del participante⁶”, en relación al sistema normativo que el derecho es.

Es posible observar el funcionamiento del derecho en la vida social desde la perspectiva de la existencia de determinadas regularidades que se suceden a partir de la realización de ciertas conductas. De esta forma si, por ejemplo, se observara en un primer momento una sesión parlamentaria, podríamos determinar que a ciertos actos apreciables por los sentidos, siguen otros actos, se pronuncian palabras a las que se atribuye determinado significado, que a su vez serán aplicadas por otros sujetos para la realización de otros actos en un segundo momento, para que determinados sujetos hagan o dejen de hacer determinadas cosas.

Hasta el momento podemos entender perfectamente las regularidades observadas en términos de pura causalidad natural, pero ello, sin embargo, no nos permite hasta ahora entender por qué se deba adscribir el calificativo de jurídico a las regularidades naturales observadas, y qué las permite distinguir de otras regularidades del mundo natural como, por ejemplo, el hábito de un grupo de amigos que, por mero afán lúdico, simulen ser parlamentarios y lleven a cabo una obra teatro en que se ponga en escena los mismos hechos que hemos observado en nuestra visita al Parlamento. La perspectiva del observador, que es la que hemos utilizado hasta el momento, no nos permite hasta

³ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan y **HORMÁZABAL MALAREÉ**, Hernán, “Lecciones de Derecho Penal”, vol. I, Edit. Trotta, Barcelona, 1997, pág.15.

⁴ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan y **HORMÁZABAL MALAREÉ**, Hernán, 1997, págs. 18 y 19.

⁵ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan y **HORMÁZABAL MALAREÉ**, 1997, pág. 19.

⁶ **ALEXY**, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Primera edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994, pág.31: “(...) adopta la *perspectiva del participante* quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que está ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva del participante está el juez. Cuando otros participantes, por ejemplo, juristas, abogados o ciudadanos interesados, exponen argumentos en pro o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, entonces se refieren a como hubiera decidido el juez si hubiera querido decidir correctamente. Adopta la *perspectiva del observador*, quien no pregunta cual es la decisión correcta en determinado sistema jurídico, sino como se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”

ahora entender el sentido “jurídico” de lo que hemos observado. Sólo vemos hechos. Nos movemos en el campo del ser.

Supongamos que estamos interesados en intervenir de alguna forma que nos afecte en términos relevantes en aquello que hemos observado, que intervengamos argumentando desde roles determinados. Supongamos que somos jueces, legisladores, o partes en un proceso seguido ante un tribunal, o bien, simples ciudadanos interesados en argumentar respecto de lo que en dichas instancias significan en la vida social. Asumimos además que no nos es indiferente lo que en dichas instancias se produce, ya que ello resulta obligatorio o no para nosotros mismos y para otras personas, y en una forma u otra nos preguntamos acerca de lo que es correcto o incorrecto en dichas instancias. Hemos asumido a través de esta segunda vía, la perspectiva del participante. Nos hemos involucrado directa o indirectamente con lo que se efectúa en dichas instancias, porque a nosotros o a terceros les afectará, directa o indirectamente, y esto afectará nuestras relaciones y la de otros.

Si lo anterior, puede admitirse como útil para el Derecho en general, en cuanto sistema normativo, surge la pregunta, si puede serlo además, en algún modo útil para la parte específica del derecho que representa el sistema penal. Más adelante nos referiremos a la utilidad de estas observaciones, para el análisis de la pena y su incidencia en el punto de vista político criminal.

Se suele señalar que el Derecho Penal, puede ser apreciado desde una perspectiva objetiva o desde una perspectiva subjetiva. Desde la *perspectiva o sentido objetivo*, el derecho penal se presenta como “la parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho, una pena o medida de seguridad⁷”. En un *sentido subjetivo*, el derecho Penal puede entenderse, como la potestad del Estado de imponer penas y medidas de seguridad, o simplemente como *Ius Puniendi*, esto es, la fuerza para imponer el Derecho Objetivo.

Lo anterior, lleva a la conclusión de que, como señala Roxin⁸, “*desde un punto de vista formal, el derecho penal es definido por sus sanciones, la pena y la medida de seguridad, punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, y no por la regulación de mandatos o prohibiciones, actividad que además es realizada por otras ramas del derecho, como el derecho civil o el administrativo*”.

Atendido el objeto de estudio del presente trabajo, nos referiremos exclusivamente al tipo de sanciones denominadas “penas”.

Las teorías de la pena y su relación con las normas jurídico penales .

En su intento de regular la conducta humana a través del específico tipo de sanciones que utiliza, el derecho penal debe entenderse, por tanto, con normas. La doctrina penal se ha interesado por el tema de las normas jurídico penales⁹, y las ha clasificado desde Binding¹⁰ en dos tipos: normas primarias y normas secundarias.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán, 1997, pág. 35. ⁸ ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Reimpresión de la traducción de la 2ª Edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág.41.

⁸

⁹ Evidentemente, el concepto de las norma jurídico penal plantea como cuestión preliminar una elección acerca del concepto de norma jurídica, de la cual la norma jurídico penal constituiría una especie. En este sentido MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 5 Edición, Barcelona, 1995, págs .27 y 28: “Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo – que prescribe una

Se entiende por norma primaria, aquella prescripción que se dirige al ciudadano, prohibiéndole u ordenándole la realización de determinada conducta.

Se entiende por norma secundaria, aquella prescripción que dirigida al sujeto juez le transmite expresamente un mandato que le obliga a imponer una pena llegado el caso¹¹.

Las normas jurídico penales, a su vez, son establecidas por sujetos y se dirigen, a su vez, a sujetos, desde y hacia un momento u horizonte temporal dado. La norma primaria (de conducta) mira hacia el futuro. La norma secundaria (de sanción) mira hacia el pasado. En este sentido señala Haffke: “Las normas de conducta en cuanto pauta de comportamiento han de ser eficaces en el ámbito concreto de actuación del autor, deben indicarle y prescribirle, antes de su actuar u omitir, que es lo que debe hacer o dejar hacer en el futuro, de manera que están dispuestas de modo prospectivo, lo que explica su carácter generalizador antiutilitarista, teniendo una función de carácter preventivo. Las normas de sanción en cambio, “regulan el tratamiento de las infracciones de normas que se dieron en el pasado y que han concluido”¹².

Los distintos sujetos relacionados con la pena, asumen su contacto con ella y con las normas jurídico penales, desde roles determinados previamente por el derecho, con esferas de intervención específicas y en momentos determinados¹³ (por ejemplo, juez, legislador, ciudadano, ministerio público, policía, etc).

Características de la pena pública.

Nada hemos dicho hasta el momento respecto del “tipo” de sanción que importa la llamada “pena”. En este punto, nuestra búsqueda atenderá a responder lo que la pena es, cuáles son sus características, cuáles son sus fines o para qué se impone una pena, si en alguna medida tienen importancia los roles de los distintos sujetos que entran en contacto con lo que hemos llamado “pena” en relación a los fines que se le asignan a la misma, y si alguna incidencia la participación de los sujetos involucrados con la pena desde los roles que asumen en los “momentos” en que toman contacto con ella.

Es importante considerar de antemano que la respuesta al problema de qué “es” la pena y de los “fines” que ella persigue, debe ser delimitado en cuanto a su especificidad propia, para evitar confusiones en cuanto a los ámbitos y tipos de argumentación propios a

actuación determinada – expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados. Los textos legales, o enunciados legales, constituyen el vehículo de expresión de las normas, a cuya base pertenecen las normas jurídico- penales. Tales enunciados legales reciben distintos nombres: “proposiciones jurídicas”, “preceptos legales”, “disposiciones legales”. La doctrina alemana actual habla en cambio de “normas de conducta” y “normas de sanción”. No se debe dejar de lado, sin embargo, la relación entre los principios y las normas, y la distinción conceptual entre unos y otros para efectos del mensaje que transmiten y su pretensión de actuación en la acción del sujeto a quien se dirigen.

¹⁰ **BINDING**, Karl, “Die Normen und ihre Übertretung”, 3ª edición, Leiozig, 1946, I, págs. 4 y ss., 132 y ss., citado por **MIR PUIG**, Santiago, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, 2ª Edición, Edit. B de F, Buenos Aires, 2003, pág. 23, cita número 34.

¹¹ **MIR PUIG**, Santiago, 1995, pág.28.

¹² **HAFFKE**, Bernhard, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico – penal”, en “Fundamentos de un sistema europeo de derechos humanos”. Libro en homenaje de Claus Roxin, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, págs.133 y 134, quien formula la actuación de ambos tipos de normas según la máxima: “prevención ejercida a través de la represión realizada por medio de la norma secundaria “.

¹³ **MIR PUIG**, Santiago, 1995, pág.59, a propósito de la “Teoría de la diferenciación” de **SCHMIDHAÜSER**, Eberdhard, desarrollada en “*Vom Sinn der Strafe*”, Göttingen, 1963, págs. 80 y ss, y en “*Stafrecht Allgemeiner Teil*”, Tübingen, 1975, págs. 52 y ss.

cada uno de los problemas. El problema de las teorías de la pena, asociadas a la idea de “fin” se refiere a doctrinas de carácter justificatorio, que pretenden responder a la pregunta acerca del “deber ser” de la pena. Por su parte, las preguntas acerca de qué es la pena, asociadas a la idea de “función”, se remiten a lo que la pena “es”¹⁴.

Asumida la distinción básica entre ser y deber ser, el tipo de argumentación propia de cada ámbito, por tanto, debe ser distinto, y debemos preocuparnos de no mezclar los niveles argumentativos a campos extraños al tipo de problemas que se pretende encarar.

Como punto de partida tomemos la situación del que comete un delito de homicidio: Un sujeto A, plenamente imputable, por algún motivo, decide quitarle la vida a otro, en forma violenta, disparándole con un arma de fuego. Una vez realizada la conducta descrita, el sujeto es detenido por la policía, se inicia un proceso penal en su contra por parte de una institución llamada tribunal y, luego de seguir una serie de etapas procesales, se le condena en virtud de una sentencia que invoca determinados artículos del Código Penal, imputándole participación dolosa en calidad de autor de un delito de homicidio en grado consumado, imponiéndole una privación de libertad que lo tendrá recluido por un tiempo determinado, en un recinto penitenciario.

A la tarea de responder “qué es la pena¹⁵”, en forma casi intuitiva responderemos seguramente lo siguiente: “un castigo”. Sin embargo, lo anterior, no es correcto. Hemos asumido un punto de vista justificacionista, sin saberlo. Más adelante se explicaran las razones de esta aseveración. Más exacto, por tanto, será decir que la pena es un mal¹⁶ para alguien. Queda por responder, ¿para quién es un mal? Lo obvio, será decir: para aquel que la recibe y a quien le es impuesta. ¿Se le impone en forma voluntaria ese mal?, la respuesta, una vez más, será negativa¹⁷, aun más, se agregará: se le impone en forma violenta¹⁸. ¿Quién impone la pena? Un tercero, en concreto un tribunal, un órgano público que a través de la pena autoconstata la existencia del poder del Estado, en cuanto autoconstatación

¹⁴ **FERRAJOLI**, Luigi, “Derecho Penal Mínimo”, en “Prevención y teoría de la pena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, págs. 25 a 47.

¹⁵ En este punto es conveniente señalar que, con la expresión “pena”, nos referimos a la “pena legal” y no a la llamada “pena natural”. Sobre el concepto de pena natural, VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Tomo II”, traducción de la segunda edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, 1929, págs. 206 y 207: “Desde los teólogos, que la derivaron de la ley natural (*lex naturae*) y el orden natural (*naturalis ordo*, de Santo Tomás), hasta los sociólogos, que la deducen de las leyes biológicas, una de ellas la “ley de reacción”, como sanción natural (*sanzione fisica*, *sanzione biológica*, *sanzione sociale* de Ferri), la pena es reacción universal de la fuerza individualizada – de fuerzas y organismos vivos, objetos y seres – ante todo ataque-excitación. He aquí, en esquema dinámico, la *pena natural*: un *fenómeno* –inconciente o conciente –*reactivo*-material o moral – *de defensa contra el ataque*”.-

¹⁶ **GROCIO**, Hugo, “De iure belli et pacis”, liber ii, caput.xx, De poenis: “poena est malum pasiones, quos infligitur propter malum accionis”, citado por JAKOBS, Günther, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación”. Traducción de la Segunda Edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pág. 9, quien se manifiesta categóricamente contrario a esta consideración.

¹⁷ **ROXIN**, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Reimpresión de la traducción de la 2ª Edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág.77, quien argumenta en pro de la diferencia de la pena criminal respecto de la pena privada, basada esta última en el sometimiento voluntario del afectado a la misma.

¹⁸ El derecho penal, en la mayoría de los casos, se ocupa de casos de violencia, que es utilizada tanto por parte de aquel a quien se impone la pena, como por parte de quien la impone. En este sentido, **MUÑOZ CONDE**, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, Tercera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998, págs. 29 y 30. El núcleo irreductible del derecho penal, por tanto, debe constituirlo el delito violento, no obstante lo cual no se reduce sólo a él su aplicación concreta en los sistemas penales modernos.

simbólica de un determinado sistema social adscrito a valores¹⁹. ¿De qué forma la impone aquel llamado a imponerla? A través de un procedimiento reglado previamente en la ley. ¿Por qué se le impone la pena? Porque ha realizado una conducta tipificada por la ley como delito y con dicha conducta ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, afectando a otro con su conducta culpable.

Efectuadas las anteriores apreciaciones podemos señalar como características de la pena, las siguientes²⁰:

a) La pena es una consecuencia jurídica del delito, no es elemento integrante de él.

La punibilidad no constituye un elemento integrante del delito²¹, el cual es entendido categorialmente sólo integrado por la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. El término punibilidad puede ser entendido en dos sentidos²²: como posibilidad en abstracto de imposición de una sanción penal o bien como posibilidad concreta de aplicarla. Los conceptos “merecimiento de pena” y “necesidad de pena”²³ tampoco constituyen elementos categoriales del delito, sino principios materiales que operan en recíproca tensión tanto en la limitación como en la fundamentación de los elementos del delito pero también referidos a otros requisitos de la pena no referidos a la conducta delictiva²⁴.

¹⁹ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan, “Control Social y Sistema penal”, Edit. PPU, Barcelona, 1987, pág.32, quien se decide, derechamente, por los valores de un sistema democrático del Estado en cuanto a realidad social existente en el actual momento histórico.

²⁰ En este punto se sigue, en general, el esquema de **MAPELLI CAFFARENA**, Borja y **TERRADILLOS BASOCO**, Juan, “Las consecuencias jurídicas del delito”, Tercera Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 29 a 35. No se sigue a los autores citados en cuanto a que la pena se imponga por la infracción a una norma penal por parte del agente, porque con su actuar este no hace más que realizar el supuesto de hecho contenido en la norma de prohibición. Sobre este punto, **BINDING**, Karl, “Die Normen und ihre Übertretung”, I, 3ª edición, Leipzig, 1946, I, ps.4 y ss., 132 y ss., citado por **MIR PUIG**, Santiago, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, 2ª Edición, Edit. B de F, Buenos Aires, 2003, pág. 23, cita número 34.

²¹ El punto no es unánime en la doctrina, pese a ser la postura dominante tanto en derecho comparado como en el derecho nacional. Sobre el tema de la punibilidad, su ubicación sistemática y su aceptación o rechazo como elemento del delito, puede consultarse al respecto **RODRIGUEZ COLLAO**, Luis, “Punibilidad y Responsabilidad Criminal”, en “Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso”, N°XVI, Valparaíso, 1995, págs. 361 a 370. El autor citado señala que en la doctrina se dan cuatro posibles posiciones acerca de cuál es el posible papel que le cabe desempeñar a la punibilidad dentro del sistema penal: a) aquellos para quienes no cumple ninguna función de la ilicitud o de la culpabilidad, ni tiene una materialidad propia, por lo cual se le niega el carácter de categoría autónoma dentro de la estructura del delito; b) aquellos que estiman que es una categoría autónoma que se agrega la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, siendo la punibilidad la que otorga la relevancia jurídico penal de la conducta; c) aquellos que conciben la punibilidad como un componente integrante no autónomo del delito, sino vinculado a la tipicidad; aquellos que consideran a la punibilidad como una consecuencia de la configuración del delito; d) finalmente, aquellos que niegan a la punibilidad alguna función en el sistema del derecho penal, constituyendo simplemente un receptáculo de aquellos elementos ajenos al injusto y a la culpabilidad.

²² **RODRIGUEZ COLLAO**, Luis, 1995, pág. 362.

²³ **LUZÓN PEÑA**, Diego-Manuel, “La relación del merecimiento de pena y la necesidad de pena con la estructura del delito”, en “Fundamentos de un sistema europeo de derechos humanos”. Libro en homenaje de Claus Roxin, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, págs. 115 a 127, quien señala que “(...) el merecimiento de pena expresa juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y presupone que un hecho en sí merecedor además necesita de ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos afflictivo”(pág.116).

²⁴ **LUZÓN PEÑA**, Diego-Manuel, 1995, pág. 119.

b) Supone para aquel a quien le es impuesta, una privación o restricción total o parcial de bienes jurídicos, que importa para el que la sufre un mal²⁵. La imposición de la pena y su afectación es percibida por aquel que la sufre, así como por la comunidad en la cual éste se encuentra inserto, tanto en un estrato intelectual como en un estrato emotivo y vivencial²⁶;

c) Es impuesta a un sujeto por parte de una autoridad pública, un tribunal, en virtud de un juicio de atribución hecho conforme a la ley: En este sentido, principios penales de trascendencia como el principio de legalidad entran en juego, tanto en lo que se refiere a la conducta por la cual se impone pena, como además en cuanto a quién es llamado a imponerla, y de la forma y argumentación que se invoca para hacerlo. Se sustrae por tanto con lo anterior, la intervención directa de la víctima en la determinación de la sanción y de su forma de imposición, intervención que se sustituye por la de un representante del poder público, como es un órgano jurisdiccional, que tiene reglado su establecimiento y su actuación por parte de la ley y la Constitución, en cuanto ejercicio del poder soberano del Estado. Con la exclusión de la víctima o de los cercanos a ella, se evita la proliferación de la venganza privada, y se minimiza el uso de la violencia en la sociedad, en tanto se le expropia a la víctima el conflicto y un tercero “imparcial” asume la tarea de imponerse por sobre las partes, previniéndose de esta forma la imposición de penas informales²⁷.

d) La pena se impone a un sujeto culpable;

e) La pena no es reparación de un daño²⁸: La situación de los involucrados directamente en la relación de conflicto autor-víctima, no se retrotrae a la situación existente al momento anterior al mal provocado por el delito, como en el caso de la indemnización civil, que persigue un objetivo claramente compensatorio. De esta forma, no se pretende dejar a la víctima en la misma posición material o jurídica equivalente a la que tenía ex - ante el hecho delictual.

²⁵ Definición de Cuello Calón, citada por **MAPELLI CAFFARENA**, Borja y **TERRADILLOS BASOCO**, Juan, 1996, pág. 29.

²⁶ **WELZEL**, Hans, “Derecho Penal Alemán. Parte General”, 11ª edición, reimpresión de la 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 281. A esta característica Welzel la denomina “aspecto personal de la pena”.

²⁷ **FERRAJOLI**, Luigi, 1995, págs. 35 a 38.

²⁸ **JAKOBS**, Gunther, Madrid, 1995, págs. 12 y 13, quien se refiere sobre este punto al “significado de la pena”, y no a la esfera de las consecuencias externas de la conducta, con lo cual la pena realiza un mensaje que se traduce en “que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma”.

Las teorías sobre los fines de la pena.

A la pregunta acerca de “para qué se impone la pena”, se han avocado, como ya señalamos, las llamadas “teorías de los fines de la pena”.

Sobre este punto se suele clasificar a estas teorías, en varias categorías:

teorías absolutas;

teorías relativas, y

teorías mixtas.

a). Las teorías absolutas:

Al primer tipo pertenecen las llamadas teorías de la pena esbozadas por Kant y Hegel. Estas teorías se denominan absolutas porque en ellas el fin de la pena es “desvinculado” de su efecto social (del latín *absolutus* = desvinculado)²⁹. La pena se fundamenta en estos sistemas en consideraciones de mera justicia material, asociadas a imperativos de carácter moral, cuya cualidad y medida de aplicación es el talión (Kant³⁰), o bien a necesidades de confirmación de la voluntad general por sobre la voluntad particular del que cometió el delito, apareciendo la pena como la negación de la negación del derecho, a través de un proceso dialéctico de tesis (negación del derecho a través del delito), antítesis (negación de la negación del derecho, la pena) y superación de la negación de la negación (Hegel³¹). Ambas posturas comparten el punto común de la retribución. La retribución mira al pasado, sanciona al delincuente por lo que ha hecho.

La retribución parte de la premisa de la libertad del sujeto y su consideración en cuanto sujeto ético, esto es, persona. Lo que busca la retribución es la pena justa, concordante con la premisa de la libertad y la igualdad de los hombres. Las teorías absolutas o retribucionistas se fundamentan todas en la máxima de que es justo “devolver el mal por el mal”. Está presente este concepto ya en forma de precepto divino en la tradición hebraica, transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón a la tradición cristiana y católica desde San Pablo, San Agustín y Sto. Tomás hasta Pío XII. Esta concepción gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: la de la “venganza”, la de la “expiación” y la del

²⁹ ROXIN, Claus, 1999, pág. 82.

³⁰ KANT, Immanuel, “La metafísica de las costumbres”, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 149 a 174.

³¹ HEGEL, G.W.H., “Principios de la Filosofía del Derecho”, Editorial Edhasa, Barcelona, 1988, parágrafo 99: “La lesión que existe en sí, (y por consiguiente del que la efectúa, del que la padece y la de todos los demás), no tiene ninguna *existencia positiva* en su mera voluntad o en su mero producto. La voluntad existente en sí (el derecho, la ley en sí), es lo que *por sí* no puede existir exteriormente, y es, por lo tanto, ileSIONABLE. La lesión es por tanto, para la voluntad particular del lesionado, y de los demás, algo negativo. Su única existencia positiva es como *voluntad particular del delincuente*. La lesión de ésta en cuanto voluntad existente es por lo tanto la eliminación del delito – *que de otro modo sería válido*- y la restauración del derecho” (pág 159). Y más adelante: “En esta discusión lo único que importa, es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho” (pág.160).

“reequilibrio” entre pena y delito.³² Se concibe por la religión la teoría de la retribución como la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios³³.

La medida de la pena para la retribución se funda en la culpabilidad, como expresión de la libertad de la persona. La expresión del libre albedrío vendría dado por conceptos naturalistas en los cuales todos los hombres nacen libres e iguales ante Dios y son ellos a través de sus decisiones quienes optan por el “mal” cometiendo delito y así produciendo un desequilibrio, que debe subsanarse a través de la pena.

Las críticas mas fundadas a las teorías absolutas, son aquellas que atacan su planteamiento desde un orden absoluto de verdades o valores, y su fundamento de la pena como retribución fundada en el libre albedrío, categoría de carácter metafísico y no demostrable³⁴.

b) Teorías relativas:

Al segundo tipo pertenecen las llamadas “teorías de la prevención”, las cuales se dividen a su vez, en prevención general y prevención especial, y estas, por su parte, en subclases, positivas y negativas, respectivamente.

Lo común a ambas categorías de prevención, es su interés y su justificación de la pena, para provocar un cambio en el mundo, referido a la “conducta futura” de aquellos a quienes se pretende alcanzar directa o indirectamente con la imposición de la pena. El punto de discrepancia será a quién se pretenderá motivar, y de qué forma o a través de qué medio. Lo que se busca es “prevenir que se cometan más delitos”; se mira hacia el futuro.

La prevención general negativa, en el modelo clásico de Feüerbach, pretende evitar la comisión de nuevos delitos por medio de la amenaza de la coacción penal³⁵. La intimidación contenida en la ley se dirige a todos los ciudadanos, en cuanto potenciales y futuros delincuentes. La prevención general negativa se centra en el momento de la conminación legal. La pena al momento de su imposición sólo confirma la seriedad de la amenaza contenida en la conminación legal³⁶.

Se critica de este modelo que parte de una concepción antropológica determinada, un sujeto motivable y capaz de decidir, sopesando en ejercicio de una racionalidad absolutamente libre, costes y beneficios; su peligro en cuanto intromisión en la siquis del sujeto; y el peligro que conlleva la atención de los exclusivos fines preventivos la inflación de las conminaciones penales dentro de un contexto de ejercicio de poder estatal autoritario³⁷.

³² **FERRAJOLI**, Luigi, “Derecho y Razón”, Edit. Trotta, Barcelona, Quinta Edición, 2001, pág. 254.

³³ **ROXIN**, Claus, 1999, pág. 83.

³⁴ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan y **HORMÁZABAL MALAREÉ**, 1997, pág.46.

³⁵ **FEÜERRBACH**, Johann Paul Anselm, “Anti-Hobbes”, Giesen , 1797, pág. 49, citado por **LESCH**, Heiko, “La función de la pena”, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” N °4 , Editorial Dykinson, 1999, págs. 22 a 27.

³⁶ **FEÜERBACH**, Johann Paul Anselm, “Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland geintenden Peinligen Recht”, 1ª edición Gieben , 1801, pág 14 y ss, citado por **MIR PUIG**, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 5ª edición, Barcelona, 1995, pág .51.

³⁷ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan y **HORMÁZABAL MALAREÉ**, Hernán, 1997, págs. 48 y 49.

La prevención general positiva, por su parte, pretenderá afianzar la confianza en la vigencia de la norma, y pretenderá motivar a la comunidad circundante al sujeto que cometió delito, al resto de los que no han puesto en duda la vigencia de la norma y se han mantenido fieles al Derecho. Lo que se busca en las teorías de la prevención positiva es la estabilización de la conciencia en el derecho³⁸. La prevención general positiva se centra en las potenciales víctimas³⁹. Un enfoque posible en la clasificación de las teorías de la prevención general positiva radica en el objeto de protección perseguido por sus distintas versiones⁴⁰: el fin ético social (“protege los valores esenciales de acción que subyacen a las normas los cuales conforman el orden social”); el fin de reintegración social (“se protege la cohesión del organismo social cuya unidad valorativa y afectiva se considera un fin en sí mismo”) y el fin de estabilización de expectativas normativas (“que protege la orientación futura en la interacción social”).

Se critica de las corrientes de la prevención general positiva, su postulado operativo basado en la concepción de un sujeto motivable por el contenido de las normas, que considera un tipo de racionalidad ideal y homogéneo en todos los hombres. El derecho penal se torna en estas posturas en un tipo de pedagogía social de valores jurídicos⁴¹.

La prevención especial, por su parte, se divide en positiva y negativa⁴². Ambas se centran en el sujeto concreto que ha cometido delito. La primera asigna a las penas una función positiva respecto del individuo en el sentido de que, partiendo de la inferioridad o peligrosidad del sujeto, se busca resocializarlo, reeducarlo, reinsertarlo en la vida comunitaria, etc. La segunda atribuye a las penas la función de eliminación o neutralización física de la persona, aislándola de modo que no pueda ocasionar más daños a la sociedad. Ilustrativa es la propuesta de Von Liszt⁴³, desde la vertiente negativa de la prevención especial, quien imbuido de los postulados positivistas de fines del siglo XIX postula una teoría preventiva especial, acordando los fines que debe perseguir la pena de acuerdo a una tipología ad hoc de delincuentes, con un fin de la pena adecuado a cada tipo delincuente y la motivación requerida: “1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella; 2) Intimidación de los delincuentes no susceptibles de corrección; 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección”.

Se critica a la prevención especial el riesgo que implica su potencial de instrumentalización del individuo por parte del Estado, en cuanto intervención concreta sobre la persona, y su inutilidad respecto de determinados tipos de delitos cuyos autores no presentan déficit alguno de socialización (por ejemplo, delitos económicos), además de su efecto paralizante del factor de control del poder inherente al proceso democrático, al ser impuestas las pautas de resocialización sobre el individuo por parte del Estado. Se suma a las anteriores críticas el fracaso de la prevención especial en cuanto a los efectos de su aplicación concreta, inmersa en sus propios planteamientos desde su vertiente negativa, al

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREÉ, Hernán, 1997, págs , 1997, págs. 49 y 50.

³⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Los fines del Derecho Penal”, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Tomo LI, MCMXXCVIII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pág .372

⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, Madrid, 2001, pág. 370 y 371.

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREÉ, Hernán, 1997,pág. 50.

⁴² GABELLA, María Clara, “La crisis de legitimidad del sistema penal. La protección de los derechos humanos como función del derecho penal”, en www.derechopenalonline.com/derpenal/crisisgabella.htm.

⁴³ VON LISZT, Franz, “La idea de fin en Derecho Penal”, Edit. Edeval, Valparaíso, 1984, pág.115.

reconocer que hay delincuentes sobre los cuales la intervención sería inútil puesto que son incorregibles, y al hecho de que las estadísticas sobre reincidencia delictiva permite dudar si los corregibles han conseguido los fines que sobre ellos se persigue. Finalmente el excesivo costo económico presenta a la prevención especial vedada para países en desarrollo⁴⁴.

c) Teorías mixtas

Respecto de las teorías mixtas, ellas surgen como propuesta de solución de compromiso frente a la “lucha de escuelas” suscitadas entre los sostenedores de las teorías absolutas y relativas. Común a las teorías mixtas es la función que asignan al Derecho Penal como protección de la sociedad⁴⁵. En esta categoría encontramos aquellas teorías que consideran fines de la pena a las distintas finalidades esbozadas por las distintas teorías absolutas y relativas adicionándolas, esto es combinando retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores, de tal forma que todos los fines de la pena alcancen un adecuado equilibrio⁴⁶. Por otra parte, también corresponde a una teoría mixta la llamada “teoría dialéctica de la pena” de Roxin⁴⁷, quien plantea una consideración de los distintos momentos (conminación legal, imposición, determinación y ejecución) y fines de la pena, dentro de un planteamiento correctivo de los fines de la pena esbozados por la teoría de la unión. Otro ejemplo de teoría mixta es la “teoría de la diferenciación” de Schmidhäuser⁴⁸, quien efectúa una distinción en dos niveles: teoría de la pena en general (compuesta por su finalidad y su sentido) y sentido de la pena para los distintos sujetos intervinientes de la vida de la pena. A la teoría de la pena en general le corresponde en cuanto fenómeno global, la finalidad de prevención general, como medio de reducir la delincuencia a límites tolerables para la convivencia social; en cuanto a la cuestión del sentido de la pena en general, la pena es necesaria para la convivencia social. En lo concerniente al sentido de la pena para los sujetos intervinientes para cada uno de ellos tiene un sentido particular, sea el legislador, los órganos encargados de la persecución del delito, el juez, o la sociedad.

Sobre la viabilidad de las teorías de la unión, se ha señalado que ellas suelen sumar y aumentar los reparos que se les hacen a las teorías de la pena individualmente consideradas, al tratar de conciliar postulados contradictorios e irreconciliables. Así por ejemplo se destaca la incompatibilidad entre la retribución y la prevención general y el carácter de los términos retribución y tratamiento⁴⁹.

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREÉ, Hernán, 1997, págs. 51 52.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, 1995, pág. 57.

⁴⁶ JESCHECK-WEINGEND, “Lehrbuch des Strafrechts . Allgemeiner Teil”, 5ª Edición 1996, 1996, pág. 75, citado por JAKOBS, Günther, “Sobre la Teoría de la pena”, en “Cuadernos de Conferencias y artículos”, N°16, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1998, pág. 9.

⁴⁷ ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en “Problemas básicos de Derecho Penal”, traducción de Diego- Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S.A, Madrid, 1976, págs. 11 a 36.

⁴⁸ SCHMIDHAÜSER, Eberhard, “Vom Sinn der Strafe”, Göttingen , 1963, págs. 80 y ss. , y “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Tübingen, 1975, págs. 52 y ss. Citado por MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General, 5ª edición (Reimpresión, Barcelona, 1998), pág. 59, cita número 49.

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREÉ, Hernán, 1997, pág. 53.

Una crítica común a las teorías de la pena, en sus vertientes absolutas, relativas y mixtas o eclécticas, es que asignan a la pena una función manifiesta y determinada que sirve para una legitimación del derecho penal al que se debe deslegitimar, que son falsas por no ser empíricamente verificables en su efectividad real, o bien no son generalizables para todos los tipos de delitos⁵⁰.

Respecto a las objeciones esbozadas en general a estas teorías, señalamos que estas pueden aceptarse como válidas en cuanto se refieren al carácter ideológico de las mismas, en cuanto a partir de premisas descriptivas deducen conclusiones de carácter normativo o viceversa⁵¹. Por defecto en la argumentación, a partir de juicios descriptivos (juicios relativos a entidades del ser) se deducen otros juicios de carácter normativo (relativos al deber ser). Es erróneo en cambio, el ataque crítico a estas teorías fundado en su falsedad, por cuanto, estas teorías no son verdaderas ni falsas, por su propio carácter de proposiciones normativas, pertenecientes a la esfera de las valoraciones. Que ni siquiera los hechos son verdaderos o falsos, es una lección que hace bastante tiempo ya nos ha enseñado la lógica, al señalar que sólo respecto de las proposiciones acerca de los mismos puede predicarse verdad o falsedad.

Lo anteriormente expuesto, no obsta a que, si bien no puede predicarse verdad o falsedad de estas teorías (por su carácter normativo), ellas puedan ser aceptables o no, defendibles o criticables, razonables o no razonables, en relación a determinadas decisiones respecto a valoraciones.

Nuestra opinión se inclina a las posturas preventivas de las teorías de los fines de la pena, rechazando las posturas retribucionistas, tomando en cuenta una decisión racional y proporcional y dejando de lado la venganza privada, decisión respecto de la cual ahondaremos nuestros argumentos en las páginas siguientes.

Se mencionó la importancia de distinguir entre el punto de vista del participante y el punto de vista del observador, y la toma de postura a favor de la primera de ellas para comprender el sentido normativo del derecho. Unido a lo anterior, se mencionó el carácter institucionalizado del derecho en cuanto sistema normativo de regulación de conducta humana, y específicamente el sistema penal como sistema de control formalizado. Se mencionó además la perspectiva temporal de las normas jurídico – penales y su incidencia en la conducta de los sujetos cuya conducta se pretende regular. Se asumió además que los sujetos toman contacto con la pena desde roles determinados, y en momentos concretos.

Si se unen los elementos mencionados, y partiendo de lo que la pena es, “un mal” que se impone en el ejercicio de un “poder público”, lo que no puede dejarse de tener presente al decidir respecto de las valoraciones que se tengan en la reflexión a su respecto, se debe concluir que solo a partir del momento argumentativo en que se relacionan los distintos “sujetos de poder público” relacionados con el “fenómeno” de la pena, se debe establecer las valoraciones respecto de las mismas atendida la perspectiva temporal de los participantes en el fenómeno de la pena, sea el legislador, sea el juez o la institución carcelaria. Se parte de la tesis político criminal de que un sistema de sanciones jurídico penales y sus consecuencias se determina sobre la premisa de tipos de normas, de acuerdo

⁵⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, 2ª Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág.44.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, 1995, quien denomina “ideologías naturalistas o realistas” a las ideologías que asumen las explicaciones empíricas como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la falacia naturalista que implica derivar el deber ser del ser, “ideologías normativistas o idealistas” a las que asumen justificaciones las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas” (pág.27).

al momento de su operatividad, previsión legal de las mismas junto a su concreción en la parte especial del Código Penal, individualización en el caso concreto, y ejecución⁵².

Asumido el punto de que la premisa básica del ejercicio del poder estatal es el aseguramiento de la máxima libertad posible de cada uno para la autorrealización de los propios fines autónomamente asumidos, a través del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de cada cual, fundados sobre la base ética de la dignidad de la persona, y de que solo la utilidad social de la restricción de la libertad del individuo puede aparecer justificada en torno a la decisión inicial en pro de la libertad, sólo planteamientos preventivos asociados deben tenerse presentes como razonablemente justificados para responder a la pregunta de porqué se debe imponer la pena. La retribución no debe ser fundamento de la pena⁵³, a lo sumo sólo medida de ella⁵⁴, en cuanto a criterio regulativo de su imposición⁵⁵, atendida la proporcionalidad del daño efectivo o potencial a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la conducta culpable del agente.

A los argumentos preventivos asociados a los sujetos que cometen delitos (prevención penal negativa) y al resto de los no delincuentes (Prevención general positiva), es decir, argumentos utilitaristas, entendido el utilitarismo en su perspectiva metaética, en cuanto ética de resultado o consideración con miras a las consecuencias⁵⁶, deben sumarse la prohibición de la venganza privada de parte de las víctimas efectivas como reacción proscrita por el sistema, a las que se suman la no justificación moral de la imposición de un castigo a la víctima concreta por su reacción de venganza privada post delito.

En resumen: minimización y racionalización de las formas de ejercicio de la violencia como forma ejercicio de poder estatal formalizado, por parte de los tres sujetos involucrados en la cuestión penal: Estado- autor-víctima⁵⁷. Sólo una teoría de la pena que responda al

⁵² **SILVA SANCHEZ**, Jesús - María, “¿Política criminal del Juez, del legislador, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español”, pag.1, en www.fiscalia.org.

⁵³ **ROXIN**, Claus, 1999, pág. 98, quien se pronuncia por una renuncia a toda retribución, y su reemplazo por una teoría de la pena que combine prevención general y especial.

⁵⁴ **POLITOFF**, Sergio, “Fines de la pena y racionalidad en su imposición”, en “Ius et Praxis. Derecho en la región”, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 4 N° 2, Talca, 1998, pág.14, quien a partir de la negación del modelo de Welzel de la función de la pena como “necesaria expiación de la culpa” y poniendo el énfasis en cambio en las consecuencias de la intervención penal, renunciando a ella cuando aparezca manifiestamente inútil, no excluye el aspecto retributivo de la pena y su importancia para determinar la magnitud de la misma.

⁵⁵ **ESSER**, Albin, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, en “Nuevos horizontes en la ciencia penal”, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 33.

⁵⁶ **ALCÁCER GUIRAO**, Rafael, 2001, pág. 379.

⁵⁷ **SILVESTRONI**, Mariano, “Teoría constitucional del delito”, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 11 a 23, quien, partiendo de ideas tomadas de Robert Nozick en “Anarquía, Estado y utopía”, y reconociendo la estrecha relación entre la teoría del Estado y la teoría del delito y de la pena, parte de un momento original sin Estado, como previo a la justificación moral e institucionalizada de este, en tanto estrategia deslegitimatoria del poder punitivo estatal, y los efectos distorsionadores de la intervención estatal en la esfera de relación de los que él supone los “reales” protagonistas del sistema penal, “víctima y victimario”, a los que se les expropiaría “su” conflicto, por la sustitución de la consideración del Estado y el delincuente como los protagonistas del conflicto penal. No obstante las observaciones que nos pueda merecer dicho planteamiento, el que resta el carácter público del conflicto penal, conflicto que excede con creces el diálogo víctima concreta y agente, apoyamos la interesante “argumentación victimo-justificante” en contra del discurso abolicionista: “La ilegitimidad de la imposición de sanciones a la víctima por su acción vengativa constituye el argumento de moral institucional más fuerte para la legitimación de la pena estatal. El Estado debe elegir entre dos males: castigar al que comete el delito (mediante una pena estatal o privada) o castigar a la víctima que se venga. Y en el

papel y la posición de todos los involucrados en la cuestión penal, puede ser considerada como una real fundamentación político-criminalmente afinada en la consideración a las consecuencias. La mirada hacia las consecuencias pone énfasis en el especial contenido coactivo de la reacción penal para la adecuada concepción de la pena, su función y fines.

2. Derecho de gracia y derecho premial como horizonte conceptual de la amnistía, el indulto y el arrepentimiento eficaz

Este trabajo intenta analizar tres instituciones diferentes dentro del contexto de los delitos de terrorismo, dos que se asocian mayormente con el “Derecho de Gracia” que son la amnistía y el indulto y una que podría considerarse dentro del Derecho Penal Premial, que es el arrepentimiento eficaz.

¿Qué se entiende por Derecho de Gracia y Derecho Penal Premial?, es una de las interrogantes que debemos dilucidar.

Algunos autores definen al derecho de gracia como sigue:

*“Es la facultad otorgada a los poderes Políticos, no judiciales, de una colectividad jurídicamente organizada, para intervenir en la administración de la justicia penal”*⁵⁸.

Manzini en el derecho penal italiano entiende la “Potestad de Clemencia” (prefiere la palabra clemencia a la de gracia porque lo encuentra un término más preciso y comprensivo), como: *“la intervención de una potestad extraña a la jurisdicción en la esfera de la represión moral, para la invalidación o para la modificación de los fallos”*⁵⁹ y Liszt en el derecho alemán como *“la abolición de las consecuencias penales por orden del derecho público, es decir, renuncia de la acción penal ya originada de parte de aquel que está investido con ella. Debe servir para atender las exigencias de la equidad frente a las generalizaciones rígidas del derecho (pero siempre a favor del condenado, nunca en contra de él) y puede servir para enmendar un error (real o supuesto) del juez o para proporcionar el triunfo a la política a costa del derecho”*⁶⁰.

primer caso debe elegir otra vez: castiga por sí mismo permite que los particulares se castiguen solo entre sí de acuerdo al criterio personal. La opción por la venganza privada equivale a la desintegración del Estado (...). El planteo abolicionista (la no pena) pone de manifiesto la incompatibilidad del planteamiento abolicionista con la existencia de un Estado que imponga sanciones pecuniarias o regule métodos privados de resolución de conflictos. No hay Estados sin penas (privadas o públicas) y por ello el abolicionismo debería proponer para ser consecuente, la desintegración de la organización política a favor de la anarquía” (pag.60).

⁵⁸ BRAIN, Héctor, “El Derecho de Gracia” en Revista de Ciencias Penales, segunda época, T.13 y 14, 1953-1954, págs. 35 – 43.

⁵⁹ MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Tomo V, primera parte “Teorías generales”, vol. V, Editorial Ediar S.A Editores, Buenos aires, 1950, pág.26

⁶⁰ VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, traducido de la 20ª edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid) y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, profesor de estudios superiores de Derecho Penal y antropología criminal U de Madrid, tomo 3º, 2ª edición, Madrid, editorial Reus (S.A), 1929, pág. 398.

Mediante el derecho de gracia⁶¹ el Estado, titular del ius puniendi, renuncia al ejercicio efectivo de éste en determinados casos particulares. Presupuesto indispensable del ejercicio concreto del derecho de gracia es que en el caso concreto se haya constituido ya previamente un derecho de penar para el Estado (caso del indulto o amnistía cuando ésta beneficia a sujetos que ya han sido condenados), o que existan elementos que pudieran dar lugar al nacimiento del citado derecho (caso de la amnistía con respecto a hechos que aún no hayan sido objeto de sentencia firme). Las manifestaciones históricas del derecho de gracia son la amnistía y el indulto.

Este derecho ha sido también llamado potestad de clemencia, de perdón, de olvido, de renuncia al castigo, de rehabilitación de delincuentes y más modernamente: Amnistía e Indulto⁶².

Según Alamiro de Ávila Martel⁶³, *“El derecho de Gracia es la facultad que tienen los soberanos para permutar o perdonar las penas impuestas por los tribunales a los delincuentes”*.

Adolf Merkel se refiere a la gracia específicamente relacionándola con el indulto, señala *“ la gracia del indulto consiste en renunciar a hacer valer o a llevar a efecto el derecho que tiene el estado a imponer una pena, renuncia que se manifiesta por medio de una declaración de voluntad hecha por el supremo órgano de gobierno, o por un representante de él que obre en virtud de delegación, o por el poder legislativo y cuyo objeto es impedir el curso de la justicia que, sin embargo, puede revestir la apariencia de una ley.*

Hay dos clases de gracia, a saber: La “anulación” y la “gracia en sentido estricto”. La primera se anticipa a la interposición de la acción, bien a la continuación y terminación normal de un sumario que ya está en curso por efecto de una demanda o querrela; la segunda presupone la existencia de un fallo firme, impidiendo total o parcialmente su ejecución

*Los depositarios del derecho de gracia están obligados a suavizar mediante ella los rigores que resulten de aplicar el derecho vigente, y, por lo tanto, a corregir en cada caso concreto los malos resultados que producen ciertos defectos en las leyes. Esta función de la gracia no ha sido considerada fundada en la doctrina, a pesar de lo cual, siempre le ha reconocido y puesto en práctica en la vida del Estado. Ciertamente, si las llamadas teorías penales absolutas estuvieren acertadas cuando enseñan que el fundamento y la medición de la pena no se deben buscar en los intereses prácticos, sino en las absolutas exigencias de la razón, debiendo así ser combatida la gracia, desde luego. Pero la indicada práctica de la vida del estado demuestra que el criterio de la justicia penal ejercida por este último*⁶⁴
no ha sido ni es hoy tampoco el de las teorías penales absolutas”

Luego veremos que tanto la Gracia como las instituciones premiales han surgido en la vida del derecho a causa de ciertos hechos concretos que hacen reaccionar de cierta

⁶¹ AAVV, “Las Consecuencias Jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español (El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito), Luis Gracia Martín (Coordinador), Miguel Angel Baldova, M. Carmen Alastuey Dobón, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. pág. 323.

⁶² **FONTECILLA RIQUELME**, Rafael, “Amnistía e Indulto”, Revista de Ciencias Penales, 2ª época, tomo 13 y 14, 1953-1954, págs. 1-34

⁶³ **MARTEL**, Alamiro de Ávila, “Esquema del Derecho Penal Indiano”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 1941, pág. 49.

⁶⁴ **MERKEL**, Adolf, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial B. de F, Buenos Aires, 2004, págs. 258-260.

forma al Estado, tomando una decisión política en cierto sentido que trae aparejada una ley relacionada con estas instituciones con un objetivo concreto que, en el caso del terrorismo son para intentar desarticular bandas armadas y desincentivar los actos terroristas. En otros casos, surgen para dejar en impunidad ciertos actos por decisión estatal.

El Derecho Penal Premial nace a raíz de ciertas legislaciones de emergencia que surgen en Italia a partir de la década del 70, especialmente para desarticular a organizaciones terroristas, teniendo estas legislaciones distintas fases. En un primer momento a través de leyes especiales se aumentaron las atribuciones de las policías pudiendo éstas actuar en una fase anterior a la judicial justificando su accionar en una *“razón de estado y de emergencia como zona exenta de estorbos garantistas”*. Éstas primeras medidas resultaron absolutamente inútiles en la lucha contra el terrorismo y tuvieron como único efecto el de acentuar la capacidad de invasión policial en la jurisdicción y en la vida de los ciudadanos⁶⁵. Una segunda fase de esta legislación de emergencia consiste en la dictación de una ley antiterrorista especial y un derecho político de excepción que nace a finales del año 1979 en Italia, específicamente se promulga la ley sobre “arrepentidos” o los “pentiti” en el año 1982. La tercera fase de la legislación de emergencia es el derecho penal diferenciado, que ha continuado hasta nuestros días y que se refiere a dejar algunas materias fuera del Código Penal, en una legislación especial, que en un comienzo fue sólo para los delitos de terrorismo en Italia y que luego se amplió al tratamiento de la mafia, la camorra, el tráfico internacional de drogas y armas, la alta delincuencia económica y financiera, la corrupción política, financiera y administrativa⁶⁶.

Es claro que el mismo concepto de “Derecho Penal Premial” es un tanto confuso⁶⁷ ya que estamos refiriéndonos a un contexto del derecho penal, donde una base de éste es la sanción y la pena aplicada por el ius puniendi estatal y al mismo tiempo nos referimos al “premio” o recompensa dentro de un derecho público y que busca la “pena” por distintas razones sociales.

Específicamente como concepto de Derecho Premial debemos entender⁶⁸ aquel fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, viene aplicado un premio consistente en una despenalización. 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.

Como común denominador de estos dos conceptos tenemos que en ambos es el Estado, titular del “ius puniendi” quien renuncia al ejercicio legítimo de éste en determinados casos particulares, después de haberse probado por un órgano jurisdiccional la comisión

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, 2001, pág. 818.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, 2001, pág. 819.

⁶⁷ COPELLO, Mario Alberto, “La Sanción y el Premio en el Derecho”, Edit. Losada, S.A., Buenos Aires, 1945, págs 31 – 70. En este libro existe un exhaustivo análisis crítico de ciertos autores que consideran que el derecho tiene sanciones y dentro de ellas existen además sanciones premiales, como por ejemplo Maggiore, Guiseppe (“Principi di diritto penale, tomo I, pp 347 y 348, cit. Por el autor) señala que *“La figura típica de la sanción, consiste, es verdad, en la amenaza de un mal, pues el legislador se ocupa más de los efectos de la transgresión que de la observancia del orden jurídico. Pero no puede negarse el carácter de sanción, por otra parte, a la recompensa correspondiente a una obra buena. En tal sentido, al lado del Derecho Penal, se habla de un Derecho Premial”*.

⁶⁸ RESTA, Eligio, “ Il diritto penale premiale : Nuove etragie di controllo sociale”, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España”. (2 vols.). Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2001, sin publicar, pág 941.

del delito, aunque en algunos casos de gracia, como la amnistía, a veces se aplica antes de terminar con la investigación. Ambas instituciones surgen por hechos concretos que hacen reaccionar al Estado desde un punto de vista utilitarista y tomando una decisión política determinada para desincentivar ciertas conductas o para olvidar algunos hechos del pasado simbolizando así una supuesta “paz social”. Una de las diferencias entre ambas instituciones es que en el Derecho Penal Premial existe un actuar del sujeto que va a ser beneficiado, se requiere su colaboración con el aparato estatal, por el contrario, en el Derecho de Gracia existe una decisión unilateral del Estado de aplicar el beneficio sin la existencia de una colaboración de parte del beneficiado.

2.1 Evolución Histórica del Derecho de Gracia y Penal Premial.-

Para analizar luego las instituciones que conforman a estos dos tipos de derechos, debemos buscar su fuente, y para eso realizaremos una breve evolución histórica del derecho de gracia y el premial desde el comienzo de nuestras civilizaciones hasta cercanos a nuestros días para así ya en el segundo capítulo de esta obra analizar detalladamente algunas de sus manifestaciones.

Ya en la civilización Suméria y en el antiguo Egipto, existieron ciertos antecedentes del derecho de Gracia que en general estaban concedidos a los soberanos pontífices junto con el poder de gobernar.⁶⁹

Otros antecedentes han sido rastreados en los libros sagrados de la India, donde la gracia también era un atributo de la delegación divina que legitimaba el poder. El soberano podía modificar las sentencias de condena y el ejercicio concreto de tal facultad constituía un acto religioso que purificaba al monarca.⁷⁰

Luego, dentro de los orígenes de la civilización occidental nos remontamos a Grecia y su conflicto con Esparta en la Guerra del Peloponeso que terminó con la derrota de Atenas.

La Esparta vencedora se impuso a Atenas y venció la tiranía, que fue ejercida por 30 individuos (“El gobierno de los 30 tiranos”) ⁷¹.

Esparta dictó una ley de clemencia que prohibía molestar a los insurgentes. Así nace el primer germen de amnistía, voz que deriva de la palabra griega “amnesis”: “a” que significa privación y “mnesis”, que significa recuerdo, o sea, privación de recuerdo, es decir, “olvido”.

⁶⁹ GALVEZ VALENZUELA, Juan Ramón, “El Derecho de Gracia”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1984, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, págs 5-6. Este trabajo señala que en la civilización suméria en el tercer milenio A.J., el soberano – pontífice de la ciudad era el primer magistrado y gobernaba en virtud del poder de los dioses; así encontramos que un ladrón de ganado, condenado a la pena de amputación de sus manos, pidió clemencia al rey y le fue concedida, cambiándose la pena a una indemnización en dinero. En Egipto los procedimientos judiciales no llegaban al Faraón directamente, sino que en una especie de revisión de lo obrado por sus magistrados; podría cambiar las sentencias impuestas si encontraba motivo para la clemencia e incluso, podría de tiempo en tiempo rever las condenas ya firmes anteriores y modificarlas o extinguirlas.

⁷⁰ MANAVA, Drama – Zastra, o libro de la leyes de Manú, trad. Del Sánscrito por José Alemany Bolufer, libro IX, n°s 233 y 334, citado por FIERRO, Guillermo, “ Amnistía, indulto y conmutación de penas”, Edit. Hamurabi. Bs. As, 1999, págs. 45-96, cita pág.46.

⁷¹ FONTECILLA RIQUELME, Rafael, “Amnistía e Indulto”, Revista de Ciencias Penales 2ª época, Tomo 13 y 14, 1953 – 1954, pág.1-34, “El general griego, Trasíbulo empuñó el cetro de la rebeldía que culminó con la expulsión de los 30 tiranos en el poder. Pero el problema era ¿Cómo conciliar la violación del derecho con la libertad, obtenida precisamente mediante la infracción de la ley penal (desde ahí comienza el dilema)”.

En el Derecho romano⁷², únicamente por vía legislativa era posible anular una acusación ya interpuesta. Desde fines del siglo I aparece un acto legislativo especial que se lleva a cabo preferentemente por medio de senado - consultos y, en algunas ocasiones, a través de constituciones imperiales de “anulación general”, *abolitio generalis pública*, motivada en un principio por especiales acontecimientos felices y, luego, regularmente en ocasión de las fiestas o pascuas anuales.

En el Imperio, el derecho de gracia se concentró en manos del emperador, y se expresaba de diferentes formas, principalmente como la *abolitio* y también en la *indulgencia*. La primera tenía lugar cuando se abolía la acusación tomando en cuenta también el interés del acusador, la segunda, llamada asimismo *venia*, cuando se aplicaba en forma general a los que todavía no habían sido condenados, se la denominó como *amnistía y venia specialis*, si su destinatario era una persona determinada. Cuando ella tenía lugar después de haber sido juzgado y condenado en base a la acusación, se le daba el nombre de *in integrum restitutio* la cual extinguía la pena sin quitar la infamia del delito.

Después, Casio Bruto y un grupo de seguidores decidió dar muerte al dictador “Julio Cesar” en una sesión del senado y para borrar los males de la dictadura y el mismo asesinato, Cicerón, siguiendo a los Griegos introdujo la Ley de Amnistía.

Con todo, ya desde antiguo en el Derecho Romano, como medio de extinguir la responsabilidad” se encuentra la “PROVOCATIO AD POPULUM”. Era una Gracia que anulaba total o parcialmente la pena. Se ejercía por el pueblo en los comicios; y los jueces cuando dictaban la sentencia, permitían al condenado que implorara la gracia de la Asamblea. El juez penal se encontraba obligado a conceder a los procesados que solicitaran la provocatio, y, mediante ella, no se anulaba la sentencia penal dictada, sino que se suspendía su ejecución y, si la ciudadanía no estaba conforme con la resolución, recién entonces el pronunciamiento del magistrado quedaba abolido. Solamente el ciudadano romano hombre podía interponer la provocatio, siempre contra sentencias dictadas en juicios públicos y contra todo tipo de penas. Debe quedar en claro que los comicios no eran convocados para volver a juzgar al imputado, no estando permitido variar o agravar la pena impuesta.

Durante la República, aparece la “restitutio in integrum” y la “restitutionem demnatorum” que eran leyes que se votaban en los comicios a propuestas de cualquier persona que fuera ciudadano de Roma para extinguir la acción penal en un caso y la pena en el otro⁷³.

En el Imperio estas instituciones adquieren formas más precisas como la “indulgencia specialis”, “la indulgencia generalis o comunis y la pública o “generalis abolitio” que corresponden, respectivamente a la gracia, al indulto y a la amnistía de los tiempos modernos. Con todo, estas instituciones no fueron muy utilizadas, pues sentían un respeto máximo por la estabilidad del orden jurídico.

Caído el Imperio Romano, los pueblos bárbaros no respetaron el derecho creado por sus antecesores, deformándolo progresivamente. Los Reyes se apoderaron de la facultad de juzgar. Sin embargo, no podían otorgar la gracia del culpable de delitos contra los particulares sin el consentimiento del ofendido, requisito que se mantuvo durante el gobierno de Carlo Magno.

⁷² **MOMSEN**, *El Derecho penal romano*, trad. Del alemán por Pedro Dorado, T.I, p.434, citado por FIERRO, Guillermo, “Amnistía, Indulto y conmutación de penas”, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 47.

⁷³ Los tribunos pedían por la “intercessio” que se suspendiera la ejecución de la pena o del proceso.

En la Edad Media, el Derecho de Gracia correspondía a los señores feudales y a los Municipios y en las Monarquías absolutas al Príncipe.

En el derecho español antiguo, con la legislación visigoda y en especial con el Fuero Juzgo, que reconocía influencia romana⁷⁴, se le facultaba al rey conceder gracia al culpable, más con el consentimiento de los obispos, de los sacerdotes y de los grandes del palacio y en causas en las que no estuviera involucrado el reino. Por su parte, el Fuero Real establecía el poder del monarca para perdonar los delitos en ocasión de acontecimientos festivos. *Las Partidas* definían la gracia como la remisión que se concede a un delincuente, librándolo de la pena que habría merecido⁷⁵. El derecho español antiguo requería que la gracia, cuando era individualmente otorgada, no sólo debía concederse a quien había sido ya condenado, sino también que el favorecido estuviera preso.

Durante el período colonial, mediante las reales cédulas de Felipe II, emitidas en 1588, y de Felipe III, de junio de 1614, se fijaron las facultades concedidas a los virreyes (cuya figura representaba la personificación del rey en América) entre las que resaltan las de *perdonar los delitos cometidos en sus jurisdicciones*. Por su parte, en las Leyes de India los virreyes del Perú y de la Nueva España gozaban de semejantes atribuciones, pero con respecto al Virreinato del Río de la Plata ellas recién les fueron conferidas a fines del siglo XVIII, debiéndose destacar, que en asuntos de justicia el Virrey sólo tiene la facultad de conmutar penas y perdonar multas, cuando así lo considere equitativo.

Por su parte, en los Estados Pontificios, la facultad de clemencia podía ser legítimamente concedida por los “podestà” (alcaldes) o por los gobernadores; en tanto ella fuera concedida en forma individual. Hay que tener presente que en el derecho intermedio no existe una distinción clara entre la amnistía, el indulto y la gracia y las tres figuras a menudo se confunden entre sí, conociéndose, sin embargo, la diferencia que existe entre la clemencia que extingue el delito (acción) y aquella que extingue la pena.⁷⁶

En el antiguo Derecho francés existían las “lettres d’abolition general” que correspondían a la amnistía y las “lettres de’abolition individuelle” que se aplicaban a favor de un solo individuo; pero se hizo tal abuso de ellas que la Ordenanza de 1670⁷⁷ las anuló. La Asamblea Constituyente las suprimió, pero dejó en vigencia la amnistía.

La institución de la amnistía en el Derecho Intermedio Francés vuelve a manos de las Asambleas Legislativas. Bajo los poderes monárquicos que precedieron a la República de 1848, correspondía al poder ejecutivo. Y fue en la constitución de 1848 donde por primera vez se organizó esta institución, en su artículo 55 decidió que la amnistía debía ser acordada sólo por una ley, pero el Senado consultó en diciembre de 1852 y, por el contrario, atribuyó esta facultad al emperador.

⁷⁴ Hubo en esta materia alguna suerte de transacción entre la legislación romana y la germánica.

⁷⁵ La ley 3ª, título 32, Partida 7ª, clasifica las tres modalidades de la gracia en : misericordia, merced y gracia propiamente dicha pero, en todos los casos, esa prerrogativa era siempre real, citado por **FIERRO**, Guillermo J, “Amnistía, Indulto y conmutación de penas”, Edit. Hamurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 52

⁷⁶ **FIERRO**, Guillermo, “Amnistía, Indulto y conmutación de penas”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999, p. 55.

⁷⁷ **FIERRO**, Guillermo, 1999, págs. 57- 59. En esta época resulta incuestionable que el derecho de gracia era genérico y abarcaba todas las cartas emanadas del soberano y las especies eran muy numerosas, todas las cuales fueron enumeradas en la referida Ordenanza de 1670, distinguiéndose entre ellas dos clases principales: a) Las que se pronunciaban existiendo una condena y estaban destinadas a paralizar sus efectos. b) Las que paralizaban todo el procedimiento y borraban hasta la existencia del delito.

Por último se promulga la ley constitucional de febrero de 1875 que señalaba que correspondía al Presidente de la República el Derecho de Gracia (que equivale al indulto nuestro y que las amnistías no podían ser acordadas sino por una ley).

También el indulto fue ampliamente desarrollado en la doctrina de la Iglesia Católica que según la opinión de Santo Tomás de Aquino correspondía a un acto de justicia⁷⁸.

Desde el punto de vista específico del derecho canónico, el indulto es la facultad concedida por el romano Pontífice a algunas comunidades o personas de distinción para hacer o conseguir alguna cosa a que no se puede aspirar por las disposiciones de la disciplina general. Como todo privilegio debía interpretarse del modo más restringido, cumpliéndose además todas las condiciones que en él se exigían para su cumplimiento.

Sin embargo, existían tantos “emisarios del Papa” que podían otorgar indultos que finalmente produjo un descrédito de esta institución, suprimiéndose su uso promiscuo por el Concordato de 1753 que la concedía solo a favor del Pontífice⁷⁹.

En el derecho angloamericano, el derecho de gracia encontró apoyo en la opinión de filósofos como Locke, quien sostuvo que: *“un hombre puede caer bajo el peso de la ley, que no distingue a las personas, por haber realizado una acción que no merece sino perdón, e incluso recompensa. Conviene, pues, en muchos casos mitigar la severidad de la ley y perdonar algunas transgresiones; pues siendo como es el “fin del gobierno” la salvaguarda de todos, siempre que ello sea posible, incluso el culpable merece perdón, siempre que se demuestre que con ello no se causa un perjuicio al inocente. A esta facultad de actuar a discreción, con vistas al bien público, sin contar con la prescripción de la ley y, a veces incluso contra ella, es a lo que denominamos “prerrogativa”*⁸⁰.

Hasta 1670 este privilegio real podía ejercerse antes de la condena, utilizándolo como una forma de proteger al imputado y sustraerlo de la investigación y el juzgamiento⁸¹.

EEUU en 1787, sancionó la Constitución de ese país la cual, en su artículo II, Secc.I, parte primera, disponía que: *“ el Presidente tendrá el poder para acordar la suspensión de los castigos y perdones por delitos contra los Estados Unidos, excepto en el caso de juicio político”* (recordemos que en Francia era específicamente en el caso de un delito político en donde podían surgir estas instituciones).

⁷⁸ **TOMÁS DE AQUINO**, “Suma de Teología”, vol II, 3ª edición, editorial B.A.C (Biblioteca de Autores Cristianos), Tratado de la Gracia, 1997, págs. 901-972, pág específica 947. Para quien acontece muchas veces que algo, cuya observación es útil en la generalidad de los casos, es nocivo en gran manera en alguno de ellos, porque el legislador no puede prever o adivinar todos los casos que propone la ley, según aquello que en la mayor parte de ellos acontece. La condonación de la pena es, por tanto, a veces un acto de justicia.

⁷⁹ **MANZINI**, Vincenzo, “ Tratado de Derecho Penal”, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo V, primera parte “Teorías generales”, vol. V, Editorial Ediar S.A Editores, Buenos aires, 1950, pág 29.

⁸⁰ **LOCKE**, John, “Dos ensayos sobre el gobierno civil”, traducción Francisco Jiménez Gracia, Editorial Espasa Calpe, S.A, Madrid, Segunda edición, 1997, p.323.

⁸¹ **MACAULAY**, “Historia de la revolución de Inglaterra”, Tomo I, p.324, citado por FIERRO, Guillermo, “Amnistía, Indulto y conmutación de penas”, 1999, cita nº 30 de pág, 64. Cabe agregar que en Inglaterra se podían poner de relieve dos reglas excepcionales sobre la materia. La primera era que el poder de perdonar que tenía la Corona, si bien era casi universal, no era absoluto, porque según el English Common Law un acto público lesivo todavía en vigor no podía ser perdonado por el soberano, estándole vedado al monarca perdonar a quienes todavía no habían sido condenados y la segunda regla tenía su origen en virtud de lo dispuesto por la Habeas Corpus Act, y ella consistía en la imposibilidad de beneficiar con la gracia a quien ilícitamente hubiere mandado a una persona para que sea indebidamente encarcelado fuera de Inglaterra.

EEUU es uno de los precursores de todo tipo de negociación y mediación dentro de los procesos, incluyendo los procesos penales. La institución se conoce como “plea bargaining” en donde es posible negociar entre el fiscal, que representa a la víctima, y el imputado, representado por su defensor.

En Chile, el nuevo código procesal penal contiene algunas instituciones negociadoras que son inspiradas en el sistema norteamericano. La más paradigmática de negociación son los acuerdos reparatorios en donde, eso sí, es la víctima quien negocia con el imputado y el juez de garantía aprueba o rechaza el acuerdo, éste está regulado expresamente en los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal, sin embargo no se podría señalar que esta institución corresponda a una medida de Gracia ni se incorpore dentro del Derecho Penal Premial, porque la esfera de negociación la tiene la víctima con el imputado. Una incorporación del Derecho Penal Premial en nuestro nuevo ordenamiento Procesal Penal, en nuestra opinión, sí se puede apreciar en el Procedimiento Simplificado (artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal), en este procedimiento especial existe la posibilidad de preguntarle al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento (artículo 395 del CPP). En el caso que admita su responsabilidad y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión, los cuales se harán constar en la sentencia. Consideramos que nos encontramos ante una institución Premial porque es el Estado quien decide, en virtud de la legislación, premiarlo con una pena menor a la que le correspondería por el delito señalado en el caso que el imputado admita responsabilidad, lo cual se podría asimilar al caso de los arrepentidos, eso si sin necesidad de que quien admita su responsabilidad además señale que se encuentra arrepentido de su actuar.

El objetivo de la negociación desde el punto de vista del sistema, es ser capaz de procesar la mayor cantidad de casos con el menor costo posible, con respeto de las garantías y las condiciones de validez del sistema.⁸²

Con respecto a esto último se critican estas instituciones, porque se dice que los criterios de eficiencia económica están dominando el sistema criminal americano (que repercute en todo el mundo) y con ello se ha producido un debilitamiento de las garantías del imputado, partiendo por la garantía de ser juzgado en un juicio público y por sus pares⁸³.

Story, por el contrario⁸⁴, expresa que “el derecho de perdonar no es sino la consecuencia necesaria que lleva ínsita la facultad de castigar y tiene por finalidad impedir que el acusado resulte víctima de los errores humanos en que pueden incurrir los jurados, jueces o testigos y, que esa prerrogativa no es incompatible con los principios del régimen popular y democrático siendo, por el contrario, oportuna y conveniente, sobre todo en un Estado libre donde el poder se ejerce bajo una responsabilidad que regula su ejercicio”.

⁸² **COX**, Francisco, “Negociación en el nuevo proceso penal”, AAVV, Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 2002, págs. 133 – 160, p.135

⁸³ **COX**, Francisco, 2002, pág. 135.

⁸⁴ **STORY**, “Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos”, 4ª ed., t.III, p.39, citado por **FIERRO**, Guillermo, 1999, pág. 66. Dicho derecho de gracia, además de posibilitar las enmiendas a los errores, puede manifestarse de dos formas principales. Por un lado, satisfaciendo un elevado interés legítimo, que tienda a apaciguar los ánimos luego de graves conmociones internas, siendo por ello necesario echar un manto de olvido sobre determinadas acciones y, a su vez, que comprendan a una generalidad de infractores. Por el otro, puede suceder que en una determinada época se considere una necesidad de justicia la de mitigar ciertos rigorismos excesivos que tornen injusta a una particular condena impuesta y, por ende, se la remite o perdona en su totalidad. En este caso se contempla el interés legítimo del individuo afectado.

Como común denominador de lo señalado anteriormente, nos damos cuenta que las instituciones de Gracia y de Derecho Penal Premial han surgido en especial de manos de las personas que tienen el poder soberano (en un principio reyes o emperadores y luego el mismo pueblo o sus representantes) quienes deciden, generalmente luego de un conflicto armado, otorgar un tipo de gracia o negociación con los responsables de algún delito. En momentos en que existía mayor legitimidad de los gobernantes, estas instituciones sólo podían surgir a través de una ley dictada específicamente al efecto. Estas instituciones existen desde los primeros tiempos y todavía tienen vigencia entre nosotros, generando discusiones doctrinarias en torno a ellas.

2.2 Naturaleza jurídica de las instituciones de Gracia y Premiales.-

La evolución histórica nos demuestra que han existido a través de los tiempos innumerables legislaciones de emergencia y situaciones que han llevado al Estado a renunciar al ius puniendi y dar, en cambio, un beneficio a personas que han cometido ciertos ilícitos. Si esto ha sido así, ¿Por qué seguimos impresionándonos al legislar sobre premios?. ¿Se requiere legislar e inventar nuevas leyes especiales o simplemente se pueden aplicar las reglas generales?

En opinión de Muñoz Conde⁸⁵, en nuestros códigos existen normas que tienen implícitas estos beneficios, como cuando se expresan la extinción de la responsabilidad o en las atenuantes de responsabilidad y también la legislación de tentativa y desistimiento. Además siempre se ha valorado positivamente el que un sujeto que ha comenzado una actitud delictiva y que, aún no la ha consumado, desista voluntariamente de esa consumación.

Y que existan estas legislaciones dentro de los códigos en sus partes generales a nadie le llama especialmente la atención, y es algo perfectamente asumido en la historia de la Codificación Penal occidental.

Y, ¿por qué?, es fácil de entender, incluso con un refrán que dice “ a enemigo que huye, puente de plata”; porque el utilitarismo que, en definitiva, persigue el legislador por encima del sentido retribucionista o expiacionista de la pena, se lleva a decir “ se prefiere evitar el mal mayor, se prefiere evitar la consumación de un delito que, a veces implica la lesión irreversible de un bien jurídico”. Por lo tanto, es una razón fundamentalmente utilitarista de carácter preventivo, general y especial, la que en el fondo ha llevado al legislador a introducir instituciones como el desistimiento y también el arrepentimiento, en la medida en que el desistir suponga que el sujeto se arrepiente de lo ya realizado y quiera evitar la consumación de lo que pretendía originariamente realizar.

Lo anterior indica que el derecho penal no es puramente retributivo de algo ya malo realizado, sino también prevención de algo más malo que puede realizarse en el futuro, y que con la impunidad se puede, de algún modo, obtener esa evitación de la consumación del mal ya, de la lesión que pueda evitar la destrucción del bien jurídico, entonces el legislador puede conceder la impunidad.

Sin embargo, razones coyunturales, en ámbitos más específicos, han determinado también en la Codificación decimonónica la existencia de algunos preceptos penales dirigidos directamente a conceder impunidad, o a atenuar la pena en situaciones en las que,

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, M. “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, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, págs. 143 – 155.

razones políticas fundamentalmente llevaban al legislador a premiar, a buscar un motivo en el delincuente para que no consumara el delito o para que, incluso, habiéndolo consumado, evitara los efectos negativos del mismo, concediéndole a cambio la impunidad o atenuación.

Hasta ahí todo parece correcto, y entramos dentro, una vez más, de una confirmación que sirve para relativizar una concepción puramente retribucionista del Derecho Penal, producto de una visión casi teleológica del mismo, y que en la teoría kantiana y hegeliana de la pena lleva forzosamente a la conclusión de que el delito, en todo momento y en todo lugar, siempre debe ser castigado. Incluso, como decía Kant en su famoso ejemplo de la isla, y el último delincuente, el último asesino que quedara todavía en sus cárceles tendría que ser ejecutado, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos, porque ningún delito puede quedar impune. Pero a pesar de esta visión casi metafísica del Derecho Penal, la realidad es que, por una u otra razón, el legislador negocia, el legislador democrático más que ningún otro, y en algunos casos se permite eximir de pena, incluso por delitos muy graves a cambio de conseguir más beneficios que perjuicios con esa impunidad, siempre que de todas formas los propósitos últimos del delincuente no se consigan, evitando así un mal mayor para la sociedad.

Existen mayores problemas cuando se legisla la impunidad sin ninguna contraprestación del imputado, como simple “olvido”, fundamentándose en políticas generalmente de unión pero que llevan a resentimiento y frustración de encontrar la justicia que es improbable que produzca mayor beneficio que saber la verdad y condenar a los culpables, al menos con una sentencia simbólica, pero dejando en claro que esos delitos son despreciables.

Naturalmente que esta prevención de la delincuencia y en este caso del terrorismo, tiene que tener una serie de requisitos sin los cuales el Derecho Penal más que un instrumento de prevención se convierte en puro oportunismo político.

Ahora, la utilidad social naturalmente no puede caer en utilitarismos que destruyan todo el sistema de garantías y de derechos humanos fundamentales⁸⁶.

En conclusión de lo que expresaba Muñoz Conde, se puede señalar que él reconoce y justifica estas instituciones desde una visión utilitarista y política pero ve como límite los derechos fundamentales, al igual que Bustos Ramírez. Este último teme eso sí que se legisle solamente pensando en un oportunismo político y no pensando en lo más conveniente para el derecho penal.

Carrara defiende la institución del Derecho de Gracia viéndolo como natural e implícito en que, como el Estado tiene la facultad de castigar, también tenga incorporado la facultad de premiar y de perdonar delitos, más si el fin último del castigo es el bien social⁸⁷ y puede ser que la aplicación del rigor ordinario de la pena en un caso dado le producen a la sociedad un daño mayor que el que resultaría de dejar impune o de castigar con menor severidad al reo. Para Carrara, la pena se funda en la “tutela jurídica” y en ella siempre existe implícito un cálculo comparativo entre el mal mayor y el mal menor. Su fin inmediato se encuentra en el “restablecimiento del orden” y, cuando por razones humanas no puede lograrse un orden completo, debe tenerse siempre presente que “el orden consiste en el menor desorden”. Por ello, el bien mayor de la sociedad puede ser causa valedera para apartarse del extremo

⁸⁶ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan, “Seminario Reformas Penales en 1992” en AAVV, Revista de Derecho y Humanidades, U. De Chile, Año II – nº 3 y 4, 1993, pp 101 – 141, tomo XVI, específicamente, págs 119 – 120.

⁸⁷ **CARRARA**, Francesco. “Programa de derecho criminal”, Parte General, vol II, cap. X, editorial Depalma, Bs.As, 1944, pág.79.

rigor de la justicia. Puede haber causas “políticas” para “disminuir la pena”, pero no pueden admitirse para “aumentarla”⁸⁸.

Merkel⁸⁹ considera que el derecho de gracia tiene por finalidad primera la de suavizar los rigores que resulten de la aplicación del derecho vigente y corregir ciertos malos resultados provenientes de los defectos de las leyes y, en segundo término, le corresponde la misión de poner en armonía la eficacia de la justicia penal con el conjunto de intereses y funciones del Estado. Es evidente que muchos autores de la época, como el citado, buscan a través del ejercicio de la gracia lograr una flexibilización para el sistema penal que la rigidez y el rigorismo de la época, en la mayor parte de los países con un régimen de penas fijas, no contemplaban y que luego se obtiene a través de otras instituciones más adecuadas, tal como la libertad condicional y la condena de ejecución condicional.

La institución del derecho de gracia no goza de general aceptación en la doctrina. Desde antiguo, los escritores de la época de las luces, desde Beccaria y Filangieri, hasta Kant y Feuerbach, combatieron la gracia vivamente, pero sin obtener resultado alguno.⁹⁰

En nuestros días se considera que en un Estado de Derecho un reconocimiento del mismo tiene que ser cuestionado, pues aquél se legitima por una aplicación igual de la ley frente a cualquiera, y ya no puede justificarse, como en tiempos pasados, como un destello de la gracia divina o como un aspecto del carisma del soberano. Según Cobo / Vives⁹¹ “la amnistía y el indulto general no son más que expresión de la “mala conciencia en la legislación y justicia penales” y en ese sentido, constituyen la más flagrante negación del Derecho Penal vigente, pues, por lo general, es la propia ley la que desempeña esa función negadora.

Esta acertada opinión debe ser compartida sin duda, con respecto a la amnistía y a los indultos generales. Opinión diferente merece, en cambio, la cuestión de la admisibilidad del derecho de gracia a través del indulto particular.

El reconocimiento y la admisión de la institución del indulto particular es necesario en el Estado de Derecho, en el que debe ponerse al servicio de muy distintas y elevadas finalidades. El instituto del indulto particular encuentra su fundamento en razones de justicia, constitucionalmente garantizadas, de equidad y de utilidad y necesidad político – criminales. Los fundamentos de justicia entroncan directamente con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, por un lado, y la medida de la pena por el otro, a fin de corregir la desproporción y la severidad de la pena legalmente establecida con carácter general en el caso individual.

No hay que olvidar, por otro lado, que la institución de la gracia de indulto, por otra parte, se inspira también en el principio de humanidad. Los fundamentos de política criminal tienen como referencia sobre todo las diversas dimensiones del principio de necesidad de la

⁸⁸ **CARRARA**, Francesco. “Programa de derecho criminal”, Parte General, vol II, cap. X, editorial Depalma, Bs.As, 1944, pág. 79. *La política nunca puede vencer a la justicia con el fin de castigar más, pero sí puede vencerla con el fin de castigar menos, ya que la justicia abstracta deja de ser justicia social cuando ocasiona desorden...*”.

⁸⁹ **MERKEL**, Adolf. “Derecho Penal. Parte General”, Editorial B. De F, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 356.

⁹⁰ **VON LISZT**, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, traducido de la 20ª edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid) y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, profesor de estudios superiores de Derecho Penal y antropología criminal U de Madrid, tomo 3º, 2ª edición, Madrid, editorial Reus (S.A), 1929, pág. 398.

⁹¹ **COBO/VIVES**, Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1990, 3ª Edición p.241, citado por CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 322.

pena, destacando respecto a ésta especialmente el aspecto de la innecesariedad de la pena frente a personas rehabilitadas, así como la ponderación del conflicto que tiene lugar entre el interés del Estado en la ejecución de la pena y el interés también de la sociedad, en que dicha ejecución no produzca más perjuicios que beneficios⁹². Por otro lado, la posibilidad de concreción de un indulto particular y parcial durante la ejecución de la pena puede ser un instrumento adecuado y eficaz para la resocialización del penado, configurándolo como beneficio penitenciario de posible obtención durante la ejecución de la pena privativa de libertad. Lo anterior se tratará más específicamente más adelante, cuando se trate el tema del indulto y también cuando se traten las críticas y diversas opiniones sobre estas instituciones en el capítulo III.

Hay autores que concuerdan con la existencia de una fundamentación, del derecho de gracia y premial, de índole utilitarista pero agregándole otra que es, 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 social⁹³.

Según la opinión de Cuerda Arnau⁹⁴ desde la perspectiva de la prevención general no hay inconveniente en atenuar la responsabilidad de quien ha contrarrestado, al menos en parte, el mal que su actuar precedente produjo, porque en estos casos, el efecto inhibitorio de la pena no se ve perjudicado, desde el momento que el sujeto, aunque atenuada, sufre una pena y porque aún pudiera decirse que el hecho de que en tales supuestos la norma prevea la atenuación de la responsabilidad no hace sino producir un efecto positivo sobre el sentimiento jurídico de la comunidad.

Incluso cuando en un supuesto concreto quedara excluida de antemano la finalidad de prevención especial, ello no legitima que se prescinda en todo caso de la punición si ello contraviene claros intereses de prevención general⁹⁵. El comportamiento post- delictivo sí debe tener relevancia en orden a la determinación de la pena.⁹⁶

⁹² **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, José L. “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 30, 1986, pp. 559 – 602, pág específica 563.

⁹³ **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, “Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España”. (2 vols.). Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, España, 2001, sin publicar, pág 945. También **CUERDA ARNAU**. M^aLuisa; “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pág 324.

⁹⁴ **CUERDA ARNAU**, M^aLuisa; 1995, pág 324.

⁹⁵ **ROXIN**, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal” en “Problemas Básicos del Derecho Penal”, Edit. REUS S.A., Madrid, 1976, pág.32, citado por **CUERDA ARNAU**, M^a Luisa, 1995, pág. 337. “Si en los procesos contra asesinos nacionalsocialistas se prescindiera de la pena porque es obvio que ya no son peligrosos, con ello “El Estado estaría despreciando la garantía de vida de su ordenamiento jurídico, y cada futuro asesino podía ampararse en que si a esos otros no se les castiga, del mismo modo y en justicia, el tiene que escapar a la pena. Una protección que sólo se otorga según las circunstancias, ya no es una garantía jurídica, sino ejercicio de la arbitrariedad por parte del Estado”. Se trata aquí de una razón de prevención general, aunque ciertamente tampoco se puede entender aquí este concepto en el sentido de mera intimidación, sino que hay que añadirle la significación más amplia, de salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la comunidad.

⁹⁶ **ROXIN**, Claus, “Prevención y determinación de la pena”, traducción de Muñoz Conde, Cuadernos de Política Criminal, 1979, págs. 71 y 72.

No hay que desestimar la merma que la causa de remisión total de la pena puede producir en el efecto intimidatorio al reducir la certeza de la sanción. Si es cierto⁹⁷ que uno de los factores que más aumenta la capacidad inhibitoria de la pena es la certeza de que ésta será aplicada y no tanto la mayor gravedad de la misma, resulta que nuestro legislador ha optado, precisamente por el camino opuesto: aumenta las penas previstas para los casos de terrorismo e introduce, paralelamente, causas de remisión.

Contrariamente podría alegarse que la utilización de este tipo de técnicas, en especial el arrepentimiento eficaz, refuerza el aspecto intimidatorio de la prevención general, por los efectos perturbadores que introduce en las organizaciones al sembrar la desconfianza entre sus miembros. Sin embargo, la prudencia aconseja contemplar esta afirmación con cierto escepticismo, porque de lo que se habla es de una organización terrorista, cuyos integrantes están unidos por vínculos ideológicos muy concretos y, en cualquier caso, radicalmente enfrentados a los que encarna el aparato estatal. De modo que bien pudiera suceder que instrumentos de este tipo lejos de desunir a aquellos sujetos los uniera en mayor manera mediante lo que se calificaría como un acto más de amenaza proveniente del poder constituido o, incluso, como un símbolo de la debilidad de éste. Lo cual podría reforzar la confianza del grupo en alcanzar sus objetivos⁹⁸.

También desde la perspectiva de la prevención general integradora, es posible y conveniente atenuar la responsabilidad del sujeto que lleva a cabo comportamientos que la comunidad valora positivamente. Tal proceder legislativo contribuye a estimular la confianza en el propio ordenamiento, efecto que no debe ser desatendido por cuanto “un derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo”⁹⁹.

Desde perspectivas que asignan a la pena una función de mantener y aún crear la confianza en el derecho, o, como dice Jakobs, para afirmar la vigencia de la norma¹⁰⁰, lo lógico sería, en la opinión de Cuerda Arnau¹⁰¹, admitir que aquella debe satisfacer la idea que del castigo justo se tenga en una comunidad concreta, porque de no ser así, la norma no se estabilizaría y, consiguientemente se perdería la confianza en el ordenamiento. Sobre esta base, habría que admitirse que la pena vendrá determinada, en primer lugar, por las exigencias sociales para mantener la confianza en el Derecho, con independencia de que tales exigencias puedan superar en algunos casos lo requerido por la simple intimidación.

⁹⁷ Schumann/Beritz/Guth/Kaulitzki, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, Neuwied-Darmstadt, 1987, cit. Por **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús-María, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Barcelona 1992, nota 163, p. 219.

⁹⁸ **HOBBS**, Thomas, *Leviatán*, cap. XXVIII (Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sareto), Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, pág. 261. Decía que “El beneficio que un soberano concede a un súbdito por miedo a algún poder o facultad que éste tiene y que puede causar daño al Estado se trata más bien de un sacrificio que el soberano hace para aplacar el descontento de alguien a quien juzga más poderoso que a él mismo; y al actuar así, no está dando estímulo para que se le preste obediencia, sino que, por el contrario, está dando ocasión a que continúe y aumente la extorsión”. *Leviatán*, cap. XXVIII (Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sareto), Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, pág. 261.

⁹⁹ **MIR PUIG**, Santiago. “El derecho penal en el Estado Social y Democrático de derecho”. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág.130.

¹⁰⁰ **JAKOBS**, Günther. “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes Jurídicos o la vigencia de la norma?”, traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) Ediciones Jurídicas Cuyo 2001, pp.55 – 62.

¹⁰¹ **CUERDA ARNAU**, M^a Luisa; 1995, pág. 343.

Según Cuerda Arnau¹⁰², cuando en su texto analiza la causa de remisión de la pena, señala que el legislador ha partido de un peculiar entendimiento de la llamada “función promocional del Derecho Penal” que, según Bricola, consiste en estimular al sujeto a la realización del comportamiento deseado, sirviéndose para ello de técnicas premiales como podían ser la atenuación o la exención de pena (en el caso del derecho penal); en la formulación de Bobbio¹⁰³ la técnica sancionadora tradicional respondería al esquema “si no quieres A, debes B”, mientras que la técnica premial se ajustaría a este otro: “Si quieres A, debes B”.

Lo que se trata ahora de dilucidar es si cabe admitir que el Derecho Penal cumpla una función promocional, a través de normas que son dudosamente compatibles con los fines preventivos de la pena. Según Cuerda Arnau¹⁰⁴, sólo cabe responder a esta cuestión negativamente. Y ello por la sencilla razón de que si el Derecho Penal es un instrumento jurídico al servicio de la tutela de determinados bienes, y si dicha tutela se persigue a través de la pena, difícilmente pueden servir para cumplir lo que es su función propia, normas que no armonizan con los fines preventivos a través de los cuales la pena cumple la tan citada función.

Hoy ya nadie duda de la posibilidad de prescindir de la pena y aún de la conveniencia de hacerlo en virtud del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la cuestión se complica cuando prescindir de la pena implica menoscabar la función de tutela que se le asigna. Y afirmar esto no implica desconocer que los criterios que deben utilizarse para imponer una pena no son los mismos que autorizan a renunciar a la misma. Ciertamente la distinción de criterios existe, pero la función de tutela que a la pena se le asigna no puede dejar de estar presente en cualquiera de ellos.

La total impunidad la concede nuestro legislador para estimular en mayor medida a la realización de conductas sin duda deseables y aptas en el caso concreto para producir un resultado valioso; sin embargo, prescindir totalmente de la pena en casos de especial gravedad es dudosamente aconsejable desde la prevención general, y cuando, además, tal cosa no puede ser entendida en clave de prevención especial, ello impide estimar tal previsión en su conjunto.

Precisamente si nadie cuestiona la impunidad del desistimiento en la tentativa o del arrepentimiento en la frustración es porque aquella disfuncionalidad no se produce en estos casos, cosa que sí ocurre cuando la no punibilidad gira en torno a juicios de valor que amenazan con debilitar los fines propios de la pena. Es entonces cuando (como se hizo en Italia) puede hablarse de una crisis de la función de la pena.

2.3 Figuras penales en las que se incorporan las instituciones de gracia y premiales la legislación.-

Normalmente en nuestros códigos se incorporan estas figuras dentro de la enumeración de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, lo que ocurre en el Código Penal chileno en el título V “De la extinción de la responsabilidad Penal”, artículo 93 que señala:

“La responsabilidad penal se extingue:

¹⁰² CUERDA ARNAU, M^a Luisa; 1995, pág. 349.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto, “Sulla funzione promozionale del diritto”, en Revista trimestrale di diritto procedura civile, e 1969, p.1328, citado por CUERDA ARNAU, M^a Luisa; 1995, pág. 349.

¹⁰⁴ CUERDA ARNAU. M^aLuisa; 1995, pág. 351.

nº3 Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

Nº4 Por indulto”.

En el caso del Derecho Penal Premial se incorpora en nuestra legislación sólo últimamente con las legislaciones especiales que han surgido en los últimos años, en especial respecto a los delitos relacionados con droga y narcotráfico y lo que nos interesa en este trabajo, en la ley sobre conductas terroristas.

También en el Código Penal español se encuentra enumerado dentro de las causas de extinción de la responsabilidad penal el caso del indulto, pero no se aplica la amnistía o indulto general.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal implican la renuncia del Estado a ejercitar su derecho a castigar tales conductas, bien no importando una pena, bien no ejecutando o interrumpiendo la ejecución de la ya impuesta¹⁰⁵. Esta afirmación es cuestionable¹⁰⁶, por cuanto el derecho de castigar existe en tanto se haya cometido realmente un delito, mientras que las causas de extinción pueden también operar respecto de un delito supuesto y, por ende, más que sobre un derecho subjetivo del Estado, actúan sobre una pretensión punitiva hipotética que ese Estado muestra al imputado, la cual podrá considerarse fundada o no, sólo a través del proceso penal, proceso que se deja sin efecto. Distinta es la causa de extinción de la pena, pues ésta actúa sobre una pretensión punitiva cierta, concreta, corroborada mediante la declaración jurisdiccional que pone fin al proceso.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal se diferencian de las “causas que eximen de la responsabilidad penal” en que éstas impiden la existencia de un elemento esencial del concepto del delito y, en consecuencia, de la responsabilidad penal misma, en tanto que las causas de extinción de la responsabilidad parten de la existencia previa de un delito con todos sus caracteres, incluidas en su caso, la ausencia de excusas absolutorias y la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, negando tan sólo el ejercicio del ius puniendi. Por lo tanto, la responsabilidad penal presume la punibilidad del delito.

En el caso de la figura del “arrepentimiento eficaz” se trata de un actuar de un sujeto respecto del cual ya se probó la existencia del hecho punible y su participación, pero que sin embargo “colabora” con el poder estatal. Se trata de un comportamiento post- delictual que puede impedir otros delitos o que entrega una información necesaria para la persecución de grupos terroristas. Se discute si su comportamiento puede afectar la punibilidad¹⁰⁷, y ello debido a la semejanza que en algunos casos representan estas instituciones con las excusas legales absolutorias. Por eso existen autores que las asemejan con ellas. 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, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable”¹⁰⁸. Dichas circunstancias “no dicen relación con el merecimiento de pena, puesto que el hecho

¹⁰⁵ AAVV. “Las Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español”, coordinador, **MARTÍN**, Luis Gracia, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p.317.

¹⁰⁶ **FIERRO**, Guillermo, 1999, pág. 91, nota al pie nº 21.

¹⁰⁷ **VILLEGAS**, Myrna, 2001, pág. 943

¹⁰⁸ **MUÑOZ CONDE**, Francisco, **GARCÍA ARÁN**, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, pág.449.

es ya típico y antijurídico, sino con la necesidad de pena, atendida la consideración político criminal de determinadas circunstancias ligadas al injusto”¹⁰⁹.

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”.

Si se entiende la punibilidad como un elemento conceptual imprescindible del delito, cuya ausencia determinaría su inexistencia, habría que concluir que las excusas legales absolutorias afectarían sólo a la penalidad, y no a la punibilidad porque ello implicaría desconocer que se ha verificado una conducta típica, antijurídica y culpable.

En todo caso, parece ser que el problema se genera, como acierta Cuerda Arnaú¹¹⁰, 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”¹¹¹ Y sin embargo no parece ser que esté con ello indicando que puede afectarse la punibilidad y consecuentemente la existencia del delito, sino refiriéndose a la exclusión en la aplicación de la pena. Lo que resulta indiscutible, salvo algunas excepciones, es que las excusas legales absolutorias, sin eliminar la antijuridicidad del hecho, sin afectar al injusto o a la culpabilidad, son establecidas por el legislador por razones de utilidad y conveniencia político criminal.

Pero si consideramos que en ambos casos, causa de atenuación por colaboración por la justicia (como sería el arrepentimiento eficaz) 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. Entonces 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.

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*”¹¹², BUSTOS entiende que “*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”¹¹³. En la doctrina chilena, CURY 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*

¹⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Manual de Derecho Penal .Parte General”, Ed. Ariel, 1989, págs. 251 y 252.

¹¹⁰ CUERDA ARNAU, M^a Luisa; 1995, pág. 335.

¹¹¹ CURY URZÚA, E. “Derecho Penal, Parte General”, TII, 2^a ed., Edit. Jurídica de Chile, 1992, pág. 97.

¹¹² MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría del delito”, 4^a Edición, Impreso por Tecfoto, S.L, Barcelona impresión , 1996, p. 620.

¹¹³ BUSTOS, Juan, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Edit. Ariel, 1989, págs. 361.

*atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo*¹¹⁴.

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 carácter (Se trata, por tanto, de una reconstrucción de las circunstancias a la Teoría de la Pena¹¹⁵).

2.4 Algunos principios que pueden vulnerarse a través de las instituciones de gracia y premiales.-

Luego de analizar someramente el lugar en donde pueden ubicarse estas instituciones premiales, dejando para más adelante nuestra opinión y decisión sobre este tema, debemos nombrar someramente cuáles pueden ser los principios vulnerados aquí y los límites que se deben tener en cuenta al momento de que el legislador tome la decisión de legislar sobre este asunto. Algunos de estos principios se utilizaron en lo que fue la discusión parlamentaria de la ley sobre arrepentimiento eficaz en el año 1993. Estos principios también forman parte de nuestra legislación internacional, por lo que existe una obligación constitucional de respeto hacia ellos.

Algunos principios que pueden verse vulnerados por estas instituciones son los siguientes¹¹⁶:

El Principio de Legalidad en oposición al principio de oportunidad. Nuestro sistema procesal está regido por el principio de legalidad. El principio básico de acuerdo a lo establecido por la ley, dice que deben perseguirse y condenarse todos los delitos; a diferencia del principio de oportunidad en el cual se da la posibilidad de que determinados delitos no se persigan o no se impongan las penas correspondientes. El fundamental planteamiento del principio de oportunidad se da en el sistema norteamericano, pero también en Europa, más aún, uno podría decir que la tendencia moderna en toda la legislación europea es ir hacia un principio de oportunidad. Pareciera más conforme a un sistema democrático el principio de oportunidad que el principio de legalidad. Evidentemente aquí, sin embargo, hay una contradicción. Nuestra legislación se rige aún por el principio de legalidad, sin embargo, se está produciendo cada vez más fuerte una introducción del principio de oportunidad.

Principio de proporcionalidad de las penas: Este principio está en relación con el principio de igualdad ante la ley penal; es decir, todos deben ser tratados en forma igual frente a la ley penal. Y es evidente que en este caso, como se ha señalado, hay una afectación al principio de igualdad o de proporcionalidad porque en una gran cantidad de delitos no se va a utilizar el mismo sistema premial ni de gracia. Más aún, en mucha doctrina extranjera, todavía dentro del propio delito hay problemas porque el imputado que tiene más información va a ser mejor “premiado” que el que tiene menos.

¹¹⁴ CURY URZÚA, E., 1992, Tomo II, pág. 99.

¹¹⁵ COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, “Derecho Penal, Parte General”, Valencia, 3ª edición, 1990, pp.673 y ss. Citado por VILLEGAS, Myrna, 2001, pág. 945.

¹¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Seminario Reformas Penales en 1992” en AAVV, Revista de Derecho y Humanidades, n°s 3 y 4, Tomo XVI, 1993, págs. 118 – 120.

3) La prueba lícita: Es un concepto básico dentro de un Estado democrático, que la prueba debe ser lícitamente obtenida, por eso no es posible prueba por tortura, no es posible prueba a través de elementos secretos que no deben revelarse, prueba a través de coacción, en fin, toda la llamada prueba ilícita. No hay duda que también puede haber problemas es este tipo de delitos en cuanto a la prueba porque, como ya se señalaba, de alguna manera quien confiese, relate y contribuya a toda la relación de los hechos, va a ser la prueba básica respecto de los demás; y, además, como puede ocurrir, le agregue algo más, y, por lo tanto, esa prueba va a ser básica para condenar a otras personas. También allí puede haber un problema de prueba ilícita, porque la persona busca el premio, y al hacerlo está dispuesto a delatar a otras personas, justamente para excluirse ellos de su responsabilidad.

El derecho a no autoincriminarse: Más desarrollado frente a los límites del Plea Bargaining en EEUU (Constitución de los EEUU, enmienda V)¹¹⁷, pero también reconocido en los diversos tratados ratificados por Chile (En especial el Pacto de San José de Costa Rica). Una de las dicotomías que van a existir en nuestro nuevo proceso penal va a ser que por decisión legislativa se está optando por un procedimiento esencialmente acusatorio pero que contiene normas que promuevan la autoincriminación, como son ciertas salidas alternativas al juicio oral donde se busca la confesión, atentando con la presunción de inocencia. También se encuentran dentro de esta clase, las medidas adoptadas en estas nuevas leyes de emergencia, en donde se premia la confesión y además la delación de otros participantes en los hechos punibles.

Se podría estar retrocediendo hacia un principio inquisitivo, que tuvo desde sus orígenes el concepto de que el acusado representaba un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra; por lo que era obligado a incriminarse a sí mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión. Es claro que hoy en día la tortura no está permitida en ningún proceso para obtener la declaración de una persona, pero igualmente se está privilegiando la autoincriminación por otros mecanismos que podrían contradecir las Cartas Internacionales de Derechos Humanos¹¹⁸.

Más adelante, ahondaremos sobre este tema, al referirnos a las posibles críticas sobre estos sistemas.

¹¹⁷ HENDLER, Edmundo S. “Derecho Penal y Procesal Penal de los EEUU”, Edit. Ad – Hoc, Bs.As., 1996, pp. 175-176. La Enmienda V establece la garantía de “no ser compelido, en un proceso criminal, a dar testimonio contra uno mismo”

¹¹⁸ El artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948 establece que: “nadie será sometido a tortura ni a ...tratos crueles, inhumanos o degradantes”, en su artículo 10° dice: “toda persona acusada de delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. Asimismo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, con fecha 2/5/1948, se establece que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable”. Cláusulas éstas que deben ser entendidas, como disposiciones que sostienen el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo.

CAPÍTULO II: “Consideraciones generales sobre el terrorismo”

Las investigaciones de las ciencias sociales sobre el terrorismo y las correlativas preocupaciones jurídicas sobre la materia se muestran problemáticas en la literatura especializada. Ello debido a la conexión de discursos de variada índole y de connotaciones valorativas de carácter absoluto, que no permiten apreciar en forma desapasionada el fenómeno multiforme que se trata de abarcar. Las creencias y prejuicios, como en otros campos del conocimiento humano, operan en forma activa respecto de nuestra percepción de los hechos.

Los tratadistas parecieran haberse preocupado de determinados fenómenos conectados con modalidades concretas de manifestación en las circunstancias históricas desde las cuales afrontaban el problema y, mayoritariamente, suelen ver al terrorismo en una sola dirección, entendiéndolo solo como acción política “contra el poder establecido”. La realidad, sin embargo, es mucho más compleja y los siglos XX y XXI nos han demostrado dramáticamente que el terror no sólo puede venir desde abajo, sino que en forma mucho más brutal y en ocasiones dramáticas desde arriba.

El cometido de este capítulo, por tanto, es suplir la exclusiva remisión de la visión unilateral aludida, presente entre algunos autores, y lograr entonces una caracterización adecuada de ambas perspectivas del fenómeno del terrorismo.

Como señala Laqueur¹¹⁹, una extendida creencia señala que las características del terrorismo serían las siguientes:

1. El terrorismo es un fenómeno nuevo y sin precedentes.
2. Es uno de los problemas más importantes y peligrosos que se debe enfrentar en la actualidad.
3. Es una respuesta a la injusticia¹²⁰. De mediar la justicia y la política social el terrorismo no existiría.
4. La reducción de los agravios, las angustias y la frustración es el único medio de prevenir el terrorismo.
5. Los terroristas son fanáticos llevados al extremo por efecto de condiciones intolerables. La inspiración de los terroristas es de un profundo carácter ideológico.
6. El terrorismo puede producirse en cualquier parte.

¹¹⁹ LAQUEUR, Walter, “Una historia del terrorismo”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2003, págs.35 y 36.

¹²⁰ Esta creencia ha empapado el pensar de los análisis. Piénsese por ejemplo en lo afirmado por Quintano Ripollés: “*Pasando del campo de lo íntimo psicológico a lo externo, el fenómeno del terrorismo es propicio para desarrollarse en climas de desorden social, como ya quedó dicho, sobre todo cuando la debilidad de los Gobiernos acompaña a un régimen de flagrantes injusticia, como era el caso, precisamente, en aquellos de la “belle époque”, de relajamiento de disciplina y de abusos del capitalismo*”, en **QUINTANO RIPOLLÉS**, Antonio, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV, Infracciones contra la comunidad social”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pág.41.

Se intentará, por tanto, dilucidar la corrección o desacierto de los postulados implícitos en las creencias de uso común mencionadas anteriormente. Como primer punto, puede constatarse una ceguera histórica acerca del fenómeno. En segundo lugar, puede verificarse en ellas la mezcla de premisas empíricas y normativas que dificultan la comprensión del terrorismo. En tercer lugar, las anteriores creencias resultan insuficientes además para caracterizar, por sí solas, las distintas formas de acción terrorista, a lo largo de la historia. Pareciera ser, finalmente, que estas creencias sólo se refieren a un tipo determinado de acción terrorista, caracterizada como terrorismo insurgente o revolucionario, que no es el único, y no necesariamente el más grave en sus efectos, de las formas de acción terrorista conocidas.

Un argumento complementario para abordar el enfoque analítico mencionado, lo constituye el uso de los actores en las dinámicas discursivas de la interacción social en que aparece el término terrorismo. Los terroristas son siempre los “otros”, no quienes lo llevan a cabo. La justificación de su uso siempre se encuentra en una u otra forma en los discursos de quienes lo ejercen.

Por las dificultades que implica lo anteriormente expuesto para el tratamiento del fenómeno terrorista en la esfera de la interacción social, el análisis de la materia irá orientado al análisis social de este tipo de “forma de acción¹²¹”, para luego pasar, una vez que se aclare suficientemente qué significa y cómo opera el fenómeno del terrorismo en la realidad de las sociedades, al tratamiento que el Derecho hace de este fenómeno desde la óptica jurídico penal.

Una adecuada comprensión del fenómeno terrorista, previo al acercamiento jurídico a la materia, se impone además como imprescindible para la comprensión acerca de cómo el derecho regula una determinada conducta y la adecuación, o falta de ella, en su caso, de las respuestas a los problemas que el Derecho pretende resolver a través de sus iniciativas de regulación.

Se asumirá como premisa metodológica, que en el presente capítulo cuando hablemos de terrorismo nos estaremos refiriendo a aquel tipo denominado “terrorismo político”, que no es la única forma de terrorismo factible de análisis en cuanto método de acción social violenta pero, como se apreciará, es la forma de terrorismo más dañina en cuanto a su uso en las sociedades modernas. El anterior punto de partida es común encontrarlo en la literatura especializada, al establecerse la distinción conceptual entre el terrorismo denominado político y aquel denominado terrorismo común o criminal¹²², entendido este último como “el que está vinculado a la criminalidad común y persigue como propósito el lucro: una finalidad exclusiva o predominantemente económica¹²³”.

Desde el punto de vista social, en cuanto “acción”, entender el terrorismo no es entender sólo la historia de un término o formar una colección de conceptos que nos permitan acceder a la supuesta “esencia” del fenómeno terrorista. Sin lugar a dudas, como se dejará en claro desde el primer momento, comprender no es justificar. Comprender al terrorismo desde el punto de vista de “acción social”, importa atender a las particularidades que este tipo de acción presenta, y los diversos planos en que se desenvuelve, así como

¹²¹ **CASTILLO BARRANTES**, Enrique, **PICCA**, Georges y **BERISTAIN**, Antonio, “Criminalidad Organizada”, en Cuadernos de Política Criminal Número 50, 1993, pág. 494.

¹²² **RAMÓN CHORNET**, Consuelo, “Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág.82. ¹²³ **RAMÓN CHORNET**, Consuelo, 1993, pág.88.

¹²³

los elementos estratégicos, psicológicos, estructurales, e históricos que el terrorismo ha presentado.

Que la comprensión del terrorismo no se agota en un problema de definiciones y, por tanto, no es asunto de pura semántica, por importante que sea entender de qué trata un “concepto” adecuado de terrorismo, motiva el enfoque propuesto¹²⁴. En esta tarea es de vital importancia la ayuda que las Ciencias Sociales nos pueden aportar, en especial la Ciencia Política, la Sociología, la Criminología y la Historia.

I- Aproximación al fenómeno del terrorismo desde la perspectiva de las Ciencias Sociales:

Si se aprecian los aportes de estas disciplinas sobre el tema del terrorismo se puede observar que ellas se han centrado mayoritariamente en el estudio del problema desde la perspectiva de la acción colectiva que representa la organización terrorista, entendida ésta como un especial tipo de articulación clandestina de acción colectiva. En este sentido, puede entenderse tal interés de las Ciencias Sociales, dado el presumible mayor daño que provoca en su actuar el terrorismo de grupos, en contraposición al supuesto nivel de daños que provoca el terrorismo individual o bien otros delitos comunes. Las ciencias sociales aportan además la consideración de las finalidades ideológicas perseguidas con la acción terrorista, las que cumplen finalidades tanto externas como internas respecto de la manera en que se estructura la acción de los sujetos involucrados en los actos de terrorismo.

a).-La consideración semántica:

Puede tomarse como punto inicial en el ámbito semántico, la distinción existente, de acuerdo a Bassiouni, entre los términos terror, terrorismo y terroristas. Por “terror”, suele entenderse, “un concepto general de miedo intensificado” “Terrorismo”, por su parte, es “un término descriptivo de procesos de violencia terrorista”. “Terrorista” es, en cambio, “la etiqueta social que se atribuye al perpetrador de un acto de inspiración de terror”¹²⁵.

En su sentido originario, el término terrorismo fue entendido como el terror desde arriba, desde el poder establecido. La expresión fue utilizada por primera vez en el Suplemento de 1798 del Diccionario de la Academia Francesa como “*Système, régime de terreur*”¹²⁶. En dicho sentido fue utilizado el término por los jacobinos para referirse a la actuación de sí mismos en el ejercicio del poder, en términos abiertamente positivos. Correspondería

¹²⁴ SCHMIDT Alex P. and JONGMAN Albert I, “Political Terrorism”, Amsterdam and Transaction Books, 1988), pág. 5 (henceforth Schmidt), citado por GANOR, Boaz , “Defining Terrorism: Is One Man’s Terrorist Another Man’s Freedom Fighter?”, en www.ict.org.il/articles/define.htm#present . En el trabajo citado, Schmidt y Jongman dan cuenta de la existencia de 109 definiciones distintas para el término terrorismo.

¹²⁵ ¹²⁵ BASSIOUNI, M. Cherif, « International Criminal Law , Volumen I, Crimes »: Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1999, pág.771.

¹²⁶ DICTIONNAIRE DE L’ACADEMIE FRANCAISE. Supplément, 1798, pág.75, citado por LAQUEUR, Walter, 2002, pág.36.

a Burke¹²⁷, extender la idea en Inglaterra de que en Francia se habría llevado a cabo un régimen de terror por parte de Maximiliano Robespierre, comprendido entre los meses de abril de 1793 a julio de 1794.

Posteriormente, el uso del término terrorismo adquiere un significado más amplio, en general, a sistema de intimidación coercitiva¹²⁸. En época aún más reciente, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el término amplía aún más su uso para ser referido en sentidos distintos, referidos a casi cualquier acto de violencia política, ejecutada mayoritariamente por grupos a través de un actuar sistemático y orientado políticamente.

El fracaso de la oleada de intentos revolucionarios de las capitales europeas en el año 1848 provocó un profundo impacto en los intelectuales y políticos radicales de la época, lo que no dejará de tener influencia en la valoración del recurso a la violencia como método de acción justificado, como resultado de la pérdida de las esperanzas revolucionarias en el alzamiento espontáneo de los pueblos¹²⁹.

En este contexto surgen tres vías de acción frente a dichos acontecimientos¹³⁰. La primera vía viene delineada por la reflexión de Auguste Blanqui, quien confirmando su escepticismo frente a la eficacia de la espontaneidad de las masas para alterar, por sí solas, el curso de la historia, postula la organización militarizada de las mismas. La segunda vía de acción la representó el desprecio de Marx y Engels al voluntarismo impreso en los intentos revolucionarios delineados con anterioridad, propugnando en su reemplazo un proceso de preparación mayor del proletariado orientados a la consecución de las metas revolucionarias. Finalmente, corresponde a Karl Heinz la tercera vía de acción, fundada en la constatación de la desigualdad del poder existente entre las autoridades y los grupos revolucionarios, que imponen la necesidad de la aceptación por parte del revolucionario de que el asesinato es el principal instrumento de cambio histórico, para lo cual se debía aprovechar las ventajas que proveía para el uso de dicho medio de acción la investigación y aplicación de las innovaciones tecnológicas en la destrucción en masa de los ejércitos de las autoridades establecidas.

Hasta la Primera Guerra Mundial se observan tres líneas generales de desarrollo terrorista¹³¹. En primer lugar, se produce una “profesionalización de la actividad terrorista”, llevada a cabo por sujetos o grupos orientados por códigos de conducta determinados. La segunda línea de desarrollo la constituyó el surgimiento de llamada “guerra urbana”, propiciada por la expansión de los núcleos urbanizados que permiten al terrorista obtener nuevos escenarios donde desarrollar su acto violento.

La tercera línea de desarrollo viene dado por la utilización del terrorismo como vehículo de propaganda en los medios de comunicación de masas. Especial referencia, en este sentido, merece el anarquismo y su uso de la violencia terrorista. La “propaganda por el hecho”, el camino de acción decidido en el Congreso de Roma de 1876, a propuesta

¹²⁷ BURKE, E, “Reflections on the Revolution in France”. Doubleday Anchor Book, New York, 1973, citado por RUIZ-TAGLE, Pablo, “Constitución y Terrorismo”, en **A.A.V.V**, “El derecho como objeto e instrumento de transformación”, SELA, “Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág.96

¹²⁸ MURRAY, James, “A new English dictionary on Historical Principles”, Oxford, 1919, citado por LAQUEUR, Walter, 2003, pág.37.

¹²⁹ O’SULLIVAN, Noel, “Terrorismo, ideología y revolución”, Alianza Editorial, Traducción Migués, Primera Edición en español, 1987, pág.29.

¹³⁰ O’SULLIVAN, Noel, 1987, pág.30.

¹³¹ O’SULLIVAN, Noel, 1987, págs. 31 a 33.

de los italianos Carlos Cafiero y Enrique Malatesta, y que originariamente fue concebida como hecho colectivo de carácter insurreccional, se manifestó a través de una sucesión de atentados que terminaron en fracaso dando paso a una oleada de acciones individuales, que acabaron con la inmolación de actores aislados dedicados a infundir el terror en la autoridad y la burguesía europea. El magnicidio se vuelve un hecho común que se concreta en los regicidios de Humberto I de Italia, la Emperatriz Isabel de Austria, el atentado frustrado de Alfonso XIII¹³², los intentos fallidos de atentado al canciller Bismarck en Alemania, el asesinato del presidente francés Carnot en 1894, el primer ministro español Canovas en 1897 e incluso en los Estados Unidos de Norteamérica dos presidentes, Garfield y Mackingley, perderán la vida por obra de dichos actos¹³³.

La segunda década del siglo XX traerá aparejada cambios en el espectro ideológico de los grupos que ejecutan el terrorismo. Si con anterioridad a dicha época terrorismo y ultraizquierda parecían para algunos ser términos sinónimos, serán grupos radicales de extrema derecha quienes demostrarán el error de dicho aserto. La orientación ideológica se une a la difusión de las ideas nacionalistas en esta década, de lo cual dan clara muestra la Alemania nacionalsocialista y la Italia fascista. Grupos de fanáticos de derecha en Francia, los *Freikorps* alemanes, otros grupos radicales en Hungría y Bulgaria son una muestra de lo mencionado¹³⁴.

No sólo características especiales presentará el terrorismo en el siglo XX, en cuanto a las ideologías de soporte que harán uso de él, sino también cambios de carácter cualitativo en cuanto a su actuar. En esta dirección puede reconocerse el paso desde una lógica de la selectividad a una lógica de la no discriminación en la elección de los blancos elegidos, discurso que reconoce a la víctima del atentado terrorista como un costo necesario en el diseño estratégico de tensión en contra del opositor que se pretende enfrentar¹³⁵.

En cuanto a su extensión territorial, el terrorismo de la segunda posguerra puede dividirse en tres subclases¹³⁶ con manifestaciones particulares de expresión a través de la articulación de organizaciones terroristas:

i) En el Ulster, Oriente Próximo, Canadá o España, se desarrolla el terrorismo nacionalista separatista con organizaciones como IRA, ETA, Al Fatah, entre otras;

ii) En Latinoamérica se constituye un “fenómeno sui generis” de fuerte connotación ideológica, en que se constata el cambio de estrategias desde la guerra de guerrillas rural hacia el terror urbano, con organizaciones tales como el MLN en Uruguay (Movimiento de Liberación Nacional) y Montoneros en Argentina.

¹³² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, 1962, pág.27

¹³³ LAQUEUR, Walter, 2003, pág.47

¹³⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España”. (2 vols.). Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, España, 2001, sin publicar, 2001, pág.119.

¹³⁵ En este sentido se dirigen las observaciones de Carlos Marighela, jefe de la guerrilla brasileña al afirmar que el uso de esta forma de violencia convierte a la lucha armada en lucha política, lo que obliga al gobierno a instaurar el Estado de sitio, lo que fomenta el levantamiento en contra de la policía y el ejército a quienes se culpa de la situación. Así en MARIGHELA, Carlos, “Escritos de Marighela: La guerrilla en Brasil”, Editorial Prensa Latinoamericana, Santiago, 1971, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.120.

¹³⁶ LAQUEUR, Walter, 2003, págs. 243 a 316.

iii) En Norteamérica, Europa Occidental y Japón en el seno de sociedades industriales con Estados de Bienestar en crisis, surgen por ejemplo, Baader Meinhof o RAF en Alemania y las Brigadas Rojas en Italia.

b- Naturaleza del terrorismo: la violencia política.

Como señala acertadamente Zalaquett¹³⁷, una conceptualización adecuada del terrorismo requiere un examen del campo genérico de la violencia política. Por “violencia política”, puede entenderse “cualquier método de lucha violenta con el fin de conquistar, mantener o influir sobre el poder estatal¹³⁸”. Es en este tipo de violencia donde se encuentra el contexto adecuado para el análisis dinámico de la acción terrorista.

El terrorismo entendido como una forma de violencia política nos remite a la consideración teleológica de este tipo de acción. La acción terrorista tiene pretensiones de uso instrumental de medios violentos en aras de la estructuración colectiva de un proyecto político y social determinado.

Puede entenderse la violencia política, como una manifestación agudizada del conflicto social existente en la estructura dialéctica de la lucha por el poder en sociedades determinadas.

Si bien es acertado incluir, en este sentido, a la violencia política como una concreción del “conflicto entre gobernantes y gobernados”¹³⁹, la violencia política no se remite exclusivamente a este tipo de conflicto de carácter vertical, sino que debe extenderse a los conflictos entre los propios gobernados cuando los actos de violencia se llevan a cabo atendiendo a valoraciones de carácter ideológico y a través del empleo de medios, generalmente catastróficos, que afectan a intereses de carácter común o particular, con una repercusión que puede ir, en algunos casos, más allá del propio acto violento, y de su receptor directo en la posición de conflicto en el caso dado.

Por lo anteriormente señalado, cabe hacer la salvedad de que los conflictos políticos entre gobernantes y gobernados no necesariamente comportan el uso de medios violentos o la vulneración de bienes jurídicos fundamentales, tanto individuales como colectivos, como sí sucede en el caso del terrorismo. Es perfectamente posible pensar en el caso de innumerables conflictos sociales que pese a su gravedad e importancia para el sistema social en conjunto ni siquiera llegan a ser planteados como enfrentamiento real entre los involucrados, sino a nivel meramente retórico en los cuales alguno de los involucrados pese a su enconado alegato en pro del uso de medios violentos no lo concrete en términos efectivos. El terrorismo, en estos términos, no es mera bravata sino real atentado o seria amenaza del mismo.

La violencia política manifestada a través del terrorismo difiere de otras formas de violencia social, debido a la ausencia de espontaneidad de la actividad terrorista, que se inserta en un diseño general de carácter estratégico mayor, y de alcance temporal difuso. Dichas circunstancias permiten deslindar al terrorismo de expresiones de mera violencia

¹³⁷ **ZALAUQUETT**, José, “El terrorismo desde un punto de vista normativo”, en **VARAS**, Augusto, “Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina”, Editorial Gel, Buenos Aires, 1990, pág.96

¹³⁸ **PONTARA**,Guiliano,“Violencia e terrorismo. Il problema Della definizione e Della giustificazione, en **BONANATE**, Luigi, (compilador), “Dimensione del terrorismo político.Aspecto interni e internazionali, politici”, Milán, Franco Angeli, 1979, págs.31 y 32.

¹³⁹ **DARHENDORF**, Ralph, “Hacia una teoría del conflicto social” en A. y E. Etzioni (Compiladores), “Los cambios Sociales. Fuentes, tipos y consecuencias”, Editorial F.C.E, México, 1979, págs.97 a 107.

social, tales como ocupaciones de fincas y piquetes de huelga, enfrentamiento con las fuerzas de policía en concentraciones masivas, por nombrar algunas¹⁴⁰.

Utilizando el modelo de Pontara puede entenderse más adecuadamente la caracterización de la violencia política. El mencionado autor plantea en términos esquemáticos el presente modelo: “una acción a (entendiendo por ello tanto una acción como una omisión), realizada por un agente P (una persona o un grupo de personas), como parte de un método de lucha M, en una situación conflictual S. En toda acción violenta hay al menos un ser humano Q, tal que:

La realización de a en la situación S como parte del método de lucha M por P, causa la muerte de Q o bien le causa sufrimiento o lesiones y

En la situación S, la voluntad de Q es claramente contraria a ser objeto de la acción a”¹⁴¹.

El anterior modelo adicionándole el elemento de los fines políticos perseguidos es adecuado entonces para entender el terrorismo como modalidad de acción política.

La consideración simbólica del acto de violencia se conecta a su vez con la dimensión teleológica del terrorismo como forma de violencia política.

Si se aprecia el fondo del mensaje terrorista, éste se dirige hacia el poder político o desde él. El terrorismo, por tanto, aparece así como una estrategia de obtención de poder político o al menos de influencia sobre el mismo, o bien, un método de consolidación de éste. La violencia política se manifiesta en situaciones determinadas de conflicto, entendidas como resultados de situaciones de tensión sociopolítica no resueltas en la arena política formal¹⁴².

La dimensión política del terrorismo viene dada, además del móvil ideológico propugnado por el agente, por los efectos valorativos de alterar sustantivamente el orden de convivencia y las normas básicas de conducta social, incidiendo de esta forma en la organización que en un momento histórico pretende darse una sociedad¹⁴³.

Es importante distinguir el terrorismo de otras formas de violencia política, entendida esta última como forma de instrumentalización de la violencia en torno a fines de carácter ideológico. Los elementos que permiten concebir al terrorismo como una forma “específica” de violencia política pueden encontrarse, de acuerdo a Wilkinson¹⁴⁴ en la ausencia de límites, en cuanto a la elección de los medios empleados y la elección de las víctimas afectadas en aras del interés final de la acción terrorista, a lo que debe agregarse el carácter imprevisible de la misma.

¹⁴⁰ **LAMARCA**, Carmen, 1985, “Tratamiento jurídico del terrorismo”, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, pág.96.

¹⁴¹ **PONTARA**, Guiliano, 1979, págs.31 y 32.

¹⁴² **CEBOTAREV**, Eleonora A, y **NEF** Jorge, “El fenómeno terrorista: una perspectiva global y algunas consideraciones empíricas y teóricas”, en **VARAS**, Augusto, “ [Jaque a la democracia : orden internacional y violencia política en América Latina](#)”, [Editorial Gel, Buenos Aires , 1990](#) , pág.72.

¹⁴³ **CALDUCH CERVERA**, Rafael, “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el Terrorismo”, en Revista Española de Derecho Internacional. Volumen LIII, 2001, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional. Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2002, pág.183.

¹⁴⁴ **WILKINSON**, Paul, “Terrorism and the Liberal State”, Macmillan, London, 1977, págs.47 a 64, citado por **RAMÓN CHORNET**, Consuelo, 1993, pág.68.

Estas últimas observaciones son útiles en cuanto al porqué del especial disvalor social que el terrorismo encarna. De utilidad en esta tarea es la introducción de un nuevo elemento, implícito en las diferencias ya mencionadas, entre el terrorismo y otras formas de violencia política. Dicho elemento se relaciona con la legitimidad o ilegitimidad de las formas de este tipo de violencia. El terrorismo se presenta, en este sentido, como violencia política ilegítima.

Los parámetros de legitimación material del uso de la violencia política vienen fijados por las Convenciones Internacionales relativas a la protección de los Derechos Humanos, por las doctrinas sobre la legítima defensa y la rebelión contra las tiranías, y por las regulaciones internas de cada Estado, fuentes normativas que permiten sostener la ilegitimidad del terrorismo por constituir un atentado contra los derechos humanos¹⁴⁵.

c.-Los elementos relevantes en la consideración dinámica del fenómeno terrorista:

c.1.- La “violencia”:

El especial carácter violento de la acción terrorista es el primer elemento que se aprecia en su observación. El terrorismo aparece, prima facie, como el empleo de medios violentos o la amenaza del empleo de los mismos.

Como señala Reinales, dos dimensiones pueden apreciarse en cualquier interacción social violenta: Un componente físico y un impacto psíquico. A la primera de las dimensiones corresponde la existencia de personas u objetos que resultan con daño físico de manera intencionada; a la segunda dimensión, corresponde a quienes se ven afectados síquicamente por la experiencia de violencia o, de forma directa o indirecta, por tales acontecimientos. Se agrega además como estructural al empleo de la violencia el no consentimiento de los afectados por la misma¹⁴⁶.

La violencia cumple en el tramado de las relaciones sociales determinadas funciones. Útiles para nuestro trabajo, son la consideración de las denominadas función instrumental y función comunicativa de la misma¹⁴⁷. La primera corresponde a aquella a la que se recurre como medio para conseguir un fin; la segunda es aquella que se utiliza como vehículo de expresión de un mensaje.

La violencia en la historia de las sociedades es susceptible de un proceso de historificación. De esta forma a cada época es posible asignar características determinadas en cuanto a la forma que ésta reviste, los actores involucrados en ella y las funciones sociales que cumple la violencia en un momento histórico determinado.

Una historia de la violencia como fenómeno autónomo en las sociedades contemporáneas permite interpretar que sólo a partir de la modernidad puede entenderse la autonomía del fenómeno del acto de violencia, referida a la propia conciencia social involucrada en su percepción y valoración¹⁴⁸.

¹⁴⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.127.

¹⁴⁶ REINARES, Fernando, “Terrorismo y antiterrorismo”, Editorial Paidós, Barcelona, 1998, pág.14.

¹⁴⁷ CORTINA, Adela, “Ética y violencia Política” en “Violencia y Política”, Monográfico, Revista Sistema, N° 132-133, 1996, pág. 63.

¹⁴⁸ AROSTEGUI, Julio, “La especificación de lo genérico: La violencia política en la perspectiva histórica”, en Revista Sistema N°132-133, Madrid, 1996, pág.15

En el ámbito externo de la percepción de la violencia influye su inclusión en los procesos de criminalización. En estos términos a partir del siglo XVII la violencia se evalúa como un mal absoluto en contraposición al valor de la Justicia, y que vuelve a la violencia un evento inesperado e indeseable en las relaciones sociales insertas en el nuevo orden capitalista. Esta percepción se complementa con el perfeccionamiento de los mecanismos judiciales para la persecución de la violencia, lo que redundaba a su vez en que esta forma de resolución de conflictos venga dada como un acto con clara referencia al poder, convirtiéndose la lucha por el poder en estructural en dichas sociedades¹⁴⁹.

De importancia en este punto en cuanto a la valoración social de la violencia, es la distinción entre la denominada violencia legítima y la violencia ilegítima como medio de resolución de conflictos en torno a criterios de legitimación históricamente establecidos. Los criterios delimitadores entre los referidos usos legítimos o ilegítimos de la violencia, pueden situarse, entre otros, en el tipo de medios empleados, la calidad de los blancos afectados y el contexto político en que se ejerce dicha violencia. Estas observaciones serán de utilidad en el análisis del contexto en el cual el terrorismo debe centrarse para su adecuado análisis, el político.

Desde un punto de vista criminológico, se puede entender el terrorismo inserto dentro de la denominada “macrocriminalidad”, en cuanto a los sujetos que lo ejercen y que lo sufren, así como a los efectos colectivos que el terrorismo produce.

En términos generales, en las categorías delictuales de carácter macrocriminal, resultan de relevancia los elementos colectivos, tanto activos como pasivos, y una diversidad de conductas de gran dañosidad social que se han hecho dramáticamente presentes en los rasgos de la delincuencia de las últimas décadas. Entre las conductas comprendidas en el género de la macrocriminalidad, representativas de “graves formas de violencia colectiva” se encontrarían los delitos cometidos en períodos de guerra, deterioros en masa y de poblaciones enteras, destrucciones nucleares, conflictos interreligiosos y de culturas, luchas guerrilleras agudas y crisis políticas de masas¹⁵⁰. Además la denominada macrocriminalidad se extiende a la delincuencia económica moderna, de graves perjuicios para las economías nacionales y la estabilidad política de los Estados¹⁵¹.

La macrocriminalidad, apunta Pérez Alonzo citando a Rodríguez Manzanera¹⁵², se caracteriza por las siguientes circunstancias:

Operar con una crueldad excepcional;

Constituir una amenaza difusa para el cuerpo social;

Producir un profundo desorden e inquietud en la sociedad;

Estar orientada por diversidad de móviles, tanto políticos como económicos o psicopatológicos;

¹⁴⁹ AROSTEGUI, Julio, 1996, pág.16

¹⁵⁰ JÄGGER, Herbert, “Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt”, Frankfurt a.m,1989, citado por ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal”, en “El Derecho Penal ante la globalización”, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ- SANTOS, María Rosario (coordinadores), Editorial Colex, Madrid, 2002, pág.52.

¹⁵¹ MILITELLO, “Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo como fattore criminogeno”, en RTDPE, 1998, pág.370, citado por ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, 2002, pág.52.

¹⁵² RODRIGUEZ MANZANERA, L., “Criminología”, Editorial Porrúa México, 1995, págs.507 y 508, citado por ALONSO PÉREZ, Francisco, “Introducción al estudio de la Criminología”, Editorial Reus, Madrid, 1999, págs.451 y 452.

El hecho de que las víctimas se encuentren generalmente indefensas frente a estos actos.

Que el elemento de la intensidad y la extensión de los efectos sociales de la violencia desde un punto de vista criminológico sea útil para el análisis del terrorismo, no es suficiente aún para su adecuada comprensión. Entendido lo anterior deben agregarse otros elementos contextuales.

c.2.- El Elemento psicológico.

Con esto se quiere aludir al terror, el pánico, la alarma o la inseguridad provocado con la acción terrorista concretada en el atentado violento o la amenaza del mismo.

Friedrich Hacker¹⁵³ pone énfasis entre los puntos de contacto entre el terror y el terrorismo, basado en las circunstancias de que tanto uno como otro pueden afectar indistintamente a cualquiera, y ante la presunta arbitrariedad de la elección de las víctimas que en realidad no es tal sino que reside en la función del uso brutal de la violencia en forma directa, mostrándose de modo indiferente con la vida humana. El terror, como sugiere Thornton,¹⁵⁴ puede ser captado en dos sentidos, referidos al efecto psicológico buscado y el medio de producirlo: sentido principal (estado psíquico de miedo o ansiedad en un individuo) y sentido derivado (herramienta o medio para provocar ese estado).

El elemento psicológico se ha considerado como el eminente, por parte importante de la doctrina, para caracterizar más propiamente a la acción del terrorismo, en atención a la finalidad inmediata perseguida a través del empleo de medios violentos por parte de quienes ejercen el terrorismo, bien los efectos perseguidos en quienes sufren dicha violencia por parte de los mismos actores señalados¹⁵⁵. Ejemplos de dichos enfoques la constituyen las definiciones de Glaser¹⁵⁶ (L' intimidation o le contrainte pour la violence o l' emploi de la violence) o Sottile (“Acte criminel perpetré per le terroure, la violence, par una grande intimidation, en vue d' atteindre un but determine”¹⁵⁷) o en Wardlaw, quien se refiere al terrorismo como “ el uso, o la amenaza de uso, de la violencia por parte de un individuo o grupo, lo mismo si actúa a favor a favor como en contra de la autoridad establecida, cuando esa acción pretenda crear una angustia extremada y/o efectos inductores de miedo sobre un grupo seleccionado y mayor que el de las víctimas inmediatas, con el propósito de obligar a este grupo a que acceda a las demandas políticas de los perpetradores”¹⁵⁸.

Como se aprecia del estudio de las formas de terrorismo a lo largo de la historia, la óptica propuesta en este trabajo se basa en un examen del modo de operar envuelto en los actos terroristas. El punto de vista de la “acción terrorista”, importa descartar para efectos analíticos la exclusiva atención a los efectos psicológicos, individuales o colectivos, que el

¹⁵³ HACKER, Friedrich, “Terror: Mito, Realidad, Análisis”, Plaza & Janes, Barcelona, 1975, pág.19.

¹⁵⁴ THORNTON, Thomas Perry, “Terror as a Weapon of Political Agitation”, en Harry Eckstein (edit.), “Internal War: Problems and Approaches”, Londres, Collier- Macmillan y Nueva York, The free Press, 1964, págs. 71 a 73.

¹⁵⁵ LAMARCA, Carmen, 1985,pág.77

¹⁵⁶ GLASER, S. “Le terrorisme international et ses diverses aspects », Revue International du Droit Comparé , Vol. 25 4/ 1973, pág.85, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág.62.

¹⁵⁷ SOTTILE, A, “Terrorisme international”, Recueil des Cours de la Academie du Droit International de la Haya, 1938, Volumen III, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág.62.

¹⁵⁸ WARDLAW, Grant, “Terrorismo político. Teoría, táctica y contramedidas”, Servicio de Publicaciones del Estado Mayor del Ejército, Madrid, 1986, pág.57.

acto terrorista provoca sobre las víctimas concretas (inseguridad, temor y angustia), y que en ocasiones hace asimilar estos hechos como una acción simplemente irracional.

No es suficiente, por tanto, para la caracterización del terrorismo, la exclusiva referencia al elemento del terror, para caracterizar conductas que usualmente se califican como terrorismo, tales como el asesinato político o ciertas violaciones a las leyes de la guerra, ya sea en un conflicto internacional o de carácter interno¹⁵⁹.

A la crítica anterior frente a la insuficiencia del mero terror, la alarma o la inseguridad colectiva que provoca el acto terrorista, se suma el inconveniente adicional respecto a cómo ha de medirse con parámetros medianamente objetivos un efecto tan difuso y variable, atendido el hecho de que, como ya señalaba Bentham¹⁶⁰, “la alarma o el temor que inspiran los diversos delitos puede variar en muchos grados desde la inquietud hasta el temor”, y que factores individuales por tanto, como la edad, el sexo, la posición y la experiencia hacen que estas emociones varíen de un sujeto a otro, así como que dicha alarma o temor puede estimarse que varía en mayor o menor intensidad por elementos tales como la gravedad del mal provocado, la buena o mala intención del que comete el delito, el motivo que persigue el acto, la posición que le ha otorgado al delincuente cometer el delito, la mayor o menor posibilidad que tiene el autor de escapar a la sanción, entre otros elementos.

Finalmente, una crítica adicional a la excesiva preocupación sobre el elemento psicológico del terrorismo, la definición del terrorismo en exclusiva referencia al terror, no es adecuada para comprender la especificidad de éste como forma de violencia política, dado el hecho de que como medio de provocar la intimidación del oponente en la situación de conflicto político no es el único mecanismo posible¹⁶¹.

c.3. El elemento sistemático.-

Puede apreciarse el elemento sistemático del actuar terrorista como relevante para el nacimiento de las primeras conceptualizaciones del mismo. Este elemento se encuentra referido a una forma de acción concreta, de carácter deliberado y no fortuito, y que obedece a una mecánica de realización reconducible a estándares determinados.

El elemento sistemático del terrorismo influye por su parte, como se verá, en la consideración de los autores respecto del elemento estructural del fenómeno.

El actuar sistemático del terrorismo por parte de grupos claramente identificables puede situarse en Europa a mediados del siglo XIX, con diferentes formas de acción¹⁶².

Se han reconocido ciclos de violencia política en los cuales han actuado distintos grupos radicales ejecutando actos terroristas a partir de dicho período. En ese sentido, González Callejas con base en Rapport¹⁶³ reconoce períodos u oleadas de protesta caracterizados por el uso estratégico prioritario del terror por parte de organizaciones a partir de 1880, caracterizados por rasgos ideológicos distinguibles, modos de actuar organizativo

¹⁵⁹ ZALAQUETT, “El terrorismo desde un punto de vista normativo”, en VARAS, Augusto, “Jaqué a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina”, Editorial Gel, Buenos Aires, 1990, pág.108

¹⁶⁰ BENTHAM, Jeremy, “Tratados de Legislación Civil y Penal”, Editora Nacional, Madrid, 1981, págs. 231 y 232.

¹⁶¹ GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, “Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa”, Editorial Nueva, 1ª Edición, Madrid 2002, pág.53.

¹⁶² LAQUER, Walter, 2003, pág. 43.

¹⁶³ RAPPORT, David C, “Terrorism”, en “Enciclopedia of Violence, Peace, & Conflict”, San Diego, Academic Press, 1999, Volumen 3, págs. 497 a 510, citado por GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, 2002, pág. 78.

y objetivos a perseguir en términos de protesta reivindicativa insertas en movimientos sociales de mayor escala¹⁶⁴:

- 1 .Movimientos populistas –nihilistas (1877-1900);-
Populistas (1877-1881), magnicidio
Anarquistas (1881-1900); “propaganda por los hechos”, Narodnaia Volya;
Minorías étnicas en Estados plurinacionales (1893-1914); resistencia armada.
2. Movimientos de subversión armada en Estados nacionales (1905-1945):
Marxistas revolucionarios (1905-1935); vanguardismo insurreccional;
Fascistas ultranacionalistas (1918-1941); vigilantismo;
Resistencia (1937-1945); lucha armada contra ejércitos de ocupación.
3. Movimientos anticolonialistas de liberación (1945-1965)- Guerra revolucionaria, guerrilla urbana.
4. Movimientos de “Nueva Izquierda “(1965-1980):
Extrema Izquierda: guerrilla urbana tercermundista y terrorismo antiimperialista;
Separatistas; guerrilla urbana tercermundista y terrorismo antiimperialista.
5. Movimientos primordialistas y fundamentalistas (1979-2001):
Integrismos y fundamentalismos religiosos (guerras de baja intensidad);
Étnicos-nacionalistas (conflictos intercomunitarios): Separatistas, fascistas y supremacistas”.

El carácter sistemático del terrorismo tiene a su vez consecuencias para la elección de las víctimas del acto terrorista. Las particularidades que el terrorismo presenta en las sociedades post-industriales nos permiten aseverar que las víctimas concretas del acto terrorista son, por regla general, un blanco de oportunidad. A simple vista esto pareciera significar que la selectividad del blanco es algo irrelevante, lo que puede ser refutado del simple examen de muchas manifestaciones concretas de actos terroristas.

La consideración de la intercambiabilidad del blanco concreto está referida, por tanto, no a la mera consideración de la víctima concreta, sino al contenido simbólico de la acción terrorista. En este sentido, el mensaje del acto terrorista se dirige, en definitiva, no al receptor primario de la acción, no a la víctima concreta sobre la que la violencia se dirige, sino que a un oponente en una situación de conflicto sociopolítico, establecida en términos asimétricos.

Otro punto interesante de resaltar en la sistematicidad del terrorismo dice relación con el carácter simbólico del acto terrorista y los medios de difusión del contenido comunicativo del mensaje terrorista. El camino de expresión del mensaje contenido en la violencia terrorista viene mediado por su inserción en las corrientes de información de la denominada opinión pública¹⁶⁵, telón de fondo del mensaje.

¹⁶⁴ Cuadro resumen efectuado sobre las base de las reflexiones de Rapport y contenido en **GONZÁLEZ CALLEJA**, Eduardo, 2002, pág. 142.

¹⁶⁵ **REINARES**, Fernando, 1998, págs. 16 y 17.

Pueden así distinguirse dos direcciones en el contenido simbólico de la violencia terrorista, que se proyectan con funciones específicas tanto a nivel organizativo externo como a nivel interno de la estructura colectiva que la ejerce.

La primera de las direcciones del contenido simbólico, se dirige al entorno o el medio circundante a la organización terrorista. Corresponde a la difusión del acto terrorista en la opinión pública a través de los medios de comunicación masivos, como ya se señaló.

La función de esta dimensión la constituye un fin de propaganda, cuya intención es magnificar los efectos políticos y sociales de la violencia ejecutada, manifestando así un poder que no se posee, y acreditando la credibilidad de las amenazas del uso de la violencia¹⁶⁶.

La publicidad de la violencia ejercida o de la amenaza de ejercicio es fundamental para el terrorismo en todos los casos, se trate del terrorismo insurgente o vigilante. Respecto a este segundo tipo en su específica concreción en cuanto terrorismo de Estado, es posible objetar la publicidad del acto terrorista, en atención que dichas actuaciones son expresamente ejecutadas en un velo de secreto y clandestinidad¹⁶⁷. Un análisis más detallado, permite sostener que el carácter oculto del terrorismo de Estado no se refiere al “acto terrorista”, sino lo que persigue el terrorismo de Estado es ocultar el nexo de dichas acciones con el aparato estatal, no buscándose la ocultación de sus acciones, dirigidas a amedrentar al opositor en la situación de conflicto concreta en que el terrorismo de Estado se inserta (terrorismo insurgente y disidencia política en general)¹⁶⁸.

Conforme a lo expuesto, puede entenderse la relación comunicativa en la que se encuentra inserta el terrorismo como una relación triangular, en la cual “se victimiza a unas personas para obligar a otras personas para hacer o dejar de hacer algo”¹⁶⁹. Se habla en esta relación comunicativa de tres sujetos como mínimo, a saber, quien realiza una acción dotada de sentido, acción consistente en un daño a la vida, la salud o la propiedad ajena, sobre un alguien o un algo, daño cuyo impacto informativo es remitido a la opinión pública, y finalmente, el opositor en la situación de conflicto a quien va dirigido el mensaje comunicativo y a quien se pretende motivar, utilizando la opinión pública como foco de presión. Las víctimas de acto terrorista podrían ser, pero no necesariamente, partes en un conflicto político dado entendido como lucha por el poder.

En este sentido, no es fortuito el hecho de que la expresión terrorismo surja, como ya señalamos, por primera vez a propósito de la época del terror jacobino durante la Revolución francesa. El término “opinión pública” se remonta a los decenios que preceden a la Revolución Francesa y la asociación primaria del concepto “opinión pública” tiene un sentido de remarcada asociación política. Opinión pública es, por tanto, aquella que es del

¹⁶⁶ CALDUCH CERVERA, Rafael, 2002, págs.184 y 185.

¹⁶⁷ CALDUCH CERVERA, Rafael, “Una revisión crítica del terrorismo de finales del siglo XX”, *State and societal Reactions to terrorism*, Publicación de International Institute for the Sociology of Law”, *Añate Papers*, N°3, 1997, pág.16, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Terrorismo: ¿Crímen Organizado?”, en *Revista Anales de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, Editorial Lom, Santiago, 2004, pág.238.

¹⁶⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2004, pág.239. En igual sentido, CASTILLO BARRANTES, Enrique, PICCA, Georges y BERISTAIN, 1993, págs.504 y 505.

¹⁶⁹ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL. Quinto período de sesiones. Viena, 21 a 31 de mayo de 1996. Tema 3 del programa provisional E/CN.15/1996/1.J. Examen de temas prioritarios. “Vínculos entre la delincuencia transnacional organizada y los delitos terroristas”. *Informe del Secretario General*, en: www.uncjin.org/Documents/5comm/7s.html.

“público”(los sujetos entre quienes se difunde), y que se refiere a objetos y materias que son de naturaleza pública¹⁷⁰.

El término tiene caracteres distintivos respecto de otras expresiones utilizadas en épocas anteriores. En el Imperio Romano tardío se hablará de la “vox populi”, la doctrina medieval hablará del “consensus”, Maquiavelo se referirá a la publicca voce”, y Locke apelará a la “la ley de la opinión y de la reputación”. Otro antecedente de la expresión opinión pública se ha querido encontrar en el “espíritu” de Montesquieu y en la “voluntad general” de Rousseau, y en el “alma” o “espíritu” de los románticos.

Con la expresión “vox” se indica una exteriorización en cuanto manifestación verbal, por lo tanto solo expresión de deseos y necesidades inmediatos, lo que no supone estados informativos ni cognitivos. En opinión de Montesquieu se refiere a un estado profundo, a un ánimo. Espíritu, en el uso dado al término por los románticos se refiere a la esencia metafísica de algo, a pesar de la historización de dicha esencia (por ejemplo, el espíritu del pueblo). Finalmente, “voluntad general” difiere de “opinión pública” en el sentido dado por Rousseau al primero de los términos en contextos de democracias participativas y directas, mientras que la idea de opinión pública supone democracias representativas de mayor escala¹⁷¹.

La segunda dirección del mensaje simbólico opera a nivel interno del grupo terrorista. Se relaciona con la función de reforzamiento de las creencias y valores colectivos de los grupos terroristas y de su apoyo social. Se potencia con esto la seguridad, a nivel racional y emocional que la identidad colectiva que caracteriza al grupo, a través de un discurso que simultáneamente pone énfasis en la “omnipotencia del verdugo (terrorista) ante el reo(víctima) y el de la rebelión del oprimido frente al opresor”, como señala Calduch, lo que incide por otra parte, como señala el mismo autor, en la justificación de la violencia de los medios empleados dejando de lado la consideración de las dimensiones morales o de otro tipo que puedan actuar en contra de dicho uso¹⁷².

c.4.- Elemento estructural: la organización terrorista v/s el terrorismo individual.

Las Ciencias Sociales se han centrado, mayoritariamente, en el estudio del terrorismo como método o forma de acción de organizaciones que propugnan la obtención de determinados objetivos relacionados en algún sentido con programas ideológicos y su realización práctica a través de medios violentos.

Las reflexiones de algunos autores son esclarecedoras en la dirección aludida. Así en Levasseur¹⁷³ (que afirma que no toda violencia política es terrorista sino que sólo aquella que es ejecutada por un grupo sistemáticamente), Bouzat¹⁷⁴ (que caracteriza el terrorismo por la organización colectiva que lo desarrolla) y Wagner¹⁷⁵ (el terrorismo político

¹⁷⁰ SARTORI, Giovanni, “Elementos de Teoría Política”, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1992, pág.192.

¹⁷¹ SARTORI, Giovanni, 1992, pág.150.

¹⁷² CALDUCH CERVERA, Rafael, 2002, pág.185.

¹⁷³ LEVASSEUR, G., “Les aspects répressifs du terrorisme international”, en “Terrorisme international”, págs. 59 y siguientes.

¹⁷⁴ BOUZAT, P. y PINATEL, J., “Traité de Droit Penal et de Criminologie”, tomo I, pág.234, citado por LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.93, cita nº260.

¹⁷⁵ WAGNER, J., “Polistischer Terrorismus und Strafrecht im Deutschen Kaiserreich von 1871”, R.V.Decker’s, G. Schenck Heidelberg Hamburg, 1981, pág.2, citado por LAMARCA PÉREZ, Carmen, pág.93, nota nº261.

es cometido por grupos organizados, utilizando sistemáticamente la violencia en forma imprevisible y arbitraria mediante una técnica de ejercicio de la violencia que provoca miedo y terror).

Frente a lo anterior, podría sostenerse que el hecho de que la acción terrorista sea llevada a cabo por sujetos individuales o colectivos (privados o estatales), no es fundamental para la caracterización dinámica del fenómeno. Sin embargo, existen poderosas razones para sostener lo contrario, esto es, que sólo en el seno de organizaciones se da la especial caracterización del fenómeno terrorista.

El análisis estratégico de dichas acciones es revelador sobre la materia, e ilustra la preferencia que ha tenido entre los tratadistas el mencionado enfoque. La semejanza de las organizaciones terroristas con otras formas de estructura funcional de organizaciones complejas puede apreciarse en la existencia de estructuras con mayor o menor grado de definición, diferenciación de roles a nivel interno, división y especialización del trabajo interno, división jerárquica de toma de decisiones y pluralidad de unidades operativas en los distintos niveles de la estructura organizativa¹⁷⁶.

El elemento estructural conformado por la organización terrorista, cualifica la violencia con finalidad política, convirtiéndola en instrumento y estrategia de conflicto, que pretende disputar al Estado el monopolio de la violencia, no en cuanto a la cantidad de violencia ejercida sino en la racionalidad de su uso, la que se imputa a un sujeto de carácter colectivo del cual se desprende una finalidad política, de la cual dicha organización es manifestación objetivada de un sentir subjetivo de los miembros de la misma manifestado en el plan de acción de dicho grupo¹⁷⁷.

c.5.- El elemento estratégico:

El uso del terrorismo es una estrategia, cualquiera que sean las causas de su aparición. Una estrategia supone una planificación previa de actividades, lo que excluye actuaciones fortuitas o accidentales. La estrategia de acción terrorista se construye en torno a una serie de acciones recíprocas e interdependientes, por parte de los terroristas como también de los destinatarios de sus actos. Lo anterior implica, que la planificación de la estrategia supone estimar a su vez la reacción que ocasiona la acción terrorista, en los distintos actores envueltos en la misma relación, ya sean las víctimas, la policía, los medios de comunicación, las fuerzas de seguridad y las autoridades¹⁷⁸.

El terrorismo, por lo tanto, puede ser entendido desde la perspectiva de una praxis de carácter estratégica concordante con la racionalidad colectiva de una organización política radical.

En cuanto ente colectivo, el grupo terrorista tiene preferencias o valores y elige el terrorismo como una opción entre otras. El estándar de eficacia es el que permite comparar al terrorismo con otros métodos de acción política para la consecución de fines de esta naturaleza. Las organizaciones emiten juicios colectivos sobre la eficacia relativa de las diferentes estrategias de oposición, tomando en cuenta la observación y la experiencia, así como las concepciones estratégicas de carácter abstracto derivadas de los supuestos

¹⁷⁶ REINARES, Fernando, 1998, pág. 29.

¹⁷⁷ LAMARCA, Carmen, 1985, pág. 92

¹⁷⁸ CALDUCH CERVERA, Rafael, 2002, pág.182.

ideológicos del grupo¹⁷⁹. Se habla en este sentido de una *estrategia predominante o “método tendencialmente exclusivo”*¹⁸⁰.

El uso del enfoque estratégico presenta ventajas para dilucidar interrogantes sobre las preferencias o los fines de las organizaciones terroristas, en torno a consideraciones estratégicas o a otros motivos menos instrumentales.

La interpretación de la realidad se ve facilitada además por el análisis estratégico. Con posterioridad a la Revolución Francesa la estrategia del terrorismo se ha dirigido como un medio para producir cambios políticos opuestos a los Gobiernos establecidos¹⁸¹ o consolidar las posiciones de poder de gobiernos determinados o grupos de poder afines a los mismos. El análisis estratégico de la actividad terrorista permite no desechar a ésta como una actividad “irracional”, y por ello, ilógica o inexplicable. El terrorismo puede ser entendido así como una actividad racional y calculada de las circunstancias. Lo anterior no importa una justificación moral del terrorismo¹⁸².

Excurso: Relación entre el terrorismo y el “crimen organizado”:

Más polémico es el acercamiento a las relaciones existentes entre el terrorismo y el crimen organizado entre los tratadistas del tema. Las opiniones de la doctrina lo revelan, no siendo unánime el uso de la terminología sobre el punto.

En este sentido puede observarse la consideración de algunos autores respecto de los nexos entre la criminalidad organizada y el terrorismo como una relación de género a especie, fundada en los elementos comunes de carácter organizativo presentes en ambos tipos de criminalidad, a lo que se agregarían consideraciones de tipo político criminal que aconsejarían dicho enfoque¹⁸³.

En el mismo sentido, puede apuntarse la definición del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en septiembre de 1999 que definió el crimen organizado basado en las siguientes características: división de trabajo; intercambiabilidad de los individuos participantes; el secreto; la mezcla de actividades legítimas e ilegítimas; la capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (ya sea por la intimidación o la corrupción); y la capacidad de transferencia de ganancias; definiendo el crimen organizado como un tipo de delincuencia que persigue como fines la obtención de poder y/o lucro a través de organizaciones fuertemente estructuradas¹⁸⁴.

Puede señalarse que la posición de la doctrina mayoritaria se pronuncia sobre la pertenencia del terrorismo al género de la criminalidad organizada. Para justificar esta opinión, se tienen en cuenta determinados factores¹⁸⁵: consideración relevante de

¹⁷⁹ CRENSHAW, Marta, “La Lógica estratégica: comportamiento terrorista como producto de una elección estratégica”, en REICH, Walter, “Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales”, Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1994, pág.18.

¹⁸⁰ REINARES, “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, en Revista Internacional de Sociología, N°5, 1993, págs. 42 y 47, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.201.

¹⁸¹ CRENSHAW, Marta, “La Lógica estratégica: ...”, en REICH, Walter, 1994, pág.19.

¹⁸² CRENSHAW, Marta, “La Lógica estratégica:...”, en REICH, Walter, 1994, pág.20.

¹⁸³ En este sentido, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, 2002, pág.58-59.

¹⁸⁴ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, Carta Informativa, N°2, 1999, pág.91, citado por ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, 2002, pág.59.

¹⁸⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 259.

la estructura organizativa, repercusión social negativa de la actividad delictiva; apoyo internacional entre ambos tipos de actividades. En sentido contrario, y atendiendo a la consideración relevante de los fines y del carácter estratégico de las conductas incriminadas, y la publicidad o secreto de las actividades criminales, se sostiene la irreconciliable separación entre ambos tipos de fenómenos.

Con la expresión “criminalidad organizada” como señala Mapelli Caffarena¹⁸⁶, se ha querido aludir tanto a las propias organizaciones criminales con estructuras consolidadas y distribución de roles hasta las relaciones espontáneas entre personas pertenecientes a los bajos fondos de las grandes urbes. El ámbito de actividades es amplio, y se alude a tipos de actividades criminales mayoritariamente guiadas por fines eminentemente lucrativos, realizadas por entidades colectivas. Se concibe de esta forma, el actuar de la mafia, los carteles de droga, las bandas dedicadas al tráfico internacional de pornografía infantil, al tráfico de armas, la delincuencia económica, por señalar algunos ejemplos.

Del fenómeno delictivo asociativo pueden ya encontrarse antecedentes en Roma. Durante la Edad Media la intervención de los caballeros salteadores y la explotación de los campesinos a través del uso abusivo de los derechos de paso y de portazgo. Posteriormente en el siglo XVII, debido al aumento del uso de la moneda, se produce un aumento de organizaciones orientadas a la falsificación y puesta en circulación de moneda, debido a la pérdida del poder real de monopolio sobre dicha actividad¹⁸⁷. Especial interés representa el fenómeno del llamado bandolerismo, en España, lo que como se verá, tendrá influencia en el tratamiento jurídico del terrorismo en dicha legislación.

Entre ambos tipos de delincuencia, no obstante, cabe señalar la posibilidad de establecer puntos de separación y puntos de unión. La conexión entre ambos fenómenos delictivos se ha acentuado en la actualidad debido a la relación entre ambos tipos de criminalidad, en especial, a escala transnacional, en lo relativo a actividades como el tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos y de elementos radioactivos, pornografía, blanqueo de dinero, entre otras.

En el análisis comparativo de las diferencias y semejanzas entre ambos fenómenos, resulta ilustrativo el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas realizado el año 1996 en la Comisión de prevención del delito y justicia penal, referente a la vinculación entre la delincuencia transnacional organizada y los delitos de terrorismo¹⁸⁸. En lo que sigue, el mencionado documento será la base de nuestras apreciaciones comparativas de ambos fenómenos.

Señala el referido texto, como punto de partida, que la diferencia entre ambos fenómenos radica en los distintos móviles¹⁸⁹ perseguidos por una u otra categoría de acción

¹⁸⁶ **MAPELI CAFFARENA**, Borja, “Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada”, en **A.A.V.V., GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI** (coordinador), “La Criminalidad Organizada ante la Justicia”, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pág.53.

¹⁸⁷ **RADBRUCH**, Gustav, “Historia de la criminalidad. Ensayo de una criminología histórica”, Barcelona, 1955, pág.249, citado por **MAPELI CAFFARENA**, Borja, “Los problemas...”, **A.A.V.V., GUTIÉRREZ -ALVIZ CONRADI** (coordinador), 1996, pág.54.

¹⁸⁸ **NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIAL PENAL**, Quinto período de sesiones. Viena, 21 a 31 de mayo de 1996. Tema 3 del programa provisional [E/CN.15/1996/1.] .EXAMEN DE TEMAS PRIORITARIOS, Vínculos entre la delincuencia transnacional organizada y los delitos terroristas. Informe del Secretario General , en www.uncjin.org/Documents/5comm/7s.htm .

¹⁸⁹ La consideración de los móviles como el punto divisorio entre terrorismo y la criminalidad organizada es patente en el discurso criminológico. Un ejemplo lo constituyen los acercamientos de la Criminología norteamericana sobre la materia. Así, por

delictiva: “el terrorismo se encontraría motivado por fines ideológicos; el crimen organizado por una mayor participación de los grupos que lo emplean en mercados lícitos e ilícitos, y que no pretenden promover sistemas ideológicos determinados”.

La motivación política del terrorismo, la valoración del elemento político en él, permite a su vez, en palabras de Terradillos Basoco¹⁹⁰, “no incluir en el cajón de sastre del terrorismo a todas las formas graves de criminalidad... lo que haría injustificable su tratamiento específico”.

Otros elementos diferenciadores se hacen radicar en la reivindicación que de las conductas delictivas en ambos tipos de criminalidad efectúan los actores de dichas conductas. Así los sujetos terroristas, por lo general, reivindican públicamente la comisión de dichos actos, salvo en el caso especial del terrorismo de Estado, con las observaciones ya señaladas en cuanto a su carácter oculto. En cambio, los participantes en actividades de crimen organizado, pretenden todo lo contrario, salvo en circunstancias extraordinarias de conflicto radicalizado con la autoridad pública, por ejemplo, en el caso del narcotráfico en Colombia, durante el período en que el cartel de Medellín declara abiertamente la guerra al Estado Colombiano, a fin de evitar los procesos de extradición a los que se veían expuestos sus máximos dirigentes, a iniciativa de E.E.U.U. Se puede decir en este sentido, que al crimen organizado le aviene mayormente un actuar entre las sombras, que, en términos comunicativos, evade el terrorismo. Ilustrativa es la observación de Fernández Monzón¹⁹¹ en este sentido: “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”.

Se pueden señalar circunstancias de semejanza entre ambos tipos de delincuencia:

La necesidad común de ambos tipos de actividades de financiar sus programas de acción, para lo cual incurren, en ciertos casos, en conductas delictivas, lo que lleva a que los métodos de acción (asesinato, secuestro y extorsión) se equiparen en muchas ocasiones. b) La necesidad de un aparato organizativo especializado, junto a la conformación de una estructura jerárquica e implementación logística adecuada. El perfil de la organización íntimamente arraigado en la asociación criminal implica un efecto multiplicador. En los hechos, la consolidación de la estructura criminal se autoalimenta de los propios resultados, generando una tendencia de crecimiento bajo el perfil *subjetivo* (número de los asociados) y *objetivo* (delitos en los cuales se invierte la fuerza de la asociación)¹⁹².

La normativa tanto a nivel estatal como a nivel internacional respecto de la conceptualización del terrorismo y del crimen organizado, considerado el primero como especie de delincuencia organizada, o bien, como forma de criminalidad autónoma respecto de la criminalidad organizada, presenta un carácter contradictorio.

ejemplo, en **GLICK**, Leonard, “Criminology”, Ally and Bacon, Prentice Hall.Inc., Boston, 1995, págs.324 y 325. En igual sentido, **SIEGEL**, Larry, “Criminology. Patterns, and Tipologies”, Seventh Edition, Wadsworth/ Thompson Learning, 2000, págs. 356 a 360.

¹⁹⁰ **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”, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pág.55.

¹⁹⁰

¹⁹¹ **FERNÁNDEZ MONZÓN**, Manuel, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, en “Terrorismo Internacional”, (Dir. Por Salustiano del Campo), Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pág.68, citado por **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, “Terrorismo: ¿Crimen Organizado?”, en Revista Anales de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lom, Santiago, 2004, pág. 238

¹⁹²

CASTALDO, Andrea, “La naturaleza económica de la Criminalidad Organizada”, en Revista Prudentia Juris, N° 57, en <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/01.asp>

Así por ejemplo, como lo ha apuntado Villegas Díaz¹⁹³, a nivel europeo y norteamericano, se observa la tendencia de dichas legislaciones a equiparar ambos tipos de delincuencia en cuanto criminalidad organizada, mientras que los instrumentos internacionales, así como la práctica en el mismo ámbito, distinguen claramente ambas modalidades delictivas. La razón del distinto tratamiento, a nivel interno y a nivel internacional, puede encontrarse en el tipo de terrorismo que se pretende perseguir a través de las legislaciones internas (el terrorismo insurgente) y la inexistencia de una condena inequívoca y manifiesta en contra del terrorismo de Estado. A ello se suma el tratamiento discontinuo entre la asimilación del terrorismo al crimen organizado junto a otras modalidades delictivas (tráfico de drogas, por ejemplo) y la penalidad asignada al terrorismo y a esas otras formas de criminalidad (penalidad más grave para el terrorismo que para las otras formas de criminalidad organizada)¹⁹⁴.

d.- Distintas clases de terrorismo:

Existen muchas clasificaciones de terrorismo, tantas que quizás más que ayudar a clarificar el concepto, nos llevan a confusiones. Un autor que nos ayuda a sintetizar los intentos de clasificación es FRIEDLANDER que nos entrega cinco modelos básicos que son los siguientes:

El primer modelo es de R. MOSS¹⁹⁵, quien distingue tres categorías:

a.- El Terror represivo: Vinculado a un terrorismo gubernamental o de Estado como el que representan el período jacobino de la Revolución de 1789.

b.- El Terror defensivo: el que suponen las actividades de grupos no estatales, por ejemplo las de grupos de resistencia frente a un poder invasor (las guerrillas) o el de miembros de una comunidad que tratan de defender sus derechos tradicionales.

c.- El Terror Ofensivo: Terror practicado por individuos o grupos y dirigido contra un sistema predominante o un régimen opresivo¹⁹⁶ (el caso de buena parte de los movimientos de liberación nacional).

El segundo tipo de clasificación lo encontramos en la obra de F. GROSS¹⁹⁷, él distingue hasta cinco estrategias diversas de terrorismo:

Terrorismo de Masas, esto es, el tipo de terrorismo en el que el grupo dominante (o el Estado) ejerce una violencia sobre los grupos opositores mediante la manipulación de las masas.

¹⁹³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Terrorismo: ¿Crimen Organizado?”, en Revista Anales de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lom, Santiago, 2004, págs.233 a 235.

¹⁹⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2004, págs.239 y 240.

¹⁹⁵ R.MOSS, “The war for the cities, 1972, págs.32 y siguientes, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág.84

¹⁹⁶ La consideración de individuos aislados que actúan al margen y en absoluta desconexión del accionar de organizaciones terroristas, es contraria a la toma de posición que se sustenta en este trabajo, para efectos del tratamiento jurídico que el Derecho Penal debería, a nuestro juicio, aportar. En este sentido, el actuar individual en actos de terrorismo debe ser entendido en el contexto de actuación de las organizaciones mencionadas, teleológicamente orientadas a la consecución de fines políticos.

¹⁹⁷ F.GROSS, “Political Violence and Terror in 19th and 20th century Russia and Eastern Europe, págs.428 y siguientes, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág..85.

Terrorismo Fortuito, el vinculado con agentes individuales: es el característico de la actividad terrorista indiscriminada sobre víctimas inocentes.

Terrorismo fortuito y centralizado: se trata de una variedad de la anterior, mucho más discriminada y que se dirige a presionar sobre la autoridad dominante.

El asesinato dinástico: El ataque puro y simple sobre el Jefe del Estado o los miembros de la élite dominante. Se trata precisamente del tipo de terrorismo con el que se enfrentó la comunidad internacional desde mediados del siglo XIX.

El Terrorismo Táctico es la última modalidad y en él el uso de la fuerza se dirige directamente contra el Gobierno.

T. THORNTON¹⁹⁸ desarrolla, por su parte, un tercer modelo de clasificación que se inspira en el anterior, aunque utiliza una terminología propia, ésta es la siguiente:

Terror de refuerzo o contraterrorismo: Es el mismo tipo que llamaba GROSS terrorismo defensivo, y se vincula también a la violencia aplicada por el poder para mantenerse.

Terror agitacional u ofensivo, que se dirige a la obtención de poder, se caracteriza sobre todo con “estimular o promover al público”.

El cuarto tipo de clasificación la realiza J. BOWYER BELL¹⁹⁹, él distingue hasta cinco modalidades de terrorismo:

Terrorismo psicótico y criminal, que es el que suele aparecer detrás de los fenómenos de piratería aérea o secuestro.

Terrorismo Endémico, característico de sociedades primitivas o de Estados societarios anárquicos que el autor ejemplifica en Uganda.

Terrorismo autorizado que supone el uso del poder estatal dirigido directamente contra ciudadanos del propio Estado o enemigos internacionales.

Terrorismo vigilante, en el que incluye tanto la modalidad homónima de MOSS, como la utilización de terroristas mercenarios contra un enemigo extranjero.

Terrorismo Revolucionario: Es el ejemplo del terrorismo puramente político, que se dirige a derribar al Estado, que puede ser utilizado por individuos, grupos, o masas y que BELL subdivide en seis tipos:

Terrorismo Organizativo, que se dirige a mantener la disciplina dentro del propio grupo revolucionario.

Terrorismo de lealtad, es decir, aquél que se dirige a obtener mediante la intimidación el soporte de la población al propio programa y grupo.

Terrorismo funcional selectivo, cuyos objetivos son un grupo específico de personas.

Terrorismo Provocativo, el que intenta provocar medidas de respuesta contraterrorista por parte del Gobierno, que “despierten” a la opinión pública alienada.

Terrorismo Manipulativo: es el modelo que actúa fundamentalmente a través de secuestros que intentan ser el medio de negociación con la autoridad.

Terrorismo simbólico, que persigue básicamente un impacto psicológico sobre una amplia audiencia.

¹⁹⁸ THORNTON, “Terror as a Weapon of Political Agitation”, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág.85.

¹⁹⁹ BELL, J.B, World Politics 29/1977, Cambridge, Harvard University Press, 1976, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo,

El quinto y último modelo, que se aparta de los anteriores, es el que se encuentra en la obra de WILKINSON²⁰⁰, quien, tras distinguir entre (a) terrorismo común o criminal y (b) terrorismo político, formula una propuesta de clasificación de esta segunda categoría, inspirándose en el esquema proporcionado por el trabajo de WALTER²⁰¹:

Terrorismo Revolucionario, es decir, el que utiliza sistemáticamente la violencia terrorista para provocar la subversión del orden establecido.

Terrorismo sub-revolucionario: es la forma utilizada no por los objetivos de cambio revolucionario o de reacción del Gobierno sino buscando un cambio de medidas concretas (venganza, asesinato dinástico, entre otros.)

Terrorismo Represivo: es, ante todo, un proceso dirigido por el Gobierno, aunque también puede ser utilizado por un movimiento político que trata de controlar a sus propios miembros. Es aquí donde cabe incluir el terrorismo de Estado.

El valor de las clasificaciones expuestas radica en mayor o menor medida en destacar la finalidad política del terrorismo.

d.1. La distinción básica en toda forma de terrorismo político: terrorismo insurgente y terrorismo vigilante.

Las clasificaciones mencionadas en el acápite anterior tienen el punto común de poner el acento en los determinados sujetos activos que cometen actos de terrorismo, los cuales expresamente reconocen como susceptibles de ser realizados por individuos, grupos o entidades, de carácter público o privado, y los objetivos que pretenden obtener dichos sujetos. Se diferencian en cuanto a la mayor o menor importancia que confieren a los elementos estructurales y los fines perseguidos, y el hecho de incluir, algunas de ellas, actos de terrorismo que no necesariamente tengan carácter político. Sin embargo, al centrarse en la consideración concreta de la forma en que cada uno de los distintos actores hacen uso del terrorismo, pierden de vista la distinción básica en cuanto al carácter estratégico con que se hace uso del mismo.

Es por lo anterior, que ahora trataremos la clasificación de mayor utilidad, a nuestro juicio y que es, en general, la más importante a nivel de análisis. Nos referimos específicamente a la distinción que se efectúa entre el llamado terrorismo insurgente y el denominado terrorismo vigilante.

La referida distinción está basada en los intereses relativos de los actores sociopolíticos actuantes en relación a la posición de poder que se pretende obtener con la acción terrorista y los fines políticos que la sustentan. Entendido en estos términos, se caracteriza el terrorismo vigilante como aquel que pretende preservar un orden político establecido determinado; al terrorismo insurgente le interesaría, por el contrario, alterar sustancialmente una determinada distribución de poder²⁰². Al primero, lo caracterizarían, atendiendo a los criterios del alcance propuesto en la acción violenta, el grado de organización del

²⁰⁰ WILKINSON, “Terrorism and the Liberal State”, London, Macmillan, 1977, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág. 68

²⁰¹ WALTER, E.V., “Terror and Resistance: a Study of Political Violence with case studies of some primitive African communities”, New York, Oxford University Press, 1969, citado por RAMON CHORNET, Consuelo, 1993, pág.87.

²⁰² REINARES, Fernando, 1998, pág.19.

grupo agente y el número de participantes del colectivo, las siguientes circunstancias²⁰³: a) Alcance amplio (cambio del sistema); b) alto de grado organizativo; c) número de miembros reducido.

Una variedad de importancia y conocimiento en Latinoamérica en cuanto a una forma de terrorismo vigilante, la constituye el terrorismo de Estado.

d.2.- Sobre el terrorismo de Estado:

La historia de los últimos 40 años en nuestro continente ha sido remecida por variadas oleadas de violencia política, y su influencia tanto en la articulación de acciones y organizaciones de terrorismo insurgente y terrorismo vigilante no es un misterio para nadie.

El advenimiento de distintas dictaduras militares en nuestro continente, en especial durante la década del cincuenta en adelante, hará aparecer entre nosotros manifestaciones concretas del denominado terrorismo de Estado.

La manifestación del terrorismo de Estado en nuestras sociedades como mero hecho, no permite sin embargo entender las particularidades que dicha forma de acción terrorista importa para el Derecho y, en especial, como se verá, de las respuestas jurídico penales que los Estados y que la comunidad internacional han adoptado sobre el punto.

Gillaume²⁰⁴ distinguía respecto de la expresión “terrorismo de Estado”, tres sentidos posibles:

- a) Uso del terror por parte del Estado como forma orgánica e institucional;
- b) Situaciones en que el Estado se implica en el favorecimiento o patrocinio del terrorismo Internacional.
- c) Uso de la fuerza en las relaciones internacionales dentro de determinados contextos.

Respecto a las nociones señaladas en las letras b) y c), la condena internacional se ha manifestado en contra de este tipo de acción en el desarrollo de las relaciones internacionales de los Estados, como forma de trato con otros Estados y pueblos, en atención al respeto de la soberanía y la independencia de los Estados, el derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho de cada uno de ellos de elegir su propio sistema de organización sociopolítica, así como su desarrollo económico social y cultural²⁰⁵.

Para los efectos de este apartado, nos referiremos al terrorismo de Estado en el contexto de su uso en los contextos territoriales nacionales, uso que se aviene con la primera acepción anotada por Guillaume.

El terrorismo de Estado, puede ser descrito desde diversas perspectivas, en torno a criterios dados. En términos simples, el terrorismo de Estado puede ser entendido como manifestación de otro fenómeno más amplio que es el abuso de poder, entendiendo por tal, “la violación reiterada y sistemática a los derechos humanos mediante la utilización

²⁰³ WALDMAN, P & VV.AA., “Strategien politischen Gewalt”, Stuttgart, Klett, 1977, págs. 28 y siguientes y 78 y siguientes, citado por RAMÓN CHORNET, Consuelo, 1993, pág.76

²⁰⁴ GUILLAUME, G., “Terrorisme et droit International”, págs. 297 a 300, citado por ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, “Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág.56.

²⁰⁵ Así, en Resolución 39/159 de la 102ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 17 de Septiembre de 1984, sobre “Inadmisibilidad de la política de terrorismo y de toda acción de los Estados encaminada a socavar el sistema sociopolítico de otros Estados soberanos”, en www.un.org/spanish/terrorismo/ag/ares39159.pdf.

indebida del poder estatal respecto de los ciudadanos”²⁰⁶. El anterior criterio, si bien es útil como punto de partida en cuanto a considerar el carácter no excepcional e indebido del actuar estatal en lo que aludimos por Terrorismo, es aún insuficiente. A saber, no nos dice nada acerca de por qué o para qué el Estado incurre en dichas conductas a través de sus agentes y estructura organizativa, y aparece, por tanto, demasiado amplio para configurar dicho actuar.

Importante será entonces la caracterización de la forma y los fines para los cuales se ejerce este tipo de terrorismo. Pareciera aludir a este punto, la definición que entrega la literatura relacionada, cuando lo describe como un “*uso arbitrario por los órganos de la autoridad política, de la coerción severa en contra de individuos o grupos, de la amenaza creíble de su uso, o de la exterminación arbitraria de los mismos*”²⁰⁷. En un concepto como el anterior, aparece un elemento adicional que es útil de considerar, la selectividad de los receptores de las conductas y los medios para llevarla a cabo.

En un sentido aún más preciso, Garzón Valdés²⁰⁸, considera los caracteres que el terrorismo de Estado comporta, en su actuación. Entre tales caracteres se encuentran, a juicio de Garzón Valdés, los siguientes: a) la afirmación de la existencia de una guerra en toda la sociedad, que incluye la esfera internacional y que tiene por fin eliminar los valores absolutos de quienes detentan el poder; b) la delimitación imprecisa de los hechos punibles y la eliminación del proceso judicial para determinar los delitos; c) imposición clandestina de sanciones estatales prohibidas como tortura y homicidio de adversarios; d) aplicación difusa de medidas violentas de privación de libertad, propiedad y otros; y finalmente, e) infundir temor en la población..

El terrorismo de Estado a su vez, presenta elementos funcionales acordes a los objetivos perseguidos por sus agentes. La idea de terrorismo de Estado, según Garzón Valdés, requiere de ciertos elementos funcionales para ser eficaz, que incluyen: a) una cierta organización ideológica cuya base es un dogma, tal fue por ejemplo la “doctrina de seguridad nacional”; b) un equipo eficaz de propaganda; c) el cultivo de la propia imagen para compensar los actos de crueldad; y d) una disciplina interna que elimina la autocrítica²⁰⁹.

Hay también, según Garzón Valdés²¹⁰, argumentos de legitimación del terrorismo de Estado entre los cuales se distinguen:

- 1) El argumento de la eficacia o la idea que el terror estatal sería la forma más eficaz de combatir el terrorismo urbano y/o rural;
- 2) El argumento de identificar al terrorista que exigiría la aplicación de medidas difusas;
- 3) El argumento de la simetría o la asimilación con el terrorismo en los medios que utiliza para combatirlo;

²⁰⁶ VILLEGAS Díaz, Myrna , 2001, pág.209.

²⁰⁷ DALLIN, Alexander y BRESLAUER, George, “Political Terror in Communist States”, Stanford (CA), Standford University Press, 1970, pág.1, citado por GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, “Definiciones e interpretación del fenómeno terrorista”, en GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (editor), 2002, pág.37.

²⁰⁸ GARZÓN VALDÉS, “El terrorismo de Estado” en “Derecho, Ética y Política “, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs.843 a 854.

²⁰⁹ GARZÓN VALDÉS, 1993, págs.854 a 856.

²¹⁰ GARZÓN VALDÉS, 1993, págs.856 a 860.

4) El argumento de que la medida del éxito en materias de ética pública (a diferencia de la ética privada) es su eficacia en cuanto a los resultados obtenidos;

5) El argumento de lo inevitable de las consecuencias secundarias que se justifica con la doctrina escolástica del doble efecto;

6) El argumento de las elecciones trágicas en que queda el Estado frente al terrorismo que arriesga su propia existencia;

7) El argumento de la primacía de valores absolutos.

Cada uno de estos argumentos es refutado por Garzón Valdés²¹¹ del modo siguiente:

1) El argumento de la eficacia es falso porque derrotar al terrorismo requiere legitimar al sistema y los medios empleados en su derrota;

2) El segundo argumento también es falso porque la identificación del terrorista real y su diferenciación del potencial es parte fundamental de todo Estado de Derecho;

3) El argumento de la simetría con los medios terroristas es un derivado del primer argumento de la eficacia y como tal es falso por los mismos motivos;

4) Por más distinta que sea la ética pública y considere las consecuencias no puede ignorar el tratar a las personas como dignas por sí mismas y no puede aplicarse medidas difusas de castigo respecto de ella;

5) La doctrina del doble efecto es éticamente inadmisibles porque es una cláusula de discrecionalidad que no se somete a criterio alguno;

6) El Estado, si se hace terrorista para combatir el terrorismo porque siente amenazada su existencia, socava su propia legitimidad porque sólo pasa a ser una organización más en la lucha por el poder;

7) El absolutismo moral confunde la creencia con la verdad de una proposición y al no fundar su práctica política en la persuasión y en la coacción de lo que se ha definido con anterioridad como negativo termina afectando los derechos de los inocentes de manera injustificada.

Es aún posible visualizar además las formas concretas a través de las cuales se ha realizado el terrorismo de Estado. En este último sentido, los tratadistas suelen restringir el término terrorismo de Estado, a circunstancias en los cuales “el gobierno de un Estado emplea prácticas como la tortura, los asesinatos en masa, las ejecuciones extrajudiciales o judiciales sumarias, o desapariciones forzadas de los cuáles son víctimas los propios ciudadanos del Estado, ciertas minorías, disidentes u opositores políticos o habitantes de territorios ocupados”²¹².

El terrorismo de Estado tiene conexión con la protección de los derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, ya que tras ella se han adoptado tratados internacionales sobre la materia que incriminan conductas reconducibles a violaciones a los Derechos Humanos.

²¹¹ **GARZÓN VALDÉS**, Ernesto, 1993, pág.861 a 864.

²¹² **GUTIÉRREZ** Juan Carlos y **VILLEGAS DIAZ**, Myrna, “Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, en “Derecho Penal: implicaciones internacionales”, **DIEGO DÍAZ –SANTOS**, María del Rosario y **SÁNCHEZ LÓPEZ**, Virginia (coordinadoras), Editorial Colex, Salamanca, 1999, pág.59.

II.- El delito político.

El análisis jurídico del terrorismo, efectuada la contextualización del terrorismo como inserta en el campo mayor de la violencia política, hace imprescindible ocuparse del correlato normativo de dicha violencia, esto es, la criminalidad o delincuencia política. Puede hablarse en este sentido que históricamente el delito político se encuentra estrechamente ligado al concepto de terrorismo, pese a que se niegue para este último las consecuencias del primero²¹³.

Como señala Montoro Ballesteros²¹⁴, se aprecia el carácter polisémico de la expresión “criminalidad política”, pudiendo entenderse al efecto diversos sentidos del uso de dicha expresión:

“a) Actuaciones delictivas, que para la consecución de determinados fines realiza el Estado o sus agentes (policía, ejército, administración de justicia, servicios de inteligencia). En este sentido suele hablarse de crímenes de Estado, violencia institucional y Terrorismo de Estado;

b) Conductas que atentan contra la seguridad, organización, estructura y funcionamiento institucional del Estado. Se habla en ese sentido de crímenes en contra del Estado.

c) Comportamientos en principio de carácter lícito, que se ejecutan en ejercicio de derechos o libertades, pero que devienen en delictuales porque el Estado los tipifica de tales, castigándolos. Se habla en este sentido, de delitos políticos en sentido estricto”.

La reflexión de Montoro, pese a su vaguedad y extensión, nos permite vislumbrar la circunstancia de que el delito político surge en contraposición a otras formas delictivas, supuesto implícito en la finalidad que persigue la acuñación de esta categoría delictiva. Es posible extraer una segunda conclusión, que los delitos a los que se les asigna la etiqueta de políticos tienen alguna relación con el ejercicio del poder político a través de la organización política del Estado y de sus agentes.

En este sentido, podemos entender que la categoría “delincuencia política” es construida a partir de la comparación entre esta forma de actuar y otra forma delictiva denominada delincuencia común, para efectos de acordar a la primera de las formas mencionadas un trato jurídico penal más benigno. La explicación es histórica. Ella viene dada por los presupuestos liberales que pretendía propugnar el ejercicio del poder que surgió luego de la caída del antiguo régimen. En relación con el terrorismo, como actividad de violencia política teleológicamente orientada, se producirá entre los siglos XIX y XX un lento proceso que decantará el concepto de delito político en tensión con el fenómeno terrorista²¹⁵.

El segundo punto que se aprecia del campo semántico que expone Montoro es la sugerencia de la necesidad de un marco de mayor privilegio del delito político, caracterizado en cuanto “auténtico delito político” en la regulación jurídico penal. Queda por tanto

²¹³ BUENO ARUS, Julio, “Terrorismo Internacional”, Ministerio de Justicia, Instituto de Cuestiones Internacionales”, Madrid 1984, pág.117.

²¹⁴ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “En torno a la idea de delito político”, Revista de Derecho de la Universidad de Murcia, N °18, Murcia, 2000, págs. 36 y 37.

²¹⁵ LAMARCA, Carmen, 1985, pág.80. ²¹⁴ WALKER PRIETO, Ignacio, “El delito político”, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1980, pág.3.

dilucidar en base a qué criterios se concede dicho tratamiento más privilegiado y de qué elementos eminentes debe constar la conducta incriminada para ameritar este tratamiento más benigno.

Los delitos políticos no siempre fueron objeto del trato privilegiado al que mencionábamos. Fundamental importancia tiene para entender la evolución del delito político la historia del Derecho Romano. En Roma pueden considerarse de relevancia, para los efectos del estudio del delito político, las figuras del *perduellio* y del crimen de lesa majestatis, este último que terminará por englobar al primero, fue introducida por la *lex Apuleja* en el año 652, y extendida con posterioridad por Sila, a través de la *ley Cornelia* de majestatis, referida, en general a todo acto hostil hacia el Estado²¹⁶. Los contornos de ambas figuras son indefinidos y no hay consenso absoluto respecto al punto entre los tratadistas, salvo en lo gravoso de las penas aplicadas para una y otra figura, el *suplicium*, la pena capital. Por crimen de lesa majestatis se entendía, en los términos de Ulpiano, “*quod adversum populum romanum vel adversus securitatem eius comittitur*”, esto es, todo crimen contra el pueblo romano o su seguridad²¹⁷.

Durante la Edad Media, y bajo la influencia del cristianismo, la justicia humana se configura bajo el modelo de la divina. El rey, soberano de derecho divino, ejerce esa justicia sobre sus súbditos de un modo implacable y delega en los jueces el derecho de juzgar que Dios le ha concedido.

El rasgo más sobresaliente del Estado Feudal fue la autoridad dispersa y un tanto precaria, fundada en la posesión de la tierra; y la amenaza constante de un ambiente de beligerancia en sus relaciones externas. Como consecuencia lógica de lo anterior surge el fortalecimiento de la política interior: asegurado el predominio interno, era más fácil mantener una táctica defensiva en un ambiente hostil, de escasas relaciones internacionales. Ello implica en gran medida, la severidad con que se perseguían los atentados contra la Seguridad del Estado.²¹⁸

El derecho canónico, que tuvo mucha influencia en esa época, especificaba dos tipos de delitos de lesa majestad: El atentado contra el Estado eclesiástico, y el atentado contra la persona del Papa o de algún cardenal.

En España, Las Partidas (Ley I, Título III de la Partida VII, de la traición) establece catorce clases de traición, como equivalentes de la “majestas” que se refería a la traición contra la persona del rey.

Durante el período absolutista la extradición de líderes políticos y militares, se constituyó en una regla sin excepción entre las monarquías europeas. Los primeros tratados de extradición se concluyeron precisamente para defender los derechos de los Príncipes y para castigar la delincuencia frente al Estado. La extradición se aplicaba sobre todo en materia de delito político²¹⁹.

²¹⁶

²¹⁷ WALKER PRIETO, Ignacio, 1980, pág.4. En igual sentido, SOTO RIVEROS, A., “La extradición en el Código de Bustamante”, Memoria de prueba, Escuela Tipográfica “La Gratitud Nacional”, Santiago, 1939, págs 32 y siguientes, citado por GAETE GONZÁLEZ, Eugenio, “La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia(1935-1965)”, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1972, pág.216.

²¹⁸ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José, “Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos”, Primera edición, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1991, pág. 51.

²¹⁹ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José, 1991, págs.52 y 53.

En la etapa del Liberalismo, es abolido el crimen de lesa majestad, y se hace del delito político una clase privilegiada por su ausencia de ilicitud, en razón del móvil que guía al agente.

El derecho a la Resistencia es consagrado por la Constitución de Maryland y se coloca, por fin, en la tabla de los Derechos del Hombre en 1789, en su artículo 2º. Esta evolución culmina aboliendo la pena de muerte para la delincuencia política, por la Revolución de 1848. Ciertamente es que las ideas que dieron vida a la Revolución Francesa, pusieron fin a los atropellos de la majestas, y exacto también es que la Revolución de 1789 consagró el Derecho a la Resistencia frente a la tiranía; pero no es menos cierto que también existen en este periodo momentos de dura represión.

En el ámbito del derecho internacional, surge una corriente favorable a conseguir un tratamiento más benigno para el delincuente político, que se concreta en la tesis del derecho de asilo y que luego se extenderá a todos los ordenamientos internos.

En los tratados de extradición, la exclusión a favor de los delincuentes políticos es de historia reciente. A partir de 1815, Inglaterra rechaza la extradición de los culpables por crímenes políticos.

La doctrina señala como fundamento para la no entrega de los delincuentes políticos, la índole de la infracción y la falta de peligrosidad de esta clase de delincuentes, que sólo lo son en el Estado en que se alzan, mientras que para los demás Estados no representan amenaza alguna.

Después de la Primera Guerra Mundial, muchas contingencias impidieron la concreción práctica del régimen democrático y libertario, entre ellas la aparición del fascismo, que fue la negación de la democracia; el nacionalismo en su forma más aguda; y los errores en política exterior de los grandes Estados democráticos occidentales. En este nuevo ambiente, surge una nueva visión del Estado y sus fines.²²⁰

Con esta nueva concepción surge el derecho penal autoritario, encaminado a afirmar y reforzar el poderío del Estado. La suprema aspiración de la ley penal es la vigorosa protección del Estado, por lo que el delito político se conceptúa como un acto de traición. Se lo juzga de mayor gravedad que el delito común en contraposición a lo señalado para esta misma infracción considerada en el sistema liberal puro.

Por otra parte, el tratamiento jurídico del terrorismo nos muestra la creciente impotencia del Estado constitucional para mantenerse fiel a sus genuinas señas de identidad garantista. La legislación de emergencia va adquiriendo consistencia, durabilidad y solidez, es decir, se institucionaliza.

Esta tendencia restrictiva también se hace sentir en el ámbito internacional. El Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, acordado en 1977, constituye una seria lesión de derechos tan arraigados como el asilo, y de principios básicos del Estado de Derecho. El Convenio Europeo termina definitivamente con el privilegio extraditorio, no sólo de los delitos de terrorismo sino del delito político como categoría jurídica.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, el único problema consistía en evitar la excesiva amplitud de la noción de delito político, capaz de abarcar la delincuencia anarquista, la terrorista y la social. Ello obligó a los Estados contratantes a restringir su concepto, para no verse forzados a conceder el beneficio del asilo a delincuentes peligrosos para el propio Estado en que se pedía el refugio. Los problemas que han surgido en los últimos años

²²⁰ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José, 1991, pág. 56.

son otros. El riesgo está en que los Estados den un nombre a determinadas infracciones, incluidas en los tratados, que les permita extraer a los auténticos delincuentes políticos²²¹.

La funcionalidad de la noción delito político además es clara en su aplicación concreta en la cooperación en materia criminal entre los Estados. Dependiendo del carácter de político o no de una determinada conducta incriminada, la extradición será concedida o no. Es el planteamiento envuelto en la regulación de la extradición en la historia, con variantes claramente distinguibles entre los criterios adoptados durante el antiguo régimen y los criterios adoptados con posterioridad a la caída del período de la monarquía absoluta. Puede además apreciarse, el carácter paradójico de la noción misma para efectos extraditorios. Mientras más se confirma a lo largo de la historia la existencia de delitos políticos y se reconoce la disminuida carga de injusto que envuelven, más se les restringe en pos de excluir del carácter de delitos políticos, la consideración de diversas conductas.

II.1.-Distintas teorías sobre la caracterización del delito político.

Con el propósito de dilucidar qué consideraciones ha de revestir la conducta incriminada para recibir un trato más benigno se han elaborado distintas posturas. En este sentido se habla de teorías objetivas, subjetivas, mixtas o eclécticas.

Las teorías objetivas ponen el centro de interés, en la consideración del bien jurídico protegido por la conducta incriminada²²². Se incrimina como delito político a los “hechos que comprometen la organización o el funcionamiento del Estado o perjudican los derechos políticos de los ciudadanos²²³”.

A nivel doctrinario se pronuncian a favor de la teoría objetiva Garraud²²⁴, y Antón Oneca²²⁵. En cuanto a su consagración en los textos positivos que acogieran esta teoría se menciona al Código Penal Soviético de 1926 (art.6) y la ley alemana de extradición de 1929 (art.3º)²²⁶.

b) Las teorías subjetivas se centran en la motivación del agente, en el móvil perseguido por éste. Es delito político, de acuerdo a este criterio, aquel que es cometido por motivos políticos. Puede encontrarse en Ferri una teorización del móvil presente en este tipo de delincuente, dentro de sus estudios relativos a la delincuencia evolutiva. La consagración de esta teoría intentó llevarse a cabo en el proyecto de Código Penal a cargo de Ferri en Italia en 1921, en los siguientes términos: “*Son delitos político sociales los cometidos exclusivamente por móviles políticos o de interés colectivo*”²²⁷. En Paoli se constata la

²²¹ DEL BARRIO REYNA-LEÓN REYES, Álvaro, José, 1991, pág. 59.

²²² QUINTANO RIPOLLES, Antonio, “Delito Político”, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, varios autores, Tomo VI, Francisco Seix, Barcelona, 1954, pág. 603.

²²³ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, 1991, pág.61.

²²⁴ GARRAUD, R, “Traité theorique et pratique de Droit Penal Pénal Français, 3ª Edición, Tomo I, París, 1913, pág.261, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.186.

²²⁵ ANTÓN ONECA, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Reus, Madrid, 1949, pág.149, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.186.

²²⁶ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, 2000, pág. 151

²²⁷ FERRI, Enrico, “*Relazione al progetto preliminare di Codice penale*”, pág.27, citado por QUINTANO RIPOLLES, Antonio, 1954, pág.604.

afirmación de esta doctrina en términos más acotados a los expresados por Ferri, como “aquellos cometidos por motivos políticos u otros de interés colectivo, cuando el hecho no aparezca de tal manera desproporcionado a los motivos, que lo haga asumir caracteres de delincuencia común²²⁸”. En España sostendrían por su parte la corriente subjetiva autores como Jiménez de Asúa²²⁹ y Quintano Ripollés²³⁰.

c) Las teorías mixtas, mezclan los elementos enunciados por las teorías anteriores, esto es, la consideración del bien jurídico y del móvil del agente. A nivel doctrinario fue sostenida la vertiente mixta por Manzini y Mazzari en Italia, y en España por Cuello Calón²³¹. A nivel positivo fue consagrada en el Código Penal Italiano de 1930, el que en su art. 8º señalaba: “Es delito político todo delito que lesiona un interés político del Estado o de los ciudadanos, así como el común en que, en parte o en todo, viniese determinado por móviles políticos”²³².

Dependiendo de la consideración alternativa o copulativa de los criterios objetivos y subjetivos²³³, las teorías mixtas se pueden dividir a su vez en:

A. Teoría mixta amplia, entiende por delito político los que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y los que se realizan con un móvil o fin político²³⁴.

B. Teoría mixta restrictiva, solo considera como delitos políticos “aquellos que atentando contra la organización política o constitucional del Estado se realizan además con un fin político”²³⁵.

La anterior distinción entre las distintas teorías expuestas, se conectará como se verá con las clasificaciones reconocidas para los delitos políticos.

II.2.- Clasificación de los delitos políticos.

Se distingue, dependiendo del carácter de los bienes jurídicos lesionados y la finalidad perseguida por el agente, entre:

²²⁸ **PAOLI**, “Il delitto politico sociale secondo la concezione positivista”, en “Scuola Positiva”, 1924, pág.354, citado por **QUINTANO RIPOLLÉS**, Antonio, 1954, pág.604.

²²⁹ **JIMÉNEZ DE AZÚA**, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, tomo III, Madrid, 1963, págs.210 y 213 a 215.

²³⁰ **QUINTANO RIPOLLÉS**, Antonio, Curso de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1963, pág.461.

²³¹ **CUELLO CALÓN**, E., “Derecho Penal. Tomo I. Parte General, Volumen I, Barcelona, 1980, págs.315 y 320, citado por **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág.190

²³² **QUINTANO RIPOLLÉS**, Antonio, 1954, págs.606 y 603.

²³³ **MONTORO BALLESTEROS**, Alberto, 2000, pág.148.

²³⁴ **SÁINZ CANTERO**, J.A, “Lecciones de Derecho Penal”, Parte General, 3ª Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990, pág.442, citado por **MONTORO BALLESTEROS**, Alberto, 2000, pág.148.

²³⁵ **SÁINZ CANTERO**, J.A, 1990, pág.442.

a) *delitos políticos puros*: son “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”²³⁶.

b) *delitos políticos complejos*: “aquellas que significan a la par un atentado al orden político de un Estado y a bienes jurídicos de carácter común”²³⁷. Constituye un ejemplo de este tipo de delitos políticos, el atentado en contra de la vida del Jefe de Estado. Los bienes jurídicos lesionados serían en este caso, la organización política del Estado y la vida de su máxima autoridad.

c) *delitos políticos conexos*: aquellos que constituyen ilícitos penales de carácter común cometidos en pos de la realización de un delito político, ya sea durante o con ocasión de la realización de un delito político puro²³⁸. Un ejemplo de este tipo de delitos políticos lo constituye el robo de armas para proveer de pertrechos a un grupo en rebelión.

II.3. La exclusión del carácter de delito político para los delitos de terrorismo.

Sobre la base de la anterior clasificación, la práctica legislativa estatal e internacional, así como también la reflexión doctrinaria, tiende a limitar el delito político y su régimen de privilegio restringiéndolo sólo al denominado delito político puro. En materia de delitos de terrorismo, sin embargo, las tipificaciones jurídicas de estas figuras concuerdan mayoritariamente con aquellos delitos políticos complejos o conexos²³⁹. Un ejemplo de este tipo de delitos políticos, lo constituye el robo de un banco por parte de una organización terrorista para obtener fondos para la financiación de la misma.

A nivel internacional, existe expreso resguardo respecto a los actos de terrorismo y su exclusión de considerarlos como delitos políticos o conexos a ellos. Lo anterior es concordante con las expresas declaraciones de condena que en la comunidad internacional provocan estas conductas, ya sea en tanto al daño material sobre personas y bienes afectados por estos actos, como por la crueldad envuelta en la ejecución de los mismos, y la afección por regla general de víctimas inocentes, amerita, por tanto, un tratamiento diferente, que permite afirmar la negación del carácter de delito político del terrorismo pese a ser conceptualizado éste como una actividad con finalidad política²⁴⁰. La diferencia fundamental entre el delito político y el delito de terrorismo descansa en que el primero pretende abrir paso a un valor de carácter universal, negado por un orden determinado, buscando así el ejercicio de una libertad conculcada, mientras que el segundo persigue la imposición de un concepto dogmático y de carácter absoluto, que atenta en contra de valores fundamentales tales como la soberanía popular y la libre determinación del pueblo²⁴¹. Además para que sean consideradas ciertas acciones como

²³⁶ **NOVOA MONREAL**, Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica, Santiago., 1960, pág. 183, citado por **GAETE GONZÁLEZ**, Eugenio, 1972, pág. 220.

²³⁷ Idem.

²³⁸ **DEL BARRIO REYNA**, Álvaro y **LEÓN REYES**, José Julio, 1991, pág.70

²³⁹ **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág. 194.

²⁴⁰ **LAMARCA**, Carmen, 1985, pág. 449.

²⁴¹ **DOMÍNGUEZ**, Andrés, “Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990, págs.

delitos de terrorismo se debe estar frente a un Estado democrático de derecho que tenga una democracia material, mientras que los delitos políticos sólo pueden encontrarse en regímenes autoritarios y dictatoriales.

III.- Tratamiento jurídico del terrorismo.

a) Lineamientos político criminales.

En este apartado no nos referiremos a las disputas que sobre el bien jurídico protegido por esta figura se ha suscitado en la doctrina, posponiendo el examen de su plasmación en las legislaciones positivas concretas que analizaremos en el próximo capítulo. La referencia específica a su tratamiento en dos legislaciones relevantes, a saber, Chile y España, será tratada en el capítulo cuarto, cuando conectemos la regulación específica del terrorismo con las instituciones de la amnistía, el indulto y el arrepentimiento eficaz o las figuras análogas a éstas en las legislaciones elegidas.

Como aproximación introductoria al acercamiento jurídico al terrorismo, debemos hacernos cargo de un fenómeno político criminal inserto en la regulación que los distintos sistemas jurídico penales han venido plasmando de un tiempo a esta parte respecto de determinadas categorías de ilícitos y, que en la expresión de Jakobs²⁴², viene a conformar la oposición entre dos fenómenos, designados bajos la fórmula expresiva de “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano”.

Como quiera que se entienda a qué se alude con la expresión “Política Criminal”, el sentido del binomio viene afectado directa y palmariamente por su primer término. Política es poder, poder del Estado en relación con el fenómeno Criminal, con una vocación de dirección y conformación social, ya sea en su proceso de definición de los procesos de criminalización como en las etapas posteriores del tratamiento de dicho fenómeno por parte del Estado²⁴³.

Siguiendo a Silva Sánchez²⁴⁴, dos son las posibles vías para abordar la política criminal: como praxis o como teoría. En cuanto praxis, la política criminal se preocupa “*del conjunto de actividades-empíricas-, que se concretan en modelos o formas de orientación dados, organizadas y ordenadas a la protección de los individuos y sociedad en la evitación del delito. En cuanto teoría, la política criminal se presenta como un proceso de racionalización basado en la consideración de principios que orientan la praxis de la “lucha contra el delito”, planteando modelos de lucha contra el delito basados en la prevención o en la represión-prevención delictual, y cuyos instrumentos de actuación no se remiten exclusivamente a la imposición de medidas de carácter jurídico penal*”.

Corresponden a esta vertiente teórica de la política criminal los procesos de definición de la criminalización al determinar qué conductas cabe calificar como delitos, tanto

²⁴² **JAKOBS**, Günther, “Incrimación en un estado previo a la lesión del bien jurídico”, en “Estudios de Derecho Penal”, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, págs. 295 y 296.

²⁴³ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan, “Política Criminal y Estado”, en Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, en www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/bustos12.htm.

²⁴⁴ **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús María, “Política Criminal y persona”, Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, 2000, págs. 21 a 24

en lo referente al tipo de comportamientos incriminados, como a los bienes jurídicos que “merecen y precisan protección” en tanto bienes protegidos, sino que también a la descripción del tipo de conductas que merecen ser consideradas riesgos jurídico penalmente relevantes (tentativas, imprudencia, comisión por omisión, etc). Finalmente, corresponde a la teoría de la política criminal señalar cuál es la estructura del delito en cuanto a los elementos integrantes del hecho delictivo.

b. El derecho penal del enemigo como política criminal.

Enemigo y ciudadano se contraponen en el tratamiento que el derecho penal asigna a cada cual, lo que se concreta en los ámbitos de protección penal sustancial y procesal. Concordantemente con la consideración de falta de previsibilidad comunicativa que el enemigo representa para la estabilidad de la norma en la generalidad de la comunidad, el enemigo es un riesgo que debe ser neutralizado.

Como señala Canció Meliá²⁴⁵, con base en Jakobs, es posible constatar rasgos comunes en el “derecho penal del enemigo”:

a) *Un amplio adelantamiento de la punibilidad*: Los fundamentos de la impaciencia punitiva del legislador se encuentran en variados fenómenos, fundamentalmente orientados hacia la subjetivización del injusto²⁴⁶ y la orientación al autor;

b) *Sustantiva agravación de la penalidad*, frente a determinadas categorías de ilícitos estimados como especialmente graves en relación a la generalidad de las figuras delictivas;

c) *Restricción o suspensión de los marcos de garantías de carácter procesal conferidas al individuo en el proceso penal*.

d) A lo anterior, se agrega una *finalidad eminente simbólica*²⁴⁷ por parte de las regulaciones adoptadas, fenómeno unido a la construcción de tipos penales de carácter difuso y de compleja fundamentación conceptual.

Siguiendo a Jakobs el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera. El abandono del Derecho por parte del enemigo no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar

²⁴⁵ **CANCÍO MELIÁ**, Manuel, “Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español de la L.O 7/2000”, en Revista Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, Abril –Junio, Bogotá, 2003.pág.37.

²⁴⁶ Sobre el carácter subjetivizado del injusto en el derecho penal actual, véase **JAKOBS**, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, Disertación expuesta en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, 3 de abril de 2003, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, traducción del Dr. Manuel Canció Meliá, en www.carlosparma.com.ar/jakobs.htm.

²⁴⁷ Sobre el Derecho Penal simbólico puede consultarse en **DÍEZ RIPOLLÉS**, José Luis, “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXV, N° 103, Enero- Abril de 2002, México, 2002, págs. 63 a 97.* Bajo el concepto de “Derecho penal Simbólico”, se engloban, en palabras de Roxin, “disposiciones penales que no desarrollan, en primera línea, efectos concretos de protección, sino que están destinadas a servir de autoproclamación de grupos políticos o ideológicos, al declararse a favor de determinados valores o rechazar con horror conductas estimadas dañosas”; así en **ROXIN**, Claus, “Problemas actuales de Derecho Penal”, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara Editores, Primera Edición, Lima, 2004, pág.35,

de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo, por tanto, un “no-persona”.

El Derecho penal del enemigo expresa un tratamiento distinto al usual del Derecho Penal de corte tradicional, siendo una incógnita si se puede predicar propiamente de él el carácter de Derecho penal como usualmente se le ha entendido. En este sentido, tiene razón Silva Sánchez²⁴⁸ al señalar que, si lo que importa respecto del “enemigo” radica en el proceso de separación del sujeto respecto a la fidelidad del derecho en cuanto estado duradero que afecta la seguridad cognitiva de su conducta, dicho proceso se concretaría a través de fenómenos como la reincidencia, la habitualidad, la adopción profesional del delito, y su articulación por parte de estructuras delictuales determinadas, apareciendo de esta forma estos fenómenos como expresión de peligrosidad, siendo correspondiente, por tanto, a un Derecho de medidas de seguridad aplicables a peligrosos, lo que permitiría descartar la absoluta novedad de planteamientos de este tipo.

Si los anteriores elementos se manifiestan ya en la política criminal implementada en los sistemas jurídicos existentes en Occidente, queda por determinar la conveniencia de dichas regulaciones tanto en lo relativo a su fundamento de legitimación, como, a su vez, la eficacia de las motivaciones preventivas que lo sustentan.

En cuanto al fundamento de legitimación del derecho penal del enemigo, éste se presentaría funcionalmente más apto para el fin de protección de bienes jurídicos, en un instante previo a la lesión de los mismos²⁴⁹. La anterior pretensión si bien a simple vista puede parecer razonable, contrasta con qué se designa en la terminología de Jakobs por bien jurídico y las consecuencias de su planteamiento para una teoría del delito acorde a dicho concepto. Explícitamente Jakobs ha diferenciado en este punto entre dos conceptos: bien jurídico y bien jurídico penal²⁵⁰. Por bien jurídico, entiende una situación o hecho valorado positivamente, abarcando en el término “situación” no sólo objetos (corporales y otros) sino también estados y procesos, y que recibe protección jurídica²⁵¹. Bien jurídico penal, por su parte, “es la validez fáctica de las normas que garantizan que se puede respetar el respeto a los bienes a los roles y la paz jurídica”²⁵². El delito, correspondientemente, aparece como un modelo adscrito a la infracción de un deber de cumplimiento de la norma.

Lo señalado tiene consecuencias manifiestas en los fines del derecho penal y de la pena. La pena vendrá a confirmar contrafácticamente la vigencia de la norma, frente al esbozo de mundo manifestado por el agente en su actuar delictual. La pena pretende

²⁴⁸ **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús María, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales”, 2ª Edición, revisada y ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2001, págs.164 y 165.

²⁴⁹ **JAKOBS**, Günther, 1997, pág.295

²⁵⁰ En este sentido, señala Jakobs: “La contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por pérdidas en caso de ser defraudadas. Por eso (...), se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza ante de las decepciones que tiene el mismo ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico penal*”. Así en **JAKOBS**, Günther, “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, traducción al español de la 2ª edición alemana del año 1991, efectuada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid, 1995, pág.45.

²⁵¹ **JAKOBS**, Günther, 1995, pág.50.

²⁵² **JAKOBS**, Günther, 1995, pág.58

motivar a la generalidad de los ciudadanos en la fidelidad del Derecho actuando en cuanto pedagogía social.

Puede comprenderse entonces, por qué el autor en cuanto enemigo aparece como un riesgo para el bien jurídico penal, pero esto, pese a la delimitación de enemigo y ciudadano en el tratamiento del derecho penal (en tanto limitación de esferas de libertad para el segundo y simple represión para el primero) no hace más que activar el potencial contenido en el concepto de bien jurídico penal como mera protección de expectativas normativas y el correspondiente modelo de delito como infracción de deber, pese a que se pretenda establecer como límite el principio cogitationis poenam nemo patitur .

Otro punto de interés para la crítica del derecho penal del enemigo y su fundamento de legitimación lo constituye el contexto de los hechos a que él se aplicaría. Puede así entenderse que éste se aplicaría como Derecho de Emergencia, de carácter excepcional, frente a situaciones especialmente graves que puedan ser justificadas en términos de necesidad, eficacia y subsidiariedad²⁵³.

El sentido etimológico de la expresión emergencia define a ésta como *“un suceso inesperado y repentino; acontecimiento o estado imprevisto; contingencia confusa o complicación de las circunstancias; ocasión repentina o inesperada para la acción; exigencia, necesidad perentoria”*²⁵⁴.

El fenómeno de la emergencia para el derecho penal se produce en un marco histórico, político y económico determinado. Para efectos del Derecho Penal, citando a Serrano Piedecosas²⁵⁵, por emergencia *“se puede entender la aparición de ciertas situaciones que tienen por efecto alterar, modificar o influir en el ámbito de las relaciones habidas entre la sociedad civil y el Estado”*. Puede hablarse en estos términos, de una “cultura de la emergencia” que, para efectos del tratamiento del terrorismo, activa una clara reacción institucional penal y procesal frente al fenómeno terrorista provocando la afectación de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Todo ello en el marco de un proceso de deslegitimación del Welfare State que se produce desde principios de la década de los setenta, agudizado por las posteriores recesiones económicas que han debido enfrentar las democracias occidentales.

La legitimación social en el viejo Estado de bienestar suponía marcos económicos expansivos, que implicaban la acumulación de plusvalía de manera creciente. Al fallar dichas condiciones se produce la opción de los Estados de renunciar parcialmente a la legitimación social de su poder en aras de la intervención Estatal en el campo económico a través de inversiones de carácter social que posibiliten un aumento de la productividad en detrimento de la implantación de proyectos destinados al consumo social. El malestar que provoca la situación de crisis provocará adicionalmente reacciones adversas a mecanismos de control, transformándose la protesta social en protesta política violenta a través del uso

²⁵³ **SILVA SÁNCHEZ**, Jesús María, 2001, pág.166.

²⁵⁴ **BLACK**, H.C., “Black’s Law Dictionary”, Quinta Edición , West Publishing Co., Minnesota ,1979, pág.469, citado por, **MARKS**, Stephen, “Principios y normas de derechos humanos en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados”, en **A.A.V.V., VASAK**, Karen (Editor General), “Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos. Volumen I”, Primera Edición en español, Serval/ Unesco, Barcelona, 1984, pág.254.

²⁵⁵ **SERRANO PIEDECASAS**, José Ramón, “Tratamiento jurídico penal del terrorismo” en “El Derecho Penal...”, **ZÚÑIGA RODRIGUEZ**, Laura, **MENDEZ RODRIGUEZ**, Cristina y **DIEGO DÍAZ- SANTOS** (coordinadores), 2002, pág.73.

del terrorismo²⁵⁶. Se produce por otra parte, el reforzamiento autoritario de la democracia, que logrará la aceptación del ciudadano a través de dos vías: a) El carácter formalmente legal de las medidas implementadas y b) el impacto emocional que provocan en la opinión pública los actos de terrorismo²⁵⁷.

La fundamentación valorativa de un Derecho Penal de emergencia puede basarse en el ataque de valores fundamentales de la comunidad por obra de supuestos que efectivamente podrían revertir la aplicación práctica de dichas fuentes de legitimación. En este sentido, creemos que es correcto lo que señala Canció Meliá²⁵⁸ en cuanto a que en el momento actual no puede claramente señalarse que existan “candidatos a enemigos” que puedan poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades actuales en un futuro previsible, como sí lo fueron las ideologías totalitarias y autoritarias a mediados del siglo XX.

Adicionalmente, si las condiciones fácticas de las situaciones de emergencia decaen, en tanto real peligro para los valores fundamentales de las sociedades occidentales contenidos, por ejemplo, en la fórmula Estado Democrático y Social de Derecho, y sólo subsisten los intereses económicos inmersos en la implementación de la misma, un derecho penal del enemigo en cuanto noción sólo puede contribuir a delimitar aquellas áreas específicas de control penal deficiente y económicamente orientado en cuanto a la gama de intereses protegidos.

En cuanto a la crítica a la eficacia de un derecho penal del enemigo, se requiere aludir a su finalidad eminente simbólica.

Por “función simbólica del Derecho Penal” puede entenderse “*su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes*”²⁵⁹. La eficacia simbólica a su vez se conecta con la eficacia instrumental del derecho penal, entendiendo esta última como su aptitud preventiva de comportamientos. Es posible que la eficacia simbólica se utilice con pretensiones que excedan de la eficacia instrumental aludida, con el fin de crear o reforzar representaciones ideológicas de carácter más amplio, no sólo ancladas en la protección de bienes jurídicos, fundamento legitimador de la función instrumental. Cuando los preceptos penales asumen el mero carácter de defensa del statu quo deviene por tanto en una función ideológica. Una situación como la descrita se genera con la entronización de la emergencia que está implícita en los postulados de la legislación antiterrorista²⁶⁰.

En el capítulo IV de este trabajo nos avocaremos a determinar si es posible o no constatar en la legislación antiterrorista de los países que hemos elegido, Chile y España,

²⁵⁶ BERGALLI, Roberto, “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho: perspectivas socio-jurídicas” en BERGALLI, Roberto et al., “Sistema Penal y problemas sociales”, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 28 y 29.

²⁵⁷ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, “Tratamiento jurídico penal del terrorismo” en “El Derecho Penal...”, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura, MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ- SANTOS (coordinadores), 2002, págs. 74 y 75.

²⁵⁸ CANCIÓ MELIÁ, Manuel, 2003, pág.40.

²⁵⁹ VAN DE KERCHOVE, M., “Simbolique et instrumentalité. Stratégies de penalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste”, en RINGELHEIM, F., “Punir, mon Beau souci”, Bruxelles, 1984, pág. 134, citado por TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal”, en Revista Pena y Estado, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1995, pág.10.

²⁶⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal”, en Revista Pena y Estado, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1995, págs. 11 y 12.

rasgos característicos del derecho penal del enemigo. Previamente, en el Capítulo III nos haremos cargo de la influencia del derecho internacional en el tratamiento del terrorismo y cómo esta rama del Derecho ha influido en las políticas criminales de los Estados nacionales.

CAPÍTULO III: “Tratamiento jurídico internacional del terrorismo”.

El análisis del tratamiento jurídico del terrorismo en la esfera internacional es de importancia para el objeto de estudio de este trabajo por variadas razones, que nos ayudarán a entender ciertos aspectos del tratamiento del terrorismo en los derechos nacionales cuando a ello nos avoquemos en el capítulo siguiente. Puede hablarse de la influencia que el tratamiento del terrorismo internacional ha ejercido sobre las legislaciones internas de los Estados, en su rol orientador para la conformación de la política criminal de los mismos respecto a los delitos de terrorismo en, a lo menos, cuatro aspectos relevantes.

En primer lugar, la evolución de la discusión a nivel internacional ha mostrado aspectos de interés en cuanto a la conceptualización del terrorismo para efectos jurídico penales que serán de utilidad al momento en que nos corresponda hacernos cargo del tratamiento jurídico que los derechos nacionales de las legislaciones que hemos escogido. A manera de ejemplo, puede señalarse el carácter despolitizado del terrorismo en los tratados internacionales sobre la materia, así como la creciente consideración de los elementos estructurales de carácter organizativo en la conformación de tipos penales que los Estados nacionales en cumplimiento de los instrumentos internacionales por ellos celebrados se han obligado a introducir en sus legislaciones internas. En dicho sentido, es cláusula de uso común en los tratados internacionales sobre terrorismo aquella que señala que los Estados partes se obligan a tipificar los delitos comprendidos en cada tratado en sus propias legislaciones internas y a establecer penas apropiadas conforme a la gravedad de este tipo de ilícitos.

En segundo lugar, los tratados que la comunidad internacional ha ido acordando sobre la materia, establecen medidas concretas de coordinación de la política criminal de los Estados nacionales al establecer regulaciones específicas que sirven a tal propósito. El establecimiento de reglas concretas acerca de establecimiento de jurisdicción por parte de los Estados partes para conocer de esta clase de ilícitos y reglas sobre extradición que han de observar dichos Estados, así como medidas para promover una eficaz cooperación en materia judicial para la persecución de actos de terrorismo, son un claro ejemplo de lo mencionado.

En tercer lugar, la adopción de tratados internacionales sobre la materia ha llevado a uniformar, a lo largo del tiempo, perspectivas de análisis y consideración del terrorismo que se han plasmado en los propios derechos internos, en la apreciación de la carga del injusto presente en el uso del terrorismo. En este sentido, en términos valorativos, el Derecho Internacional ha influido poderosamente en la conformación de un consenso acerca del fundamento del juicio de reproche que el terrorismo merece por parte del Derecho, en cuanto grave atentado al respeto de los derechos humanos.

Finalmente, se observa en la esfera internacional tendencias de clara influencia para el tratamiento del terrorismo a nivel interno, en lo relativo a las estrategias de enfrentamiento del terrorismo y las medidas implementadas por los derechos nacionales para la represión del fenómeno terrorista. Se constata de esta forma, un cambio de la perspectiva de acercamiento al problema terrorista desde una lógica simplemente represiva hacia una

lógica de carácter preventiva, que en el último tiempo se ha dirigido especialmente a la privación de los medios de acción de los agentes del terrorismo, fundamentalmente en el aspecto de la financiación de dichas actividades.

1. Ámbito de situaciones comprendidas bajo la expresión “terrorismo internacional”.

En Derecho Internacional, señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶¹, en su informe sobre terrorismo del año 2002, la expresión terrorismo es utilizada en distintos sentidos, para referirse a:

“acciones, que incluyen formas de violencia como los secuestros.

actores, incluidas personas u organizaciones.

causas o luchas, en que la causa o lucha puede estar tan marcada por la violencia terrorista que la hacen indistinguible de ésta, o en que un movimiento puede cometer actos aislados de terrorismo o emprender estrategias terroristas.

Es particularmente en este sentido que se ha planteado la falta de acuerdo en torno a una definición integral del terrorismo, debido a que ciertos Estados han considerado que lo que con frecuencia se denominan “movimientos de liberación nacional” y sus metodologías deben ser excluidos de toda definición de terrorismo en razón de su asociación con el principio de libre determinación de los pueblos.

situaciones en que la violencia terrorista es un problema particularmente grave o difundido en una región, Estado u otra zona.

conflictos armados en el sentido, por ejemplo, de la denominada “guerra contra el terrorismo” posterior al 11 de septiembre de 2001”.

2. Definiciones doctrinarias de terrorismo internacional.

La definición de Bassiouni²⁶², orientada a destacar los propósitos y formas de acción de esta modalidad de terrorismo, es ilustrativa al efecto: “Una estrategia de violencia internacionalmente motivada a inspirar terror dentro de un segmento particular de la sociedad dada para alcanzar un resultado de poder o propaganda de una demanda o un agravio, independiente de que sus autores estén actuando para y a nombre de sí mismos, o a nombre de un Estado”.

²⁶¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “INFORME SOBRE TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS”, Secretaría General, Washington D.C, 2002, págs.19 y 20.

²⁶² BASSIOUNI, M. Cheriff, « International Criminal Law », Volúmen I, Crimes: Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1999, págs.777 y 778.

Otra definición de terrorismo internacional nos la aporta Calduch ²⁶³, quien señala: “Es aquella forma de terrorismo que de un modo directo se desarrolla en o afecta a diversos países, sus ciudadanos y/o territorios o los representantes de organizaciones intergubernamentales”.

Finalmente, citamos la definición de Alcaide Fernández ²⁶⁴, sobre el ámbito de extensión del concepto normativo de terrorismo internacional: “El concepto normativo de terrorismo internacional, engloba pues, todo acto o actividad terrorista que, por una u otra circunstancia, trasciende las fronteras de un Estado y, en consecuencia, tanto los actos o actividades dirigidos contra el orden internacional, cuanto los aspectos internacionales (o transnacionales) de los actos y actividades terroristas cuyos orígenes y propósitos (mediatos o inmediatos) se encuentran en el orden interno de un Estado”.

3.- El terrorismo como crimen internacional.

En términos generales, puede entenderse el terrorismo en su perspectiva internacional, como aquellos actos de terrorismo en los cuales hay elementos de carácter internacional que hacen meritorio su regulación por parte del Derecho Internacional, en cuanto vulneran el orden de la denominada comunidad internacional. Este tratamiento amerita, como se verá, enmarcarlo dentro de los denominados “crímenes internacionales”.

Los elementos internacionales implícitos en la represión y sanción del terrorismo de los distintos tratados internacionales y las medidas llevadas a cabo por los Estados en la problemática de que aquí nos ocupamos, a saber, el lugar de ocurrencia del acto terrorista o la persona de los terroristas, parecen estar implícitos en los supuestos sobre los que se desenvuelve la regulación internacional²⁶⁵.

Señalamos que las conductas envueltas en la noción de terrorismo internacional pueden encuadrarse en la categoría denominada “crímenes internacionales”. Consecuentemente debemos dilucidar en forma previa a qué nos referimos cuando hablamos de “crimen internacional”. En dicha elucidación previa, es de utilidad distinguir entre dos sentidos que pueden predicarse de la expresión “crimen internacional”, uno amplio y otro restringido.

En sentido amplio, por “crimen internacional” se comprende “toda conducta que bajo ciertas circunstancias constituye una violación a los principios de *ius cogens*”²⁶⁶. Recordaremos que el concepto de *ius cogens* ha sido fijado positivamente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (Art.53), y alude, en términos sencillos, a normas internacionales de reconocida importancia para la comunidad internacional y de aplicación

²⁶³ CALDUCH CERVERA, Rafael, “Dinámica de la Sociedad Internacional”, Ediciones Centro de Estudios Ramón Arcés S.A., Madrid, 1993, págs.343 y 344.

²⁶⁴ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, “Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pág.53.

²⁶⁵ ²⁶³ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, 2000, pág.53

²⁶⁶ RAMACCIOTI, Beatriz, “El terrorismo como crimen internacional” en “Cursos de Derecho Internacional XX-XXI, años 1993-1994”, Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C, 1996, pág.158.

vinculante para los Estados, normas que a su vez son de carácter inderogable, salvo por otras normas internacionales del mismo rango²⁶⁷.

En sentido restringido, por crimen internacional aludimos a las concretas figuras penales incriminadas por el Derecho Penal Internacional. En el esquema propuesto por Ramaccioti²⁶⁸, los elementos relevantes para la tipificación de una conducta como crimen internacional, serían los siguientes:

Elemento internacional y/o transnacional.

Internacional: La conducta punible importa un atentado a la comunidad internacional jurídicamente organizada y representa una amenaza a la paz y seguridad de la misma.

Transnacional: dado por la realización de conductas en extensiones territoriales de distintos Estados, por agentes pertenecientes a distintas nacionalidades o a través de medios que suponen la participación de varios Estados.

Elementos objetivos y subjetivos²⁶⁹.

Objetivos: Una conducta incriminada que importe la violación de una norma internacional. Bajo el concepto de conducta se entiende tanto una acción como una omisión.

Subjetivos: la existencia de un juicio de culpabilidad que le pueda ser imputado al agente.

Elemento de acción masiva y/o sistemática.

Criterio de la gravedad, que atiende a las características del acto (crueldad excesiva, barbarie) amplitud de sus efectos (grupos étnicos, pueblos, etc), móvil del autor (genocidio, exterminio, etc).

Criterio de la calificación internacional, esto es, estar tipificado por una norma de carácter internacional que lo caracteriza como crimen internacional. Dicha tipificación importaría a los Estados que suscriben el respectivo tratado a perseguir y reprimir la conducta ilícita así descrita, independiente de que dicha conducta esté contemplada en el ordenamiento interno.

El crimen internacional genera responsabilidad internacional. La responsabilidad internacional generada puede ser de variada índole, dependiendo de la rama del derecho que se trate, las consecuencias jurídicas asociadas a la conducta incriminada como crimen internacional, y el tipo de sujeto cuya responsabilidad se persiga en el caso dado y al cual pueda ser posible serle imputada dicha consecuencia jurídica.

Puede concebirse al efecto la regulación de la responsabilidad por crimen internacional, en dos niveles relevantes y de interés para los efectos de esta investigación.

²⁶⁷ En este sentido reza el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados: “norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tengan el mismo carácter”.

²⁶⁸ **RAMACCIOTI**, Beatriz, 1996, págs.158 a 160. Se seguirá en general para efectos de este apartado el esquema propuesta por la autora citada

²⁶⁹ Respecto a los elementos objetivos y subjetivos de los crímenes internacionales, nos separamos en parte de lo expresado por Ramaccioti, y adoptamos el tratamiento que sobre dichos elementos se contiene en **MANTOVANI**, Fernando, “Sui principi del Diritto Internazionale Penale”, en Revista Italiana di Diritto e Procedura penal”, fascículos 1y 2, Nueva Serie, Anno XLVI, A. Giufre Editore Milano-Dott, 2000,págs.46 a 48

En primer lugar, la regulación de las sanciones que provee el Derecho Internacional General, entendido en su sentido tradicional, como rama del derecho que regula relaciones existentes entre los sujetos denominados “Estados”. Las consecuencias jurídicas asociadas al actuar de los Estados en sus relaciones entre sí, al incurrir en conductas calificadas como crímenes internacionales son de carácter extrapenal, e importan el cumplimiento de “obligaciones reparatorias, reparación que puede revestir la forma de un pago indemnizatorio, la restitución, la satisfacción, y en ocasiones la adopción de medidas tendientes a evitar la repetición de la infracción cometida”²⁷⁰.

En lo que se refiere a los actos de terrorismo de Estado en la esfera internacional, el interés se ha centrado en la condena de las actuaciones de favorecimiento estatal de dichas acciones, como contrarias al respeto de la soberanía y libre determinación de los pueblos²⁷¹.

Por otra parte, se erige la regulación de la responsabilidad generada por crímenes internacionales, a nivel de Derecho Penal Internacional, con consecuencias jurídicas asociadas a la conducta de “individuos”. En términos sintéticos, entendemos por Derecho Penal Internacional, “la totalidad de las normas de Derecho Internacional Público que regulan las consecuencias de carácter penal, vinculando la aplicabilidad universal de las normas de Derecho Internacional Público con el concepto de responsabilidad individual”²⁷².

Para efectos de este apartado, nos interesará el examen de que la noción de crimen internacional importa responsabilidad penal internacional a nivel individual, por lo cual habremos de hacernos cargo de la evolución de esta idea en el Derecho Internacional Contemporáneo.

El modelo clásico del Derecho Internacional Público sólo contemplaba como sujetos de derecho a los Estados, y a ciertas entidades de carácter no estatal, pero no se admitía la posibilidad de que el individuo, como tal, fuere considerado como sujeto, activo o pasivo, de derecho internacional²⁷³. Dicha perspectiva se correspondía con un modelo de sociedad internacional de estructura interestatal con funciones de regulación de las relaciones entre los Estados distribuyendo competencias entre ellos²⁷⁴. Concordante con lo anterior en la perspectiva de la responsabilidad en materia penal, la conducta criminal individual no estaba sujeta al Derecho Internacional, sino solo estaba entregada a regulación por parte del Derecho Penal de cada Estado. Es por ello que frente a lo anterior, Quintano señalará que antes de los Juicios de Nüremberg, “lo ilícito internacional fue siempre invariablemente civil, esto es, no penal”²⁷⁵.

²⁷⁰ **BLANC ARTEMIR**, Antonio, “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Bosch Casa Editorial S.A, Barcelona, 1990, pág.6.

²⁷¹ Al efecto, véase el examen las distintas acepciones de la expresión “terrorismo de Estado”, contenidas en el capítulo II de esta investigación, en especial la segunda y la tercera acepción que es aplicable sobre el terrorismo de Estado en la esfera internacional, y que menciona Guillame, y además la condena de las Naciones Unidas a este tipo de actividades, pág.204 notas N°253 y 254.

²⁷² **AMBOS**, Kai, “El nuevo Derecho Penal Internacional”, AARA Editores, 1ª Edición, Lima, 2004, pág.47.

²⁷³ **MANTOVANI**, Fernando, 2000, pág.45.

²⁷⁴ **PASTOR RIDRUEJO**, José, “Curso de Derecho Internacional y organizaciones internacionales”, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág.207.

²⁷⁵ **QUINTANO RIPOLLÉS**, Antonio, “Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, volumen I, Madrid, 1955-1977, pág.154.

Los dos grandes conflictos bélicos a escala mundial acaecidos durante el siglo XX, dieron la base a una evolución del Derecho Internacional en torno a la convicción de una comunidad internacional organizada para obtener la sanción de conductas ilícitas que vulneraban los más mínimos requerimientos del respeto a la dignidad humana, aún cuando fueren cometidos por sujetos individuales. Así con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en el art. 227 del tratado de Versalles se contempló una provisión para la acusación del Kaiser Guillermo II por “una Suprema Ofensa contra la moralidad internacionalidad y la santidad de los tratados”, mientras que en el art. 228 del mismo tratado se contemplaba el enjuiciamiento de militares alemanes y personal civil acusados de haber incurrido en actos de violación a las leyes y costumbres de la guerra²⁷⁶.

Puede así encontrarse en el Principio I, del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Nüremberg, la calidad de sujeto activo del delito internacional al individuo, toda vez que señala que “*Toda persona que cometa un acto que constituya un delito de derecho internacional es responsable y está sujeta a sanción*”, para posteriormente dividir a los delitos internacionales en tres grandes grupos, a saber: a) Delitos contra la paz; b) Delitos de guerra; c) Delitos contra la Humanidad.

La responsabilidad penal internacional individual en nuestros días ha sido reconocida expresamente a escala internacional en los juzgamientos de los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, al sancionarse a determinados sujetos que estaban al mando de organizaciones y que, en dicha calidad, cometieron ilícitos de carácter internacional

Respecto al primero de ellos, el Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia consolida la criminalización de determinados actos contra personas o bienes, que son susceptibles de ser provocados mediante el uso del terror, tales como el homicidio intencionado, la tortura o el trato inhumano, la provocación de sufrimientos intencionados y el atentado grave contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, llevadas a cabo en forma ilícita e innecesaria a gran escala, y la toma de rehenes civiles, conjuntamente con agregar violaciones específicas de las leyes y costumbres de la guerra, entre los cuales pueden citarse el empleo de armas explosivas ideados para causar sufrimientos inútiles, la destrucción inmotivada de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por necesidades militares, y el pillaje de bienes públicos o privados.

En opinión de Swinarski, los actos reseñados pueden tener también un origen terrorista, como también la realización de actos de genocidio, incriminados en el Estatuto del Tribunal Internacional. Una crítica obvia a este planteamiento, surge del hecho de que la incriminación en el último caso se debería efectuar a título de actos de genocidio y no de terrorismo, por lo cual la vinculación a la regulación de las normas terroristas no agrega nada útil en concreto.

La responsabilidad penal individual a nivel internacional, fue objeto de regulación expresa por parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En este sentido, el art.25 de dicho Estatuto luego de establecer la competencia de dicho tribunal para el juzgamiento de personas naturales involucradas en crímenes internacionales, indica que aquel que cometa un crimen internacional será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad al Estatuto de la Corte.

Hemos esbozado, en general, la evolución de la idea de responsabilidad individual por crimen internacional. En lo atinente a la responsabilidad penal individual respecto

²⁷⁶ JESCHEK, Hans-Heinrich, “International Crimes”, en “Encyclopedia of Public International Law, Volumen 8, Humans Right and the International Law. International Economics relations”, North Holland, 1985-1990, pág. 332.

de delitos de terrorismo internacional, dicha noción está consagrada en distintos tratados internacionales que establecen la obligación de los Estados partes en orden a establecer tipificaciones penales a nivel interno en base a las conductas incriminadas que dichos instrumentos señalan, estableciéndose además el deber de los Estados partes en orden a establecer sanciones penales adecuadas respecto de tales conductas. A continuación pasamos al examen particular de dichos tratados.

4 - La labor de los Estados para la sanción del terrorismo internacional.

4.1.- Los tratados internacionales.

El actual compromiso de los Estados en materia de terrorismo internacional se condensa en su compromiso de: “prevenir, combatir y eliminar el terrorismo y su financiación, mediante la más amplia cooperación²⁷⁷”. El terrorismo internacional se ha considerado en este contexto como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, comprendida en el género de actos que autorizan la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y la adopción de medidas coercitivas que pueden o no importar el uso de la fuerza armada²⁷⁸.

La evolución de la discusión en el Derecho internacional sobre el concepto de terrorismo, puede reconstruirse en términos de un largo fracaso en la elaboración de una definición común que satisfaga a los Estados nacionales, de manera lo suficientemente concreta para redundar en la adopción de instrumentos internacionales que especifiquen adecuadamente una definición omnicomprendiva de las distintas conductas reconducibles al concepto de terrorismo internacional²⁷⁹. En este sentido, ya en el año 1937 aparece un intento en la época de la Sociedad de las Naciones, para tipificar el terrorismo a través de una definición del mismo, adecuada al contexto histórico político vigente a la fecha, mediante la proposición de una Convención para la prevención y el castigo del Terrorismo,

²⁷⁷ Este tipo de cometidos puede apreciarse por ejemplo en la Declaración de Montevideo, adoptada en la Quinta sesión plenaria del Comité Interamericano contra el terrorismo, celebrada el día 30 de enero de 2004, Cuartoperíodo ordinario de sesiones, Organización de Estados Americanos, 28 a 30 de enero de 2004, CICTE/DEC.1/04rev.3, Montevideo, 2004, pág.1, en : www.cicte.oas.org.

²⁷⁸ PINTO, Mónica, “Terrorismo y derechos humanos”, Ponencia presentada al II Curso Regional Andino de Derechos Humanos para Profesores de Derecho y Profesionales de Organismos No Gubernamentales, organizado por la Comisión Andina de Juristas y realizado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 15 al 17 de mayo del 2002, disponible en: www.cajpe.org.pe/temario/pinto.htm.

²⁷⁹ La dificultad no ha pasado solamente por una cuestión conceptual o metodológica que ha impedido arribar a una definición de este tipo. Los intereses de los Estados han llevado a alinearlos en bloques que han pugnado por excluir determinadas conductas, lo que ha llevado a la creación de posturas antagónicas. Pueden distinguirse en este proceso las posiciones de los países desarrollados y las posiciones de los países en vías de desarrollo. Los primeros se han mostrado interesados en excluir actos del denominado terrorismo de Estado, manifestado a través de acciones de carácter bélico en contra de países en vías de desarrollo, por ejemplo, las intervenciones de los Estados Unidos de Norteamérica en Libia, Afganistán, y Sudán; los países en desarrollo, en cambio, se han manifestado contrarios a que en la conceptualización del terrorismo se incluyan las acciones suscitadas en el contexto de luchas por la liberación nacional, independencia, la liberación del colonialismo, entre otras. En este sentido, se dirigen las apreciaciones SEPÁROVIC, Zvonimir, “El terrorismo internacional y sus víctimas”, en Cuadernos de Criminología N°12, Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile, Santiago, 2003, pág.86.

que tipificaba el concepto de terrorismo internacional, convención que en definitiva no se llegó a adoptar²⁸⁰.

Con posterioridad la práctica de los Estados ha ido dirigida, en cambio, a elaborar y adoptar instrumentos internacionales en contra de determinadas formas de acción terrorista, atendiendo a las circunstancias de las modalidades de la acción terrorista, su contexto espacial de actuación, el tipo de víctimas afectadas, los medios de ofensa y, en definitiva, la mayor o menor urgencia e interés que para los Estados impone su represión.

4.2.-Instrumentos internacionales de aplicación universal en materia de terrorismo.

A continuación, examinaremos algunos de los tratados internacionales más importantes en materia de terrorismo que la comunidad internacional, tanto en el seno de organizaciones internacionales especializadas (Organización internacional de aviación Civil y Organización internacional de navegación marítima), así como en el seno de la ONU. Metodológicamente, dividiremos el examen en dos partes, una de carácter expositivo y otra de carácter evaluativo.

La primera parte, de carácter expositivo, tiene por objetivo examinar ciertos aspectos relevantes presentes en los diversos tratados internacionales sobre terrorismo : i) sus respectivos ámbitos de aplicación; ii) qué conductas incriminadas se contienen en cada uno de ellos; iii) las reglas que contemplan sobre jurisdicción aplicable; iv) las pertinentes normas reguladoras a propósito de la extradición de los delincuentes involucrados en los ilícitos en cuestión; v) En caso de que se contemplen normas referidas a ciertos privilegios especiales, como asilo político o el carácter de refugiado, respecto de los sujetos involucrados en actos de terrorismo internacional, se efectuará la mención correspondiente.

La segunda parte, de carácter evaluativo, está destinada a constatar y criticar la evolución que respecto de los distintos elementos mencionados en la primera parte han experimentado los tratados internacionales sobre terrorismo internacional. En este sentido, de especial interés será constatar los cambios experimentados por dichas regulaciones después del 11 de septiembre de 2001.

(1) Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves.

Ámbito de aplicación y conductas incriminadas.

Viene fijado por su art.1º, complementado por las normas de los Capítulos III y IV. La aplicación de este Convenio se lleva a cabo atendiendo a criterios tales como:

i) Naturaleza de las infracciones cometidas: infracciones penales; actos que sean o no infracciones pero que pongan en peligro la seguridad e integridad de la aeronave o de las personas o bienes a bordo de la misma, o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo (art.1º).

Especial referencia merece lo señalado en el art.11 del Convenio, en cuanto se refiere dicha norma al “apoderamiento ilícito de aeronaves”, conducta de carácter residual, consistente en que “una persona a bordo de una aeronave, mediante violencia o

²⁸⁰ El artículo 1º de la mencionada Convención señalaba como actos terroristas: “actos criminales dirigidos contra el Estado con la intención de, o calculados para, producir un estado de terror en el ánimo de personas particulares, grupos de personas o el público en general”.

intimidación, cometa cualquier otro acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos”.

icho apoderamiento ilícito permite al comandante de la aeronave el ejercicio de acciones de carácter coercitivo destinadas a recuperar el control de la aeronave en vuelo. Para efectos de la Convención se entiende que una aeronave está en vuelo, “desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje” (Art.1 párrafo3).

ii) Lugar de comisión de la infracción: El Convenio se aplica a los actos correspondientes que se cometan a bordo de cualquier aeronave que esté matriculada en alguno de los Estados partes en el instrumento, mientras esta aeronave se encuentre en vuelo (salvedad de lo dispuesto en el capítulo III, relativo a las facultades conferidas al Comandante de la aeronave, arts.5 a 10), la superficie del alta mar o sobre cualquier otra zona ubicada fuera del territorio de un Estado.

iii) Uso de la aeronave: La aeronave no debe ser utilizada para fines de carácter militar, aduanero o policial (art.1º Nº 4).

Reglas sobre jurisdicción aplicable.

La jurisdicción para juzgar estos ilícitos se entrega a aquel Estado de cuya matrícula sea la aeronave (art.3). Sólo en casos excepcionales se permite la perturbación del vuelo de aeronaves que no sean aquel de la matrícula de la aeronave para el ejercicio de jurisdicción penal destinada al juzgamiento de infracciones cometidas a bordo de aeronaves, condicionada dicha perturbación a la concurrencia de elementos que permitan presumir fundadamente el interés que dichos Estados tendrían en la persecución penal²⁸¹.

Reglas sobre extradición.

Para efectos de extradición, las infracciones cometidas a bordo de aeronaves matriculadas en un Estado parte del Convenio, se entenderán no sólo cometidas en el lugar en que hayan ocurrido los hechos, sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave. La regla anterior es comprensible dada la regulación de adjudicación de jurisdicción que señala el propio Convenio, el que la otorga primariamente a aquel Estado parte en el cual la aeronave se encuentre matriculada, en virtud de lo señalado en el art.3.

No obstante lo señalado, las reglas del Convenio no pueden interpretarse como fuente de una obligación de conceder la extradición en un caso dado, por excluir expresamente dicha interpretación el texto del párrafo 2º del art.16. La extradición, en definitiva, queda establecida en términos puramente facultativos para el Estado requerido.

(2) Convenio de la Haya de 16 de diciembre de 1970, sobre represión y sanción del apoderamiento ilícito de aeronaves

*Ámbito de aplicació.:*El Convenio se aplica a los actos ilícitos de apoderamiento o ejercicio del control de aeronaves, que ponen en peligro la seguridad de las personas o los bienes, afectan gravemente los servicios de explotación aéreos, y socavan la confianza en la seguridad de la aviación civil.

²⁸¹ Por ejemplo, cuando dichas infracciones tengan efectos sobre dichos terceros Estados; Cuando las infracciones cometidas a bordo de la aeronave sean cometidas por o contra un nacional de dicho Estado que no sea aquel de la matrícula de la misma; cuando las infracciones afecten a la Seguridad de dicho Estado; cuando dichas infracciones importen violación de los reglamentos de navegación de dicho Estado; cuando se ejerzan facultades conferidas en virtud de tratados multilaterales (art.4)

Se intenta proteger la seguridad de las aeronaves “en vuelo”. Se entiende, para los efectos del Convenio, que una aeronave lo está, “desde el momento que se cierran todas las puertas después del embarque hasta el momento que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque”. En el evento de aterrizaje forzoso, se entiende que la aeronave continúa en vuelo hasta que las autoridades se hagan cargo de la aeronave, de las personas y bienes a bordo”(art.3, párrafo 1º). El concepto de “aeronave en vuelo” que describe este Convenio es de mayor alcance que el señalado en el Convenio de Tokio de 1963.

La aplicación del Convenio se supedita a ciertas circunstancias:

i) El lugar de despegue o del aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, debe encontrarse ubicado fuera del territorio del Estado de su matrícula, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional o interno(art.3.3). No se aplicará el Convenio en los casos previstos en el art. 5º, cuando el lugar de despegue y aterrizaje se encuentre en el territorio de uno sólo de los Estados de los que señala la misma norma. El art. 5º se refiere a la posibilidad de que los Estados partes en el Convenio, constituyan organizaciones de explotación de transporte aéreo u organismos internacionales de explotación y utilicen aeronaves que sean objeto de matrícula común o internacional, pudiendo designar de entre dichos Estados a uno que ejercerá jurisdicción, el que tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo a lo señalado en el Convenio, para lo cual se deberá comunicar a la Organización internacional de la Aviación Civil, la cual lo informará a todos los Estados Partes en este Convenio de represión del terrorismo.

ii) La aeronave no debe estar destinada al uso militar, aduanero o policial (art.3 Nº2).

Conductas incriminadas.

Se señalan conductas punibles consistentes en actos de violencia física o psicológica, o amenaza de ejercicio de las mismas, dirigidas a obtener el control de la aeronave en vuelo o el apoderamiento de la misma, además de la tentativa de cometer dichos actos²⁸².

Reglas sobre jurisdicción.

En cuanto al establecimiento de la jurisdicción para la persecución de estos ilícitos, cada Estado parte implementará las medidas necesarias para dicho cometido, cuando:

El delito se ha cometido a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado;

Si la aeronave en que se comete el delito, aterriza en el territorio de dicho Estado, con el presunto delincuente que cometió el delito;

Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente (art.4, párrafo 1)

Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos señalados en la Convención, en el caso que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición del delincuente en el caso a que alude el art. 8º (que establece las reglas sobre extradición) a los Estados señalados en las letras a), b), y c) de este apartado. El Convenio no excluye el ejercicio de jurisdicción respecto de las conductas incriminadas en él, establecida en virtud de las legislaciones nacionales.

Reglas sobre extradición.

²⁸² Art.1º: “Comete delito..., toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo: a) Ilícitamente, por medio de violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodera de una aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) Sea cómplice de la persona que cometa o que intente cometer cualquiera de tales actos.

Los delitos señalados en la Convención se entenderán comprendidos en los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes del Convenio, los que se obligan además a incluirlos en todos los tratados sobre extradición que celebren en el futuro (Art.8.1). Para efectos de la extradición entre los Estados contratantes del Convenio, si fuere necesario, se entenderá cometido el delito no sólo en el lugar donde los hechos hayan ocurrido, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del art.4 (art.8.4)

Para efectos de la extradición, se distingue de acuerdo a si los Estados partes requieren o no para su procedencia la existencia de tratados sobre la materia:

i) Si no se requieren tratados: Los Estados que así procedan considerarán los delitos señalados en la Convención como delitos susceptibles de extradición, quedando dicha extradición sujeta a las reglas del Estado requerido (art.8.3)

ii) Si se requieren tratados: En caso de que un Estado contratante que así lo disponga, reciba una solicitud de extradición de parte de un Estado parte en el Convenio con quien no tenga un tratado de extradición, podrá estimar dicha solicitud como base jurídica suficiente para acceder a la misma, quedando dicha extradición sujeta a las reglas que disponga la ley del Estado requerido (Art.8.2).

(3) Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971 sobre represión de actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la aviación civil.

Ámbito de aplicación y conductas incriminadas.

Las conductas incriminadas en el art.1, se relacionan con la protección del bien jurídico “seguridad de la aviación civil”, concretada en la seguridad del objeto material “aeronave”, cuando se encuentre éste “en vuelo”, así como la seguridad de las instalaciones físicas necesarias para que dicha actividad pueda llevarse a cabo.

La seguridad de las personas naturales es considerada objeto de protección secundario y sólo en cuanto afecte a la seguridad de la aviación civil. Asimismo, la propiedad se protege secundariamente en cuanto los actos que atenten en su contra importen la destrucción de dicha aeronave o los daños provocados a la misma, en forma efectiva o potencial, como también la destrucción o el daño de las instalaciones o servicios necesarios para la navegación aérea o su adecuado funcionamiento²⁸³.

Como se apreciará, las conductas anteriormente señaladas se refieren a la realización de actos de violencia contra las personas o bien la provocación de daños o destrucción de objetos físicos determinados, conductas típicamente constitutivas de peligro concreto al bien jurídico protegido. Sin embargo, el Convenio va aún más lejos en cuanto a la incriminación de conductas que atentan contra el bien jurídico “seguridad de la aviación civil” e incrimina, en tanto peligro abstracto para el mismo, al que “comunique a sabiendas, informes falsos que pongan en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo”²⁸⁴.

²⁸³ Art.1º párrafo 1º: “Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños, o le cause que la incapaciten para el vuelo, o que por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir la aeronave o causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento poniendo en peligro la seguridad de las aeronaves en vuelo”.

²⁸⁴ Art.1, párrafo 1º, letra e.

Se sanciona tanto la comisión de cometer este tipo de atentados, como la tentativa y la complicidad en la comisión o tentativa de llevarlos a cabo, no presentándose en este punto alteración a las reglas generales sobre la materia.

Reglas sobre jurisdicción.

Cada Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos señalados, estableciéndose una regla general respecto de delitos señalados en el convenio , una reglas especial de carácter especial para determinadas conductas incriminadas y , finalmente una regla de clausura.

i)Regla General.

El párrafo 1º del art.5 señala que los Estados partes deberán establecer jurisdicción atendiendo a la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- a) Si el delito se comete en el territorio de dicho Estado;
- b) Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en dicho Estado;
- c) Si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en el territorio de dicho Estado con el delincuente aún a bordo;
- d) Si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente (párrafo1 art.5).-

ii)Regla supletoria respecto de determinadas conductas incriminadas: Respecto de las conductas incriminadas en las letras a), b) , c) y e) del párrafo 1º del art.1 (la autoría de comisión consumada de actos de violencia sobre personas que vayan a bordo de aeronaves en vuelo; actos de destrucción o daño de dichas aeronaves; o colocación de artefactos o sustancias que las destruyan, dañen o dejen incapacitadas a dichas aeronaves para el vuelo), y las señaladas en el párrafo 2 del art. 1º (tentativa y complicidad de cometer los delitos contemplados en el Convenio), cada Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción en caso de que no se proceda a la extradición del delincuente, dicho sujeto se encuentre en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, en virtud de lo dispuesto en el art. 8º del Convenio, a los Estados partes señalados en el párrafo 1 del art.5. En este sentido, puede apreciarse en esta regla una clara aplicación del principio *audere o iudicare* .

iii) Regla de clausura: El Convenio no es obstáculo al establecimiento de jurisdicción en virtud de normas contempladas al efecto en las legislaciones internas de los Estados partes (art.4.3).

Reglas sobre extradición.

Los delitos señalados en la Convención se entenderán comprendidos en los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes del Convenio, los que se obligan además a incluirlos en todos los tratados sobre extradición que celebren dichos Estados partes en el futuro. Para efectos de la extradición entre los Estados contratantes del Convenio, si fuere necesario, se entenderá cometido el delito no sólo en donde los hechos hayan ocurrido, sino también en otros ciertos Estados que estén obligados a establecer jurisdicción en virtud de las letras b), c) y d) del párrafo 1 del art.5.

Para efectos de la extradición, se distingue de acuerdo a si los Estados partes requieren o no para su procedencia la existencia de tratados sobre la materia, en similares términos a los mencionados en el Convenio de la Haya de 1970, ya expuesto.

(4) *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presenten servicio a la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.*

Ámbito de aplicación.

Este texto complementa el Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971, en orden a prevenir los actos de violencia que atenten en contra de la seguridad de las personas y afecten el funcionamiento de aeropuertos como estructuras fundamentales para la seguridad de la aviación civil.

Conductas incriminadas.

Se consagran adiciones al Convenio de Montreal de 23 de septiembre 1971, en orden a adicionar a éste una serie de delitos que señala el art.1º de este Protocolo, que pasa a incorporar un párrafo 1 bis al art. 1 del Convenio de Montreal de 1971, señalándose conductas punibles consistentes en actos de violencia en contra de una persona que se encuentre en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, o en una aeronave que se encuentre en servicio en dicho lugar, y que atenten, real o potencialmente, en contra de la vida o la salud de las personas, además de daños a la infraestructura de dichos aeropuertos o a las aeronaves que se encuentren posadas en él, o al servicio de los mismos aeropuertos, cuando se afecte a la seguridad de dichos aeropuertos²⁸⁵.

Reglas sobre jurisdicción:

Los Estados partes en el Convenio de Montreal de 1971, tomarán las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos del párrafo 1 bis del art.1 del Convenio, así como los delitos del párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto se refieren a dichos delitos y el Estado requerido no conceda la extradición del delincuente que se encuentre en su territorio (art. 2º bis del Protocolo).

(5) Convención de Nueva York para la prevención y sanción de crímenes contra personas internacionalmente protegidas, incluyendo los funcionarios diplomáticos, de 1973.

Ámbito de aplicación.

La sanción de ciertos tipos de atentados en contra de las personas que el art.1º, en sus letras a) y c), califica como internacionalmente protegidas²⁸⁶.

Conductas incriminadas.

Se señalan conductas que lesionan bienes jurídicos como la vida, la libertad personal y la integridad física de cierto tipo de personas, así como bienes de carácter patrimonial

²⁸⁵ Art.1 bis: “Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma: a) Ejecute un acto de violencia en contra de una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; b) Destruya o cause grave daño en las instalaciones en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto, si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del aeropuerto”.

²⁸⁶ Art.1º: “a) un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen”; “c)Cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa”.

pertencientes a dichas personas que sean afectados por el ejercicio de atentados y en cuanto dicho daño patrimonial pueda afectar la vida o la libertad de las mismas²⁸⁷. Se sancionan la consumación, la amenaza y la tentativa de cometer los atentados señalados, así como a autores y cómplices involucrados.

No puede estimarse que las reglas sobre autoría y participación constituyan reglas especiales, a nivel de determinación de la pena, ya que dicho ámbito queda entregado por completo a la competencia del derecho interno de los Estados y, sobre el particular, el tratado no se pronuncia, por ejemplo, señalando que la inducción se castiga con la misma pena que la de la autoría, ni que la tentativa se sanciona con la misma pena del delito consumado.

Reglas sobre jurisdicción:

Se regula la obligación de los Estados partes de adecuar las medidas pertinentes para la sanción de los ilícitos y el establecimiento de su jurisdicción respecto de las conductas incriminadas que se señala en la Convención, atendiendo a criterios relacionados con: a) el lugar de comisión de tales ilícitos (que el delito haya sido cometido en el territorio de un Estado parte o en un buque o aeronave matriculado en ese Estado), la nacionalidad de los sujetos incriminados cuando sea de una de los estados Partes) o bien en relación a la calidad de la víctima (persona internacionalmente protegida).

(6) Convenio de Nueva York de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes.

Ámbito de aplicación.

La Convención tiene por objeto aplicarse a las conductas incriminadas en ella descritas y que presenten los elementos internacionales que este mismo texto señala, en términos negativos. Los requisitos negativos que deben concurrir son de doble carácter. Un primer grupo de dichos requisitos negativos está referido al lugar de comisión del delito y la nacionalidad tanto del delincuente como del rehén , mientras que un segundo grupo de dichos requisitos dicen relación con la aplicación de ciertas normas de Derecho Humanitario , en determinadas circunstancias.

En primer lugar, la presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese mismo Estado (art.13).

En segundo lugar, el secuestro o toma de rehenes no debe tratarse de aquellos cometidos durante conflictos armados según son definidos en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos y, en particular, los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977. Dichos específicos conflictos armados, son aquellos que se producen cuando los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional, referentes a relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (art.12).

²⁸⁷ Art.2º: “el homicidio o secuestro u otro atentado en contra de la integridad física de una persona internacionalmente protegida, la comisión de un atentado violento en contra de bienes que sean utilizados por tales personas y que por obra de dichos atentados pudieran afectarse la vida o la libertad de dichas personas (locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte utilizados por los mismos”.

Conductas incriminadas.

El sujeto pasivo y las conductas lesivas de los bienes jurídicos protegidos respecto del mismo son considerados en el establecimiento de las conductas incriminadas en este Convenio, a través de la figura penal de la “toma de rehenes”.

Se protege al sujeto pasivo denominado “rehén”, respecto del cual las conductas incriminadas dirigidas en su contra atentan en contra de su libertad personal, por medio del uso de la amenaza dirigida a un tercero (sujeto individual o colectivo, público o privado, nacional o internacional), con miras a obtener de este último, beneficios, como contraprestación a la liberación del sujeto pasivo de la acción delictual. Se incrimina la consumación de estas conductas así como la tentativa de realización de las mismas y la complicidad de cometer dichas conductas.

Reglas sobre jurisdicción.

Se establecen estas reglas en el art.5 de la convención de acuerdo a un modelo de una regla residual, una regla supletoria y finalmente una regla de clausura, modelo que ya se encuentra presente en otras Convenciones que hemos mencionado.

i) *Regla general:* Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1º que se cometan:

en su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado; por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso, ese Estado lo considera apropiado;

con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o

respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si éste último lo considera apropiado.

ii) *Regla residual:* Los Estados partes deberán implementar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos señalados en el art.1º en caso de que el delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado parte no acceda a la extradición de dicho sujeto.

iii) *Regla de clausura:* Las normas de la Convención no excluyen el establecimiento de jurisdicción en virtud de reglas de derecho interno.

Reglas sobre extradición.

Los delitos previstos en el artículo 1 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro (art.10, párrafo 1). A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos previstos en el artículo 1 se han cometido no sólo en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5 (párrafo 4, art.10). Las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición aplicables entre Estados Partes quedan modificados en lo que afecte a los Estados Partes en la medida en que sean incompatibles con la presente Convención.

Dependiendo si se requieren o no la existencia de tratados para acceder a la extradición, se distingue de acuerdo a si los Estados partes requieren o no para su procedencia la existencia de tratados sobre la materia, en similares términos a los mencionados en el Convenio de la Haya de 1970 y el Convenio de Montreal de 1971.

En caso de que no se conceda la extradición, el Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal estado (art.8, párrafo1).

Se señala una limitación a la obligación de extraditar, en el sentido de que el Estado requerido, cuando le asistan razones fundadas, puede no acceder a la solicitud de extradición, cuando estime que ésta tenga por objeto la persecución de las personas requeridas por motivos indebidos (por su raza, sexo, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política), o bien cuando la posición de la que persona que se solicita extraditar resultaría perjudicada, o sencillamente cuando la persona que se solicita se extradite no ha podido ser comunicada por parte de las autoridades del Estado parte requerido (art.9).

Reglas sobre derecho de asilo.

La Convención no afectará la aplicación de los tratados sobre asilo, vigentes en la fecha de la adopción de la misma, en lo que concierne a los Estados que son partes en esos Tratados. Sin embargo, un Estado Parte en esta Convención no podrá invocar esos tratados con respecto a otro Estado Parte en esta Convención que no sea parte en esos tratados (art.15).

(7) Convenio de Roma de 10 de marzo de 1988, sobre represión de actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la navegación marítima.

Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación de este Convenio se establece en términos negativos, a partir de lo dispuesto en el art.2º. En tal sentido, el Convenio no se aplica a: buques de guerra; buques de propiedad de un Estado, o utilizados por éste como buques auxiliares o de índole aduanera o policial; o a buques que hayan sido retirados de la navegación o hayan sido desarmados. El concepto de “buque” viene definido por el art.1º, que entiende por tal, “toda nave, del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles, o cualquier otro artefacto flotante”.

La aplicación del Convenio se somete finalmente a circunstancias específicas relativas al curso de la navegación de un buque protegido por el instrumento: si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite del mar territorial de un solo Estado, o más allá de los límites laterales de su mar territorial con otros Estados adyacentes, a través de ellas o procedente de las mismas. En caso de no ser aplicable el Convenio en virtud de que no se cumplen las circunstancias de navegación antedichas, el Convenio es aplicable en el caso de que el responsable o presunto responsable, sea hallado en el territorio de otro Estado parte (art.4). La Convención no es obstáculo a las inmunidades a que se sujetan los buques de guerra.

Conductas incriminadas:

El objeto de protección de este Convenio es la seguridad de la navegación marítima material, la cual se identifica para estos efectos en el objeto material “buque” y su pacífica y libre circulación. Correspondientemente, se incriminan conductas constitutivas de violencia

ejercidas para tomar el control de dicho buque²⁸⁸, y los atentados violentos a las personas que se encuentren a bordo del buque cuando estos actos pongan en peligro la seguridad del buque²⁸⁹, así como la afectación de la vida o salud de las personas cuando estos actos impliquen la navegación segura del buque. Se incriminan además atentados en contra de la propiedad que son incriminados como lesivos a la seguridad del buque. Se incrimina además la tentativa de cometer los ilícitos señalados, la inducción a cometer los mismos, y las amenazas de cometer algunos de los delitos señalados en la Convención²⁹⁰ ya mencionados, formulando o no una condición, de acuerdo a lo señalado en la legislación interna de cada Estado parte, cuando esta amenaza se efectúa con ánimo de obligar a una persona física o jurídica, a ejecutar un acto o abstenerse de ejecutarlo, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura de un buque.

No puede estimarse que las reglas sobre autoría y participación constituyan reglas especiales, a nivel de determinación de la pena, ya que dicho ámbito queda entregado por completo a la competencia del derecho interno de los Estados y, sobre el particular, el tratado no se pronuncia, por ejemplo, señalando que la inducción se castiga con la misma pena que la de la autoría, ni que la tentativa se sanciona con la misma pena del delito consumado.

Reglas sobre jurisdicción.

i) Ámbito imperativo (Art.6 párrafo 1): cada Estado parte tomará las medidas necesarias para extender su jurisdicción cuando cualquiera de los delitos señalados en el art.3º:

Sea cometido contra un buque o a bordo, y al momento de cometerse el delito este lleve el pabellón de ese Estado;

Sea cometido en el territorio de ese Estado, incluyendo su mar territorial;

Sea cometido por un nacional de ese Estado.

ii) Ámbito facultativo (art.6 párrafo 2): Adicionalmente un Estado parte podrá establecer su jurisdicción para la persecución de los ilícitos ya mencionados en las siguientes hipótesis:

Cuando estos sean cometidos por un apátrida cuya residencia actual se encuentre en dicho Estado;

Cuando un nacional de dicho Estado resulte aprehendido, lesionado o muerto durante la comisión del delito;

Cuando sea cometido obligando a dicho Estado a hacer o no hacer una cosa.

iii) Reglas residuales (art.6 párrafos 4 y 5): Cada Estado parte establecerá las medidas adecuadas para establecer su jurisdicción respecto de los delitos mencionados en el art.3, cuando el presunto responsable de dichos ilícitos se encuentre en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición de dicho sujeto a ninguno de las demás Estados partes que hayan establecido su jurisdicción según las reglas anteriores.

Finalmente, el Convenio no excluye el establecimiento de la jurisdicción para la persecución de estos ilícitos en conformidad a las legislaciones internas de cada Estado.

²⁸⁸ Art.3 párrafo 1, letra a): “Apoderarse de un buque o ejercer control sobre él, por medio de violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación;(…) Art.3 párrafo 1 letra g): “ Lesionar o matar a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en las letras a) a f)”.

²⁸⁹ Art.3 párrafo 1 , letra b): “...Realizar algún acto de violencia en contra de una persona que se encuentre a bordo de un buque, cuando dicho acto pueda poner en peligro la navegación segura de ese buque”.

²⁹⁰ Los delitos comprendidos en las letras b) , c) y e) del art.3 párrafo 1” .

Reglas sobre extradición.

Los delitos señalados en el art.3 del Convenio se entenderán comprendidos en los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes de este Convenio, los que a su vez, se obligan a incluir tales delitos en los futuros tratados de extradición que celebren entre sí (art.11 párrafo1). Para efectos de la extradición, si fuere necesario, el delito se entenderá cometido no sólo en el lugar en que hubiere sido perpetrado sino también en el territorio del Estado requirente de la extradición (art.11 párrafo 4).

Dependiendo si los Estados partes subordinan la extradición a la existencia de un tratado sobre la materia, se distingue:

i) *Si no se subordina la extradición a la existencia de un tratado:* Los Estados partes que así lo hagan, reconocerán los delitos mencionados en el art.3 como delitos sujetos a extradición entre ellos, quedando la extradición sujeta a la legislación del Estado requerido (Art.11 párrafo 3).

ii) *Si se subordina la extradición a la existencia de un tratado:* Si un Estado Parte que así lo determine recibe una solicitud de extradición de parte de otro Estado parte con quien no tiene tratado sobre la materia, queda facultativamente al criterio del Estado parte requerido, estimar dicha solicitud como la base jurídica suficiente para proceder a la extradición respecto de los delitos mencionados en el art.3 de este Convenio. En dicho caso, la extradición queda sujeta a las regulaciones del Estado requerido (art.11 párrafo 2).

En el evento de que no proceda la extradición, en los casos en que se haya determinado la jurisdicción de acuerdo a las reglas del art. 6º del Convenio, el Estado en que el delincuente se encuentre deberá someter el caso sin dilación a sus propias autoridades para efectos de su enjuiciamiento, mediante el procedimiento judicial acorde a su propia legislación interna, sin excepción alguna e independientemente de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. En dicho enjuiciamiento se tomará la decisión de acuerdo al mismo criterio aplicable a otros delitos graves de dicha legislación, asegurando al encausado la aplicación de las garantías de procedimiento que la misma consagre (art.10).-

El Estado parte que habiendo recibido varias solicitudes de extradición respecto de los sujetos involucrados en los ilícitos, y habiéndose establecido la jurisdicción de un Estado parte de acuerdo a las reglas del art.6º, en caso de que decida no enjuiciar, al decidir el Estado al cual extraditará, deberá considerar los intereses y responsabilidades del Estado parte cuyo pabellón enarbola el buque en el momento de la comisión del delito(art.11 párrafo 5). Los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes de esta Convención se entenderán modificados en todo lo que sean incompatibles con la misma.

(8) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 10 de marzo de 1988.

Ámbito de aplicación:

Este instrumento tiene carácter complementario con el del Convenio para la represión de actos ilícitos cometidos en contra de la seguridad de la navegación marítima, del cual las disposiciones de los arts.5 a 7 y 1º a 16 de este último son aplicables a este protocolo y las conductas incriminadas en él en el art.2 del mismo.

En el evento de no poder ser aplicado lo anteriormente expuesto, el protocolo será aplicable en caso de que el delincuente o presunto delincuente sea hallado en el territorio de un Estado distinto de aquel en cuyas aguas interiores o en cuyo mar territorial se encuentre

emplazada la plataforma fija²⁹¹. En lo que no proceda aplicar lo dispuesto en el protocolo, rigen como normas supletorias las disposiciones comunes de Derecho Internacional Público (art.1º).

Conductas incriminadas.

Están señaladas en el art.2 del Protocolo. Las letras a) a e) del Nº1 de este artículo señalan conductas similares a las referidas en el pertinente artículo del Convenio para la represión de los actos ilícitos cometidos en contra de la seguridad de la navegación marítima, con la salvedad de que en este Protocolo ya no será el buque lo protegido en cuanto a su seguridad sino, en este caso, lo será la plataforma fija. Por su parte, el numeral 2 del mismo artículo, hace referencia a la tentativa, inducción o amenaza de cometer tales ilícitos, en términos análogos al Convenio del cual este protocolo es complemento.

Se establecen similares normas que las referidas en el Convenio para la represión de los actos ilícitos en contra de la seguridad de la navegación marítima, en cuanto al deber de los Estados de establecer su jurisdicción para conocer de estos ilícitos, la obligación de los Estados partes de tipificar los delitos establecidos en el art. 2 de este Protocolo en sus respectivas legislaciones internas, así como la obligación de éstos de dotar penas adecuadas para los mismos atendida la gravedad de los hechos.

(9) Convención sobre rotulado de explosivos plásticos de 1º de marzo de 1991.

Ámbito de aplicación.

Se regula, mediante una reglamentación de carácter disuasivo, el uso de explosivos sin marcar, específicamente los denominados “explosivos plásticos”, para sustraerlos así de su factible uso por parte de acciones terroristas, que atentan en especial en contra de la navegación aérea, marítima y de otros medios de transporte y, en general, en contra de la seguridad internacional. No se señalan conductas incriminadas en este instrumento internacional y su contenido es de marcado carácter técnico.

Se regula qué se entiende para los efectos de la Convención los términos explosivos²⁹², agentes de detección²⁹³, marcación²⁹⁴, fabricación²⁹⁵, artefactos militares debidamente autorizados²⁹⁶), y Estado productor (todo Estado en cuyo territorio se fabriquen explosivos plásticos), términos a los que se hace referencia en el texto de la Convención (art.1º).

Algunas obligaciones de cada Estado parte en orden a adoptar medidas respecto de los explosivos sin marcar.

²⁹¹ El protocolo define “plataforma fija” en los siguientes términos: “una isla artificial, estructura sujeta permanentemente al fondo con fines de exploración, explotación de los recursos u otros fines de indole económica”(art.1º del Protocolo).

²⁹² “Los productos explosivos comúnmente conocidos como “explosivos plásticos”, incluidos los explosivos en forma de lámina flexible o elástica, descritos en el Anexo técnico a este Convenio”.

²⁹³ La sustancia descrita en el Anexo técnico a este Convenio y que se introduce en un explosivo a fin de poder detectarlo.

²⁹⁴ La introducción en el explosivo de un agente de detección conforme al Anexo técnico a este Convenio.

²⁹⁵ “Todo proceso, incluido el reprocesamiento, que da como resultado explosivos”.

²⁹⁶ En una enumeración ejemplar se señala como tales a “ cartuchos, proyectiles, minas, misiles, cohetes, cargas huecas, granadas y perforadores fabricados exclusivamente con fines militares o policiales de conformidad con las leyes y los reglamentos del Estado Parte de que se trate”

Adoptar las medidas necesarias para ejercer un control estricto y efectivo sobre la tenencia o transferencia de la tenencia de explosivos sin marcar que se hayan fabricado o introducido en su territorio antes de la entrada en vigor de este Convenio respecto de ese Estado, a fin de impedir su apoderamiento o utilización con fines incompatibles con los objetivos del Convenio.

Prohibir e impedir la fabricación de los mismos en su propio territorio (art.II).

Prohibir e impedir la entrada y salida de los mismos desde su territorio, lo cual no se aplicará respecto del desplazamiento de los mismos con fines que no sean incompatibles con el Convenio, por las autoridades policiales o militares del Estado parte que someta a su control los explosivos plásticos en conformidad a lo dispuesto en el propio Convenio (art.III).

Establecer medidas adecuadas sobre las existencias de explosivos sin marcar, introducidos en sus territorios antes de la entrada en vigencia del Convenio, para efectos de impedir su toma de control y uso con fines incompatibles con este instrumento. En este sentido, se deberán implementar medidas adecuadas para que las existencias de explosivos sin marcar en poder de autoridades militares o policiales y que no se encuentren incorporados a los dispositivos militares debidamente autorizados sean utilizadas por las mismas, sean destruidos en el mínimo de tiempo posible (art.IV).

(10) Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997.

Ámbito de aplicación.

El propósito de este Convenio es la sanción de los atentados terroristas a través del ataque a los medios utilizados para llevarlos a cabo y en atención los afectos dañosos de dichos medios de acción para la vida, la salud y la propiedad.

En cuanto al tipo de actos a los que se aplica la Convención se encuentran atentados cometidos con artefactos explosivos o bombas, respecto de los cuales se constata su aumento en la actualidad, sin que la normativa internacional contra el terrorismo permita un tratamiento adecuado sobre la materia. Con este propósito se incluyen en el concepto de “artefacto dañoso u otro artefacto explosivo”, medios catastróficos de carácter convencional, así como también nuevos elementos modernos relacionados con formas de ataque químico, bacteriológico y nuclear²⁹⁷.

La Convención no se aplica en el caso de que actos de la naturaleza descrita no cuenten con los elementos de carácter internacional que es posible deducir de la interpretación a contrario sensu de la Convención²⁹⁸.

Conductas incriminadas.

Dicen relación con diversos actos vinculados al atentado terrorista efectuado a través de los determinados medios de ofensa de que se preocupa esta Convención. Se incriminan

²⁹⁷ Art.1 párrafo 3º: “a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales; o b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”.

²⁹⁸ Art.3: “...cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente y las víctimas sean nacionales de ese Estado y el presunto culpable se halle en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del presente Convenio”.

conductas que dicen relación con la destrucción que estos medios de ofensa provocan, así como otros actos previos necesarios para que dichos medios destructivos actúen.

Caracteriza a las conductas incriminadas los particulares entornos físicos en los cuales el uso de estos medios destructivos se lleva a cabo, lo que dice relación con el potencial de efectos destructivos de carácter colectivo que pueden ocasionar, concretizado en afectación de bienes jurídicos de carácter personal (como la vida o la salud individual) o patrimonial (de carácter público o privado). Al efecto se señalan determinados elementos subjetivos del tipo que deben concurrir para que estas conductas se consideren incriminadas, en el art.2 párrafo 1 letras a) y b)²⁹⁹.

Se incrimina tanto las conductas descritas en grado de consumación como en grado de tentativa³⁰⁰. En cuanto a reglas especiales sobre participación criminal, se incrimina la conducta de los cómplices³⁰¹ en la comisión de los delitos descritos, así como a quien organice o dirija a otros los efectos de los mismos ilícitos³⁰². En este punto, respecto a las actividades organizativas y la actividad de dirigir los efectos del ilícito que se constituye un tipo especial de autoría, que de no tipificarse de tal manera, sólo ameritaría un tratamiento a título de complicidad.

Residualmente, se sanciona al que contribuya intencionalmente de alguna otra forma distinta a las mencionadas, a la comisión de los delitos descritos cuando estos sean cometidos por parte de organizaciones que actúen con un propósito común (la norma no señala de que carácter debe ser dicho propósito, pero se colige del contexto de la norma que dicho propósito es la comisión de uno o más ilícitos descritos anteriormente)³⁰³, debiendo participarse, por parte del que contribuye, con propósitos determinados a fin de que su conducta pueda ser considerada incriminada³⁰⁴. Se señala la obligación de los Estados Partes en el Convenio, de tipificar a nivel interno los delitos señalados en el art.2º y establecer penalidades adecuadas para los mismos, en atención a su gravedad (art.4º).

Reglas sobre jurisdicción.

i) **Ámbito imperativo:** Es competente la jurisdicción del Estado parte del territorio en cuyo territorio se haya cometido el delito, el de la embarcación que lleve pabellón del Estado; o el de la aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito (párrafo 1 del art.6).

ii) **Ámbito facultativo.**

²⁹⁹ “Comete delito en el sentido del presente Convenio, quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”.

³⁰⁰ Art.2, párrafo 4.

³⁰¹ Art.2 párrafo 3 letra a): “También comete delito quien, participe como cómplice en la comisión de un delito, enunciado en los párrafos 1 y 2 del presente artículo”.

³⁰² Art.2 párrafo 3 letra b).

³⁰³ Art.2 párrafo 3 letra c), primera parte.

³⁰⁴ Art.2, párrafo 3, letra c, segunda parte: “...la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”.

Otros Estados partes podrán también establecer jurisdicción sobre estos ilícitos, cuando dicho acto :

- a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado; o
- b) Sea cometido en o contra una instalación pública o gubernamental en el extranjero, incluso una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado; o
- c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; o
- e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado (párrafo 2 del art.6).

iii) Regla de clausura: Lo anterior, no obsta el establecimiento de la jurisdicción de un Estado parte respecto de los ilícitos del art.2º, cuando así lo acuerde su legislación interna.

Reglas sobre extradición.

Las conductas incriminadas señaladas en la Convención se considerarán como susceptibles extradición, en todo tratado de extradición vigente entre los Estados partes y que fuere anterior a este tratado. Se establece el compromiso de los Estados partes de incluir a estos delitos en todo tratado de extradición posterior a la entrada en vigencia de la Convención. En cuanto al lugar de comisión del delito para efectos de la extradición, se considerará que éste se ha cometido no sólo en el lugar en que se perpetraron los hechos sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 6.

Una vez cometido el ilícito, para efectos de su tratamiento extraditorio, se debe distinguir:

-Si el ilícito es susceptible de extradición: Cuando la legislación de un Estado Parte le permita proceder a la extradición de uno de sus nacionales o entregarlo de otro modo sólo a condición de que sea devuelto a ese Estado para cumplir la condena que le sea impuesta de resultas del juicio o procedimiento para el cual se pidió su extradición o su entrega, y ese Estado y el que solicita la extradición están de acuerdo con esa opción y las demás condiciones que consideren apropiadas, dicha extradición o entrega condicional será suficiente para cumplir la obligación enunciada en el párrafo 1 del presente artículo.

-Si el ilícito no es susceptible de extradición: el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

Deberes de asistencia recíproca entre los Estados partes a nivel de cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición.

La asistencia judicial recíproca entre los Estados partes se regirá por los tratados especiales que entre dichos Estados existan, y a falta de tratados, por las normas que señale al efecto cada legislación nacional (art.10 párrafo 2). Para fines de extradición o asistencia judicial recíproca, se entiende que los delitos mencionados en el art.2 de la Convención no podrán ser considerados como delito político, delito conexo a un delito político o inspirado por motivos políticos, de manera tal que la alegación de dicho carácter

respecto de los ilícitos que la Convención sanciona, no obstará a la extradición o a la asistencia judicial recíproca entre los Estados partes (art.11).

Los deberes de extradición y de cooperación judicial recíproca se consagran con una limitación, en el sentido de que nada de lo dispuesto por la Convención se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca, si el Estado al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición por los delitos enunciados en el artículo 2 o de asistencia judicial recíproca, en relación con esos delitos, se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos.

(11) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999.

Ámbito de aplicación:

Se refiere a la sanción de actividades de financiación de actos de terrorismo que señala la propia Convención, cuando las conductas incriminadas en la misma cuenten con elementos relevantes de carácter internacional, los que en caso de faltar hacen inaplicable este instrumento internacional, salvo normas específicas³⁰⁵.

Para fijar el ámbito de aplicación de este instrumento internacional, son de utilidad las definiciones que el propio Convención efectúa respecto a términos que serán utilizados en la misma, tales como “fondos”³⁰⁶, “instalación gubernamental o pública”³⁰⁷ y “producto”³⁰⁸.

Conductas incriminadas.

Las conductas incriminadas pueden clasificarse en distintos grupos, con el elemento común denominador de que dichas conductas consistan en la recolección o provisión de fondos, ilícita y deliberadamente, por cualquier medio, ya sea en forma directa o indirecta, realizada con la intención de se utilicen dichos fondos, o sabiendas de que serán utilizados, para la comisión de los actos que se pasa a señalar³⁰⁹. Los actos a los cuales pueden ser destinados los fondos señalados pueden agruparse en distintos grupos.

³⁰⁵ El art.3 de la Convención señala: “El presente Convenio no será aplicable cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 ó 2 del artículo 7, con la excepción de que serán aplicables a esos casos, cuando corresponda, las disposiciones de los artículos 12 a 18”.

³⁰⁶ Art.1 párrafo 1: “Por “fondos” se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito”.

³⁰⁷ Art.1 párrafo 2: “Por “instalación gubernamental o pública” se entenderá toda instalación o vehículo de carácter permanente o temporario utilizado u ocupado por representantes de un Estado, funcionarios del poder ejecutivo, el poder legislativo o la administración de justicia, empleados o funcionarios de un Estado u otra autoridad o entidad pública o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental, en el desempeño de sus funciones oficiales”.

³⁰⁸ Art.1 párrafo 3: “Por “producto” se entenderá cualesquiera fondos procedentes u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito enunciado en el artículo 2”.

³⁰⁹ Art.2.párrafo 1, letra a).

El primer grupo de conductas incriminadas se refiere a conductas punibles señaladas en otros convenios internacionales en materia de terrorismo celebrados con anterioridad a esta Convención. Un segundo grupo de conductas, se refiere a atentados en contra de la vida o la salud de civiles o de otras personas que no se encuentren involucradas directamente en situaciones de conflicto armado, cuando dichos actos se dirijan a obtener la intimidación de una determinada población o servir como instrumento de presión en contra de ciertas autoridades³¹⁰. Respecto de las conductas descritas en estos dos primeros grupos, se incrimina su realización tanto en grado de consumación como de tentativa³¹¹. No es necesario para que las conductas señaladas en estos dos primeros grupos se consideren incriminadas que los fondos sean efectivamente utilizados³¹².

No puede estimarse que las reglas sobre íter crimnis, constituyan reglas especiales, a nivel de determinación de la pena, ya que dicho ámbito queda entregado por completo a la competencia del derecho interno de los Estados y, sobre el particular, el tratado no se pronuncia, por ejemplo, señalando que la tentativa se sanciona con la misma pena del delito consumado.

Finalmente, un tercer grupo de conductas incriminadas se relaciona con la participación en calidad de cómplice³¹³ en las conductas anteriormente referidas, o bien la participación en la organización de la comisión de tales conductas o la dictación de órdenes para que se cometan³¹⁴. Se incrimina la contribución intencionada en la comisión de los delitos antes mencionados por parte de un grupo terrorista, cuando en dicha contribución concurren determinadas circunstancias subjetivas por parte del agente que realiza dicha contribución³¹⁵.

Reglas sobre jurisdicción.

Se establecen distintos ámbitos en el art.7 del Convenio, a objeto de que los Estados establezcan su jurisdicción para la persecución de los ilícitos señalados en el art.2.

i) *Ámbito imperativo*: Los Estados partes tienen el deber de establecer su jurisdicción respecto de los ilícitos señalados en la Convención cuando estos sean cometidos en su propio territorio (real³¹⁶ o ficticio³¹⁷) o bien cuando se cometan en una aeronave matriculada en conformidad a la legislación de dicho Estado al momento de ser cometido el ilícito, o cuando estos sean cometidos por uno de sus propios nacionales³¹⁸.

³¹⁰ Art.2.párrafo 1 letra b): “Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”

³¹¹ Art.2, párrafo 4.

³¹² Art.2, párrafo 3.

³¹³ Art. 2 párrafo 5 letra a.

³¹⁴ Art. 2 párrafo 5 letra b.

³¹⁵ Art.2 párrafo 5 letra c, acápites i y ii: “i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo”.

³¹⁶ Art.7 párrafo 1 letra a

³¹⁷ Art. 7 párrafo 1 letra b: “A bordo de un buque que enarbore el pabellón de ese Estado...”.

³¹⁸ Art. 7 párrafo 1 letra c.

ii) *Ámbito facultativo*: Cuando los delitos señalados en la Convención se cometan con determinados elementos subjetivos del tipo, o bien, en circunstancias espaciales o de nacionalidad determinadas, los Estados partes podrán establecer su jurisdicción para la persecución de los ilícitos a que se refiere la Convención³¹⁹.

iii) *Ámbito residual*: Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas que resulten necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto autor del delito se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción, en atención a los ámbitos imperativos o facultativos, ya mencionados.

iv) *Caso de que se produzca conflicto entre distintos Estados partes respecto de la reclamación de jurisdicción*: Cuando más de un Estado Parte reclame jurisdicción respecto de uno de los delitos mencionados en el artículo 2, los Estados Partes interesados procurarán coordinar sus acciones de manera apropiada, en particular respecto de las condiciones para enjuiciar y de las modalidades de la asistencia judicial recíproca.

v) *Regla de clausura*: Sin perjuicio de las normas generales de Derecho Internacional, el Convenio no excluye el ejercicio de ninguna jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación nacional.

Reglas sobre extradición.

Los delitos mencionados en el art.2 del Convenio se considerarán incluidos en los tratados sobre extradición que se encuentren vigentes entre los Estados partes con anterioridad a la vigencia de este Convenio. Los Estados partes se obligan a incorporar los ilícitos a que alude la presente Convención en los tratados de extradición futuros que acuerden (art.11, párrafo 1). Los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes de la Convención se entenderán modificados en todo aquello en que sean incompatibles con la presente Convención (art.11 párrafo 5).

Para efectos de la extradición, los delitos comprendidos en el art.2 no se considerarán como delitos políticos, delitos conexos a un delito político ni delito inspirado en móviles políticos, por lo cual no se podrá alegar dicho carácter respecto de los hechos señalados en el art.2 del Convenio para no dar lugar a la solicitud de extradición (art.14). Tampoco podrá invocarse el carácter de delito fiscal para los delitos señalados en el art.2 del Convenio como excusa para obstar a la extradición solicitada (art.13).

Dependiendo si la legislación de cada Estado parte subordine la extradición a la existencia o no de tratados sobre la misma, se distingue en similares términos a lo dispuesto en los Convenios de la Haya y el Convenio de Montreal.

12. Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 13 de abril de 2005.

Cabe mencionar la adopción, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 13 de abril de 2005, del texto definitivo del Convenio Internacional sobre sanción

³¹⁹ “a) Con el propósito de perpetrar un delito de los mencionados en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 2 en el territorio de ese Estado o contra uno de sus nacionales o haya tenido ese resultado; b) Con el propósito de perpetrar un delito de los mencionados en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 2 contra una instalación gubernamental o pública de ese Estado en el extranjero, incluso un local diplomático o consular de ese Estado, o haya tenido ese resultado; c) Con el propósito o el resultado de cometer un delito de los indicados en los apartados a) o b) del Párrafo 1 del artículo 2, en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; d) Por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; e) A bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado”.

de los actos de terrorismo nuclear, del cual pasaremos a exponer algunos elementos de interés, a pesar de que, a la fecha de redacción de este acápite aún no se ha abierto el período fijado en el propio Convenio para efectos de que los distintos Estados lo suscriban, razón por la cual este instrumento internacional aún no se encuentra vigente.

Ámbito de aplicación.

Deben concurrir elementos de carácter internacional relevantes para efectos que proceda la aplicación del Convenio³²⁰. Se sigue, en este sentido, con la técnica ya utilizada en el Convenio de Represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 y en el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo del año 1999.

Además de lo anterior, el Convenio tampoco se aplica respecto de la actuación de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, situaciones comprendidas bajo la regulación del Derecho Humanitario³²¹.

De importancia para la interpretación y delimitación del ámbito de aplicación del Convenio es la definición, contenida en el art.1, de algunos términos que se utilizan en este instrumento internacional. Se define lo que se entiende para efectos del Convenio por “material radiactivo”³²², “materiales nucleares”³²³.

Se define qué se entiende por “instalación nuclear”³²⁴, “dispositivo”³²⁵, “instalación pública o gubernamental”³²⁶ y “fuerzas militares de un Estado”³²⁷.

³²⁰ Los elementos internacionales relevantes se obtienen de la interpretación a contrario sensu de lo dispuesto en el art. 3. Señala esta norma que, el Convenio no se aplicará: “... cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente y las víctimas sean nacionales de ese Estado y el presunto culpable se halle en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2 del artículo 9 del presente Convenio”.

³²¹ Señala el art.4 párrafo 2º: “Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio, y las actividades que lleven a cabo las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas de derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio”.

³²² “Por “material radiactivo” se entenderá material nuclear y otras sustancias radiactivas que contienen núclidos que sufren desintegración espontánea (un proceso que se acompaña de la emisión de uno o más tipos de radiación ionizante, como las partículas alfa y beta, las partículas neutrónicas y los rayos gamma) y que, debido a sus propiedades radiológicas o fisionables, pueden causar la muerte, lesiones corporales graves o daños patrimoniales y ambientales considerables”.

³²³ “Por “materiales nucleares” se entenderá el plutonio, excepto aquél cuyo contenido en el isótopo plutonio-238 exceda del 80%, el uranio-233, el uranio enriquecido en los isótopos 235 ó 233, el uranio que contenga la mezcla de isótopos presentes en su estado natural, pero no en forma de mineral o de residuos de mineral, y cualquier material que contenga uno o varios de los elementos mencionados; Por “uranio enriquecido en los isótopos 235 ó 233” se entenderá el uranio que contiene los isótopos 235 ó 233, o ambos, en cantidad tal que la razón de abundancia entre la suma de estos isótopos al isótopo 238 sea mayor que la razón entre el isótopo 235 y el 238 en el estado natural”

³²⁴ “Por “instalación nuclear” se entenderá: a) Todo reactor nuclear, incluidos los reactores instalados en buques, vehículos, aeronaves o artefactos espaciales con la finalidad de ser utilizados como fuentes de energía para impulsar dichos buques, vehículos, aeronaves o artefactos espaciales, así como con cualquier otra finalidad; b) Toda instalación o medio que se utilice para la fabricación, el almacenamiento, el procesamiento o el transporte de material radiactivo”.

³²⁵ “a) Todo dispositivo nuclear explosivo; b) Todo dispositivo de dispersión de radiación o de emisión de radiación que, debido a sus propiedades radiológicas, pueda causar la muerte, lesiones corporales graves o daños patrimoniales y ambientales considerables”.

Conductas incriminadas.

En cuanto a las conductas incriminadas que señala el art.2, pueden dividirse en distintos grupos, que cuentan con elementos subjetivos, algunos de carácter común respecto de varias categorías de conductas, como otros de carácter específico para ciertos comportamientos. Todas las categorías de conductas incriminadas sancionan comportamientos ilícitos e intencionados.

i) Un primer grupo de conductas son las relativas a la posesión de material radiactivo o la fabricación de material o dispositivos radiactivos .

Para este grupo de conductas, los elementos subjetivos del tipo³²⁸ dicen relación con la intención de afectar los bienes jurídicos vida, salud individual, propiedad o medio ambiente.

ii) Un segundo grupo de conductas se refieren a la utilización en cualquier forma de material radiactivo o de un dispositivo , o la utilización o el daño de una instalación nuclear en forma tal que provoque la emisión o corra el riesgo de provocar la emisión de material radiactivo.

A los elementos subjetivos del tipo mencionados para el primer grupo de conductas incriminadas, se suma adicionalmente a las conductas del segundo grupo , un elemento subjetivo específico³²⁹, relacionado con la afectación de la libertad de decisión de personas naturales o jurídicas , una organización internacional o un Estado.

iii)Un tercer grupo de conductas se relacionan con actos constitutivos de amenaza. Así, se incrimina la amenaza de cometer alguna de los delitos descritos en el segundo grupo de conductas, cuando concurra el elemento subjetivo del tipo del propósito de causar la muerte o graves daños corporales. También se incrimina la exigencia, ilegal e intencionada, de la entrega de material radiactivo, un dispositivo o una instalación nuclear , mediante amenaza verosímil o mediante el uso de la fuerza .

iv)Un cuarto grupo de conductas se refiere a las conductas del que organice o induzca a otros a los efectos de la comisión de cualesquiera de los delitos ya mencionados³³⁰ .

v)Finalmente , se incrimina la contribución en cualquier otra forma en la comisión o tentativa de comisión de delitos referidos en los tres primeros grupos de conductas incriminadas , por parte de grupos que presenten el propósito común de cometer los delitos ya mencionados , debiendo dichos actos de colaboración ser intencionada y concurriendo un particular elemento subjetivo del tipo (el propósito de fomentar los fines o la actividad delictiva general del grupo) o el mero conocimiento de la intención del grupo de cometer cualquiera de los delitos ya mencionados.

³²⁶ “...toda instalación o vehículo permanente o provisional utilizado u ocupado por representantes de un Estado, miembros del gobierno, el poder legislativo o el judicial, funcionarios o empleados de una entidad estatal o administrativa o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental a los efectos del desempeño de sus funciones oficiales”.

³²⁷ “...las fuerzas armadas de un Estado que estén organizadas, entrenadas y equipadas con arreglo a la legislación nacional primordialmente a los efectos de la defensa y la seguridad nacionales y las personas que actúen en apoyo de esas fuerzas armadas que estén bajo su mando, control y responsabilidad oficiales”.

³²⁸ Art 2 párrafo 1 , letra a) , acápite i) y ii): “i) Con el propósito de causar la muerte o daños corporales graves; o ii) Con el propósito de causar daños considerables a la propiedad o el medio ambiente”.

³²⁹ Art.2, párrafo 1, letra b, acápite iii): “... el propósito de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto”.

³³⁰ Art.2, párrafo 4, letra b).

En cuanto a la tentativa se incrimina sólo la de realizar cualquiera de los delitos agrupados en los dos primeros grupos de conductas. En cuanto a la complicidad, se incrimina sólo la referida a la consumación y tentativa de las conductas de los primeros tres grupos.

Reglas sobre jurisdicción.

Se establecen en el art. 9 del Convenio distintos ámbitos de reglas (imperativo, facultativo, residual, una regla de clausura, y reglas sobre solución de conflictos de jurisdicción), respecto de las circunstancias que se establecen como relevantes para efectos de que los Estados partes establezcan su jurisdicción respecto de los delitos que contempla la Convención .

i) *Ámbito imperativo.*

Los Estados “deberán” establecer jurisdicción para conocer de estos ilícitos , cuando alguno de los delitos comprendidos en la Convención :

a) Sea cometido en el territorio de ese Estado ;

b) Cuando sea cometido a bordo de una aeronave que enarbole el pabellón de dicho Estado o de una aeronave que se encuentre matriculada de conformidad a la legislación de ese Estado al momento de ser cometido el delito.

c) Sea cometido por un nacional de dicho Estado.

ii) *Ámbito facultativo.*

Los Estados partes “podrán” también establecer jurisdicción cuando alguno de los delitos contemplados en la Convención: referidos a la nacionalidad de la víctima³³¹, el lugar de comisión del hecho o la calidad pública del blanco material de la acción³³², la residencia habitual del agente cuando éste sea apátrida³³³, elementos subjetivos del tipo especiales³³⁴ y , finalmente , el hecho de que la conducta sea cometida a bordo de una aeronave explotada por el gobierno de un Estado parte³³⁵.

ii) *Ámbito residual.*

En los casos en que el presunto delincuente se halle en el territorio de un Estado parte y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los ámbitos imperativo y facultativos, ya mencionados, el Estado que no accede a la extradición deberá establecer su jurisdicción para el juzgamiento del delincuente.

iii) *Regla de clausura:* El Convenio no excluye el establecimiento de jurisdicción por parte de la legislación interna de los Estados.

vi) *Reglas sobre conflictos de jurisdicción .*

³³¹ Art.9, párrafo 2, letra a). “a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado”

³³² Art.9, párrafo 2, letra b): “Sea cometido en o contra una instalación pública o gubernamental en el extranjero, incluso una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado”.

³³³ Art.9, párrafo 2, letra c): “Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado”.

³³⁴ Art.9, párrafo 2, letra d): “Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto”.

³³⁵ Art.9, párrafo 2, letra e).

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio facultará a un Estado Parte para ejercer su jurisdicción en el territorio de otro Estado Parte ni para realizar en él funciones que estén exclusivamente reservadas a las autoridades de ese otro Estado Parte por su legislación nacional. En caso de conflicto de jurisdicción entre distintos Estados partes del Convenio, se prevé como mecanismo de solución de controversias el establecimiento de arbitraje internacional, y en caso de no prosperar éste, se permite someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia³³⁶.

Reglas sobre extradición.

El Convenio presenta semejanzas con otros instrumentos internacionales en el esquema de reglas pertinente sobre la materia. Se consagran, cláusulas de uso común en los tratados universales sobre terrorismo:

i) Los delitos comprendidos en la Convención se entenderán comprendidos en los tratados sobre extradición celebrados entre los Estados partes con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, y respecto de los tratados celebrados con posterioridad a dicha entrada en vigencia, los Estados partes se comprometen también a incluir dichos delitos en los tratados de extradición que se celebren. De ser necesario, los Convenios de extradición vigentes entre los Estados partes de este Convenio se entenderán modificados en todo lo que sea contrario a las normas de este instrumento internacional.

Para efectos de extradición, se entenderán que los delitos han sido cometido no sólo en el lugar en el que fueron perpetrados los hechos, sino que además en el territorio de los Estados partes que hayan establecido jurisdicción en virtud de los ámbitos imperativo y facultativo ya mencionados. En cuanto a la circunstancia de que se requiera la existencia o no de tratados de extradición entre los distintos Estados partes, se distingue de igual forma que en el Convenio de la Haya de 1970.

ii) Se mantiene para efectos extraditorios, así como de asistencia judicial recíproca, en el art.15 del Convenio, la negación del reconocimiento de delito político, conexo a un delito político, o inspirado por motivos políticos, como excusa para no conceder la extradición respecto de las conductas incriminadas en el art.2 del Convenio.

iii) La obligación de extraditar se entiende limitada, en el art.16, por circunstancias que atienden a la protección de los sujetos requeridos, cuando esta se vea puesta en peligro con fines de persecución ilegítimos³³⁷.

4.3. Instrumentos internacionales de carácter interregional en materia de terrorismo.

³³⁶ Art.23 , párrafo 1: “1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación del presente Convenio y que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizarlo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”.

³³⁷ Art.16: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca si el Estado al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición por los delitos enunciados en el artículo 2 o de asistencia judicial recíproca en relación con esos delitos se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos”.

Es de destacar en cuanto tratados multilaterales, por su ámbito de aplicación regional y, en especial, por el ámbito de interés de este trabajo³³⁸, a nivel europeo y americano, los siguientes instrumentos:

A. La Convención Europea sobre represión del terrorismo de 27 de enero 1977 (Convenio de Estrasburgo).

Ámbito de aplicación y conductas incriminadas.

La Convención no señala un concepto de terrorismo. La Convención en un claro afán despolitizador del terrorismo, con finalidades de aplicación concreta en el ámbito extraditorio entre los Estados partes del Convenio, excluye en su art. 1º de la categoría de delito político, delitos conexos a un delito político o inspirado en un móvil político, los delitos comprendidos en la Convención de la Haya, de Montreal y de New York, y los delitos que comprendan raptos, detención ilegal, el uso de bombas, granadas, rockets, explosivos o instrumentos cuyo uso represente peligro para las personas, y la tentativa de cometer los actos referidos con anterioridad, así como la complicidad en la comisión de algunos de dichos actos.

Las conductas señaladas no contemplan elementos subjetivos especiales y su elección se efectúa en atención al criterio de los blancos objeto de protección así como de los medios utilizados en los atentados terroristas, fundamentalmente atendido el carácter catastrófico y masivo de sus efectos dañinos, optando así por un tratamiento objetivador y despolitizado del terrorismo.

El marco acotado de conductas que señala el art. 1º se extiende indeterminadamente en el art. 2º del Convenio, al entregar a los Estados partes la posibilidad de que califiquen por sí mismos, y sin establecer limitaciones en dicho actuar, “cualquier acto de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas y ,respecto a la protección de bienes patrimoniales, aquellos actos que hayan “creado un peligro colectivo para las personas”.

Reglas sobre extradición.

En todo lo que fueren incompatibles los tratados de extradición vigentes entre los Estados partes de esta convención con el texto de la misma, deberán entenderse vigentes dichos tratados de extradición (art.3).

Reglas sobre jurisdicción.

Cada Estado parte deberá tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos mencionados en el art. 1º de la Convención, en el caso de que se encuentre en su territorio un sospechoso de haber cometido uno de tales ilícitos, y si no extradita a dicho responsable en virtud del requerimiento que otro Estado parte le haga al efecto, en virtud de una regla de jurisdicción que dicho Estado requirente contemple en su legislación interna. En dichas circunstancias, el Estado requerido en caso de no acceder a la extradición, deberá someter el asunto, sin excepción y lo más pronto posible, a sus propias autoridades, las que resolverán el caso de la misma forma que si se tratara de un asunto juzgado de acuerdo a la legislación interna. Lo anterior, no obsta al establecimiento

³³⁸ En materia de instrumentos interregionales de represión antiterrorista fuera del contexto americano y europeo, se encuentran los siguientes: la Convención Árabe sobre la supresión del terrorismo, firmada en El Cairo el 22 de abril de 1998; la Convención de Organización de la Conferencia Islámica sobre el combate del terrorismo internacional de 1 de julio de 1999, Convención de la Organización de la Unión Africana sobre la prevención y el combate del terrorismo firmada en Argelia el 13 de julio de 1999 y la Convención de la Comunidad de Estados Independientes firmada en Minsk el 4 de junio de 1999. Puede consultarse el texto de los mismos en: www.un.org/spanish/terrorismo/tratados/terrorismo.html.

de jurisdicción para la persecución de los ilícitos a los que alude el art.1º, en virtud del derecho interno de cada Estado parte (art.6, párrafos 1 y 2; art.7).

El referido Convenio producto del impacto provocado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Los Estados Unidos de América, ha sido objeto con posterioridad de dichos acontecimientos a una exhaustiva enmienda y actualización de sus contenidos, en especial en lo relativo a labor encomendada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa con fecha 8 de noviembre de 2001 a un organismo especial denominado Grupo Interdisciplinario sobre la acción internacional sobre el terrorismo (GMT, por su sigla en inglés).

La labor del GMT se extendió además al estudio de los distintos tratados vigentes en la Unión Europea y su complementación con distintas directivas emanadas del Consejo de Europa a la luz de los acontecimientos de Septiembre 11 de 2001, dedicándose además a facilitar la represión del terrorismo, mediante la enmienda y en su caso modificación de la normativa comunitaria en materia de extradición y cooperación judicial mutua entre los miembros de la Unión Europea, a saber, Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, sus protocolos adicionales del 15 de octubre de 1975 y 17 de marzo de 1978, y el Convenio Europeo de ayuda judicial Mutua en materia penal de 20 de abril de 1959 y su protocolo adicional de 20 de marzo de 1978 y 8 de noviembre de 2001, con la expectativa de superar las eventuales dificultades en materia de extradición y cooperación judicial mutua relativas a personas acusadas o condenados por actos terroristas³³⁹.

Importante labor le ha cabido en la articulación de la lucha contra el terrorismo al Consejo de Europa, en su carácter de principal órgano político de la Unión Europea, a través de la adopción de medidas concretas en la lucha contra el terrorismo con posterioridad al 11 de septiembre de 2001. El examen de la regulación comunitaria así lo demuestra a través de distintas Decisiones marcos y Posiciones comunes de la Unión Europea:

a) Posición común 2001/930/(PESC) del Consejo de Europa de 28 de diciembre de 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo. Algunos aspectos a que se refiere esta iniciativa son:

i) Se preocupa de establecer el deber de los Estados de la Unión Europea de tipificar como conductas incriminadas actos relativos a la financiación de las actividades terroristas, realizadas por nacionales de los mismos o efectuadas en el territorio de alguno de dichos Estados. Ordena la congelación de fondos y activos financieros y otros recursos económicos a determinadas personas vinculadas al mismo tipo de actividades³⁴⁰, así como prohíbe poner a disposición de los responsables de los actos de terrorismo dichos fondos financieros, ya sea en forma directa o indirecta³⁴¹.

³³⁹ Sobre el punto puede consultarse un análisis relativo a la adecuación antedicha en: **BENÍTEZ**, Rafael. A., “Un nuevo Convenio Antiterrorista para Europa”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Nº 7, 2003, en www.reei.org.

³⁴⁰ Art.2: “...las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten la comisión de los mismos; - las entidades que sean propiedad o estén bajo el control de esas personas, de forma directa o indirecta; y- las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes que, de forma directa o indirecta, sean propiedad o estén bajo el control de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos”.

³⁴¹ Art. 3: “- las personas que cometan o intenten cometer o faciliten o participen en la comisión de actos de terrorismo; - las entidades que sean propiedad o estén bajo el control de esas personas, de forma directa o indirecta; y- las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes”.

ii) En cuanto a la penalidad de dichos actos de financiación ordena a los Estados miembros de la Unión Europea equiparar las penalidades de dichos actos de financiación a las penas contempladas para los actos de terrorismo³⁴².

iii) Expresamente se encarga de la necesidad de implementar medidas para atacar los actos de apoyo al terrorismo³⁴³ y estimula la cooperación preventiva entre los Estados miembros de la Unión Europea, en distintos ámbitos (informativo³⁴⁴, control transfronterizo de circulación de personas y control de identidad³⁴⁵, asistencia judicial recíproca³⁴⁶).

iv) Deniega la posibilidad de otorgar el carácter de refugiado “a quienes financien, planifiquen o cometan actos de terrorismo, o presten apoyo a estos actos, o proporcionen refugio” a los responsables de actos de terrorismo³⁴⁷.

Posición Común 2001/931/PESC adoptada por el Consejo de Europa con fecha 27 de diciembre de 2001, sobre aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. Dicha Posición Común define qué debe entenderse para efectos de dicho documento por “personas, grupos y entidades que intervengan en actos terroristas”³⁴⁸, define el concepto de “acto terrorista”³⁴⁹, e indica qué tipo de atentados pueden entenderse incluidos en dicho concepto, entre los cuales se señalan atentados a bienes jurídicos individuales de carácter no patrimonial (como la vida, la integridad física y la libertad individual)³⁵⁰, así como a bienes jurídicos de carácter colectivo, como la propiedad pública o servicios públicos, cuando dichos actos de destrucción tengan caracteres catastróficos que puedan afectar gravemente vidas humanas o causar serios perjuicios económicos³⁵¹, así como la seguridad del transporte marítimo, terrestre y aéreo³⁵².

³⁴² Art.8: “Será entregada a la justicia a toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste su apoyo a estos actos; dichos actos de terrorismo serán tipificados como delitos graves en la legislación de los Estados miembros y la pena que se imponga corresponderá a la gravedad de esos actos de terrorismo”.

³⁴³ Art.4: “Se adoptarán medidas a objeto de impedir cualquier tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, incluidas medidas destinadas a impedir el reclutamiento de miembros de grupos terroristas e impedir el abastecimiento de armas a los terroristas”.

³⁴⁴ Arts.5, 11 y 12.

³⁴⁵ Art.10.

³⁴⁶ Art.9.

³⁴⁷ Art.6.

³⁴⁸ Art.1 párrafo 2: “ las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; - los grupos y entidades que, directa o indirectamente sean propiedad o estén bajo el control de esas personas, y las personas, grupos y entidades que actúen en nombre de esas personas, grupos y entidades o bajo sus órdenes, incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes que, de forma directa o indirecta, sean propiedad o estén bajo el control de esas personas y de las personas, grupos y entidades asociadas con ellos”.

³⁴⁹ Art 1 párrafo .3: “El acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional...”.

³⁵⁰ Art.1 párrafo 3 acápites i, letras a) a c) : “a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes”.

³⁵¹ Art.1 párrafo 3 acápites i, letra d): “Destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico”.

Se incriminan conductas en cuanto a su potencial fuente de peligro para la protección de los bienes jurídicos aludidos, en especial los medios y las formas de destrucción empleadas en las actividades terroristas³⁵³ y específicamente la afectación a recursos naturales que tenga por efecto afectar a la vida humana³⁵⁴. Finalmente incrimina la amenaza de cometer cualquiera de los atentados ya mencionados³⁵⁵ así como la dirección³⁵⁶ y la participación en actividades de un grupo terrorista tanto a nivel de contribución material a nivel logístico y operativo, como en lo relativo a su financiación³⁵⁷.

Señala los elementos subjetivos del tipo con que dichos actos deben ser cometidos³⁵⁸. Se preocupa de definir qué se entiende por “grupo terrorista” (en atención al número de integrantes, su permanencia en el tiempo y su actuar teleológicamente orientado)³⁵⁹ y “grupo estructurado”³⁶⁰.

Finalmente, establece en su anexo una nómina de nombres de personas naturales, entidades y organizaciones terroristas, la cual ha sido periódicamente actualizada de acuerdo a lo ordenado en el apartado 4º del art. 1 de esta posición común³⁶¹.

d) Decisión Marco de 13 de junio de 2002/475/JAI sobre lucha contra el terrorismo. Este documento enmarca el accionar de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo, en el fundamento de legitimación material de dicho conglomerado en la esfera político y social, conformado por el respeto a la persona humana, la democracia y los derechos fundamentales³⁶², y constituye un importante hito en la elaboración de una acción político jurídico concreta en aras de establecer nociones comunes respecto de los actos que

³⁵² Art.1 párrafo 3 acápite i, letra e): “apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías”.

³⁵³ Art.1 párrafo 3 acápite i) letras f) y g): “ fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas”

³⁵⁴ Art.1 párrafo 3 acápite i) letra h): “perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas”.

³⁵⁵ Art.1 párrafo 3 acápite i) letra i)

³⁵⁶ Art.1 párrafo 3 acápite i) letra j).

³⁵⁷ Art.1 párrafo 3 acápite i) letra k).

³⁵⁸ Art.1 Párrafo 3: “intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

³⁵⁹ Art. 1 párrafo final: “... todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas”.

³⁶⁰ Idem : “...un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”

³⁶¹ La última actualización de dicha nómina es la contenida en la Posición Común 2004/500/PESC del Consejo Europeo de fecha 17 de mayo de 2004, en: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=ES&numdoc=32004E0500&model=guichett.

³⁶² “La Unión Europea se basa en los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tiene como fundamento el principio de la democracia y el principio del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. Decisión Marco, considerando 1º”.

los Estados de la Unión Europea han de considerar en sus tipificaciones internas para sancionar el terrorismo. Algunos aspectos relevantes de esta normativa son:

i) Establece en su art.1.1 los elementos subjetivos del tipo de carácter genérico respecto a los actos de terrorismo (en oposición a otros elementos subjetivos específicos asociados a delitos terroristas de carácter organizativo o vinculados a los mismos) que los derechos internos de los países miembros de la Unión deben considerar en dichas tipificaciones³⁶³.

ii) Hace referencia concreta al tipo de conductas que deben ser incriminadas como actos de terrorismo³⁶⁴, en los mismos términos delimitados por la Posición Común 2001/931 del Consejo de Europa.

iii) Se preocupa del elemento estructural conformado por la organización terrorista.

Respecto a la consideración de las organizaciones terroristas se ha continuado con la tendencia de establecer nóminas de organizaciones involucradas en actividades terroristas, sin perjuicio de incluirse a personas naturales en las mismas. Se define qué se entiende para efectos de la Decisión Marco por “grupo terrorista” y “organización estructurada”³⁶⁵, en términos similares a los señalados en la Posición Común 2001/931/PESC del Consejo de Europa.

Respecto a las organizaciones terroristas se consagran conductas incriminadas agrupadas en dos grupos: - “delitos relativos a grupos terroristas”³⁶⁶ y “delitos relativos a actividades conexas al terrorismo”. Respecto a los delitos del segundo grupo aludido, ellos consisten en delitos contra la propiedad cometidos por medios materiales o inmateriales, así como también delitos cometidos contra la fé pública³⁶⁷.

iv) En lo relativo al régimen de sanciones penales aplicables a las personas naturales involucradas en actos de terrorismo, se confiere a dichas medidas un carácter expresamente disuasorio, destinadas a su aplicación efectiva considerando en su imposición la gravedad de los ilícitos señalados y la posibilidad de que los mismos sean susceptibles de extradición (art.5 párrafo 1).

Se establece el deber de los Estados de la Unión de establecer penas mayores a las asignadas en las respectivas legislaciones internas cuando respecto a las conductas señaladas en los derechos nacionales no se consideren los elementos subjetivos de tipo que hemos denominado genéricos en las conductas de terrorismo no organizacional.

³⁶³ Art.1.1: “intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”

³⁶⁴ Art. 1.1 letras a) a k).

³⁶⁵ Art.2.1

³⁶⁶ Art.2.2: “... a) dirección de un grupo terrorista;b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”.

³⁶⁷ Art.3: “a) el hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos enumerados en el apartado 1 del artículo 1; b) el chantaje con el fin de proceder a alguna de las actividades enumeradas en el apartado 1 del artículo 1; c) el libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo cualesquiera actos enumerados en las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 1 y en la letra b) del apartado 2 del artículo 2 ”.

Respecto a los delitos relativos a grupos terroristas, se contemplan menciones específicas acerca de su penalidad y a la pena de privación de libertad máxima que las legislaciones internas contemplen al efecto, la que no podrá ser inferior a los mínimos que se señala³⁶⁸. Finalmente, introduce la posibilidad de que los Estados de la Unión adopten medidas de carácter premial que permitan la reducción de las penas contempladas para los delitos de terrorismo, en el caso de que los sujetos involucrados en dichos actos desarrollen determinadas formas de cooperación³⁶⁹.

v) Introduce reglas pertinentes para que los Estados de la Unión Europea establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando se cometan delitos de terrorismo a cuenta de dichas instituciones³⁷⁰ o, cuando por falta de vigilancia o control de dichas entidades, una persona sometida a su autoridad cometa delitos de terrorismo a cuenta de las mismas³⁷¹, pasando a contemplar qué tipo de sanciones los Estados miembros pueden establecer para hacer efectiva dicha responsabilidad respecto de las antedichas personas jurídicas, la que pueden consistir en multas de carácter penal, administrativo, u otras sanciones que pasa a detallar³⁷². La responsabilidad de dichas personas jurídicas, no obsta al establecimiento de la responsabilidad criminal de las personas naturales que actúen a título de autores, incitadores o cómplices de los delitos señalados en la propia Decisión Marco³⁷³.

vi) Establece reglas que han de considerar los Estados miembros de la Unión Europea para establecer su competencia para la persecución y sanción judicial de los delitos de terrorismo³⁷⁴, y señalan el criterio de solución en caso de colisión de competencias de distintos Estados miembros respecto de estos delitos³⁷⁵.

³⁶⁸ Respecto de los delitos contemplados en el art. 2 letra a), que dicen relación con la dirección y participación en actividades terroristas, el art. 5 párrafo 3 señala que respecto de la primera la pena de privación de libertad máxima no podrá ser inferior de 15 años, y respecto a la segunda, no podrá ser inferior a 8 años de privación de libertad. En el caso de que el delito de dirección de actividades terroristas sólo se refiera a la amenaza de cometer un acto de terrorismo, la pena máxima no podrá ser inferior a 8 años de privación de libertad”.

³⁶⁹ Art.6: “... a) abandona la actividad terrorista, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a:i) impedir o atenuar los efectos del delito,ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,iii) encontrar pruebas, o iv) impedir que se cometan otros delitos de los previstos en los artículos 1 a 4.”

³⁷⁰ Art.7 párrafo 1: “... por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:a) un poder de representación de dicha persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica; c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica”.

³⁷¹ Art.7 párrafo 2

³⁷² Art.8: “...:a) medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; c) sometimiento a vigilancia judicial; d) medida judicial de liquidación; e) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito”.

³⁷³ Art.7 párrafo 3: “La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refieren los artículos 1 a 4.”.

³⁷⁴ Art.9 párrafo 1 letras a) a e), señala que los Estados partes establecerán su competencia atendiendo a criterios tales como que : “a) el delito se ha cometido, total o parcialmente, en su territorio; todos los Estados miembros podrán ampliar su jurisdicción cuando el delito se cometa en el territorio de un Estado miembro; b) el delito se ha cometido a bordo de un buque que enarbole su pabellón o una aeronave atriculada en dicho Estado miembro; c) el autor del delito es uno de sus nacionales o residente en él; d) el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica establecida en su territorio; e) el delito se ha cometido contra sus

Todo lo anteriormente señalado debe entenderse dentro de los límites del respeto a los derechos humanos y el respeto a las libertades fundamentales, en virtud de las cuales se establece que la interpretación de esta Posición Común no se debe entender en el sentido de reducir o entorpecer el ejercicio de algunos derechos fundamentales especialmente referidos a la actividad asociativa de los ciudadanos³⁷⁶.

B. Convención de la Organización de Estados Americanos para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional, firmada en New York el 2 de febrero de 1971.

Ámbito de aplicación.

La cooperación internacional en materia de prevención y sanción del terrorismo internacional y otorgar la debida protección a personas protegidas internacionalmente.

Conductas incriminadas.

Las conductas incriminadas son señaladas en el art.2º, el que otorga un tratamiento despolitizado a dichas conductas: *“Para los efectos de esta Convención, se consideran delitos comunes de trascendencia internacional cualquiera que sea su móvil, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos”.*

Reglas sobre extradición.

En materia de extradición la Convención contempla una regulación que contempla dos situaciones, respecto de las personas procesadas o condenadas por los delitos a que se refiere el art.2º:

a) *En caso de que proceda la extradición entre los Estados partes, en virtud de los delitos contemplados en el art. 2º* : las personas procesadas o condenadas por dichos delitos serán extraditadas de acuerdo a las normas contempladas en los tratados vigentes entre las partes contratantes de este instrumento y, a falta de dichos tratados, de acuerdo a la legislación interna de los mismos, entregando al Estado en cuya jurisdicción se encuentren los responsables de tales delitos la calificación de los hechos y la posibilidad de aplicación de esta Convención (art3º).

b) *En caso de que no proceda la extradición por los delitos contemplados en el art.2º:* el Estado requerido queda obligado a someter el caso al conocimiento de las autoridades competentes, a los efectos del procesamiento como si el hecho se hubiera cometido en su territorio. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado requirente (art.5º).

instituciones o ciudadanos, o contra una institución de la Unión Europea o de un organismo creado en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o del Tratado de la Unión Europea y que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate”

³⁷⁵ Art.9 párrafo 2: “... los Estados miembros implicados colaborarán para decidir cuál de ellos llevará a cabo las acciones judiciales contra los autores del delito con el objetivo de centralizar, en la medida de lo posible, dichas acciones en un solo Estado miembro”. Con este fin, los Estados miembros podrán recurrir a cualquier órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea con el fin de facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones”

³⁷⁶ Considerando 10º: “... tales como el derecho de huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, ni, en particular, el derecho de fundar un sindicato con otras personas o de afiliarse a un sindicato para defender los intereses de sus miembros, así como el correspondiente derecho a manifestarse”.

Los Estados contratantes se comprometen a incluir los delitos previstos en el artículo 2 de esta Convención entre los hechos punibles que dan lugar a extradición en todo tratado sobre la materia que en el futuro acuerden entre ellos. Los Estados contratantes que no supediten la extradición al hecho de que exista un tratado con el Estado solicitante considerarán los delitos comprendidos en el artículo 2 de esta Convención como delitos que dan lugar a extradición, de conformidad con las condiciones que establezcan las leyes del Estado requerido (art.7º).

Derecho de asilo: En cuanto al derecho de asilo, las normas de la Convención deben ser interpretadas en el sentido que no lo consideren menoscabado (art.6º).

C. La Convención Interamericana sobre represión del terrorismo del año 2002.

Ámbito de aplicación.

Se refiere a la implementación de medidas destinadas a la persecución y sanción del terrorismo, específicamente en lo relativo a la financiación de las actividades relacionadas con él.

Conductas incriminadas.

Lo primero que salta a la vista en la Convención Americana para la represión del terrorismo del año 2002, es la ausencia de una definición común acerca de qué se entiende por terrorismo. En lugar de ello, el señalado texto opta por una técnica de referencia a otras normativas internacionales para señalar qué tipo de actos se comprenden en el fenómeno terrorista que pretende sancionar la Convención.

En el artículo 2º de la Convención de la Convención Americana se reproduce la metodología de señalar los actos comprendidos en el alcance de la Convención por referencia a los actos de terrorismo consagrados en otros tratados internacionales sobre la materia: “1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por delito “aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;b .Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999”.

Medidas de carácter patrimonial.

Es en el artículo 4º del instrumento que comentamos donde puede hallarse el interés operativo fundamental de la Convención: el ataque a las bases económicas que sirven de sustento al terrorismo, señalando el deber de los Estados partes en orden a establecer sistemas jurídicos y administrativos, de control de instituciones bancarias y financieras, así como el movimiento transfronterizo de dineros en efectivo y de instrumentos negociables y otros movimientos relevantes de valores.

La articulación de la lucha en contra de la financiación del terrorismo se refuerza con la posibilidad de que los Estados Partes, de acuerdo a sus legislaciones internas, identifiquen, congelen, embarguen y, en su caso, decomisen fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan por propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el art. 2 de esta Convención.

Exclusión del carácter privilegiado de los delitos comprendidos en la Convención.

i) Se consagra la inaplicabilidad de la excepción por delito político como excusa a la no procedencia de la extradición o asistencia jurídica recíproca entre los Estados partes de la Convención³⁷⁷.

ii) Se niega a los responsables de los delitos señalados en el art. 2º el carácter de refugiado³⁷⁸.

iii) Finalmente, se deniega a los responsables de ilícitos a que se aplica esta Convención el asilo político³⁷⁹.

5.- Labor de la ONU con posterioridad al 11 de Septiembre de 2001.

Los dramáticos atentados terroristas acaecidos en Estados Unidos el día 11 de Septiembre de 2001 motivaron de parte de las Naciones Unidas acciones de carácter inmediato. De esta forma, por resolución 1368/2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reacciona categóricamente con una condena inequívoca de repudio al terrorismo en todas sus formas.

Posteriormente, por resolución Nº 1373/2001 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de fecha 28 de septiembre de 2001, se ratifica la condena al terrorismo y se activa, en su art.1, un conjunto de medidas dirigidas a que los Estados nacionales procedan a tipificar como delitos penales los actos relativos a la financiación de actos terroristas, por medio de las figuras de provisión o recaudación de fondos destinados a ser utilizados en dichos fines³⁸⁰. Ordena a los Estados implementar medidas para obtener el congelamiento de los recursos financieros de quienes perpetran o intentan cometer actos de terrorismo, así como de sus respectivos aparatos de apoyo³⁸¹.

³⁷⁷ Art.11: “los delitos comprendidos en el art.2º no se considerarán como delitos políticos o delito conexo a un delito político o delito inspirado en móviles políticos”.

³⁷⁸ Art.12.

³⁷⁹ Art.13.

³⁸⁰ Art. 1 letra b): “... la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”.

³⁸¹ Art. 1 letra c): “Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes...”.

En concordancia con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 1373/2001, en su art. 6, ordena establecer un “Comité contra el Terrorismo”(CCT), en cuyo seno ha proseguido la discusión en torno a la materia, sin que hasta la fecha haya llegado a la conclusión de su trabajo³⁸².

El borrador de Convenio General sobre terrorismo internacional, en actual proceso de elaboración en dicho Comité Especial, presenta en su art.2 una definición de los actos terroristas a los que se aplicará la Convención en caso de ser aprobada, utilizando para su tipificación como tal la consideración de los efectos dañosos de la conducta, tanto a bienes jurídicos de carácter personal (atentados contra la vida o la salud de las personas) como a bienes de carácter patrimonial (ya sean públicos o privados) o ambiental, cuantos estos actos de daño patrimonial o ambiental se realicen concurriendo elementos subjetivos del tipo específicos³⁸³.

En la implementación de la referida resolución N° 1373/2001 del Consejo de Seguridad se han producido ciertos inconvenientes en lo que respecta a determinados aspectos relevantes que han restado efectividad a las medidas que encomendaba adoptar la resolución 1373/2001.

En cuanto a la adecuación de la legislación interna de cada Estado, estos han estimado que sus propias leyes nacionales son suficientes para atacar el problema en cuanto se contempla el lavado de dinero para ello, sin consideración de que estas legislaciones no siempre toman en cuenta los fondos de origen). Por otra parte, se mantiene aún la situación de ratificación sin aplicación práctica de los 12 convenios internacionales en materia de terrorismo y se acentúa en los hechos la vinculación entre el terrorismo y el crimen organizado. Finalmente, ha aumentado la existencia de vínculos entre el terrorismo y el tráfico ilícito de materiales nucleares, químicos y bacteriológicos y de Armas Pequeñas y Ligeras³⁸⁴.

La labor de la ONU sobre el tratamiento del terrorismo no es nueva en cuanto a la formación de Comités especiales para el estudio y la represión del fenómeno en la esfera internacional. Ya en 1972 dicha Organización dispuso la creación de un Comité Especial sobre el terrorismo Internacional en virtud de una resolución pertinente de la Asamblea

³⁸² Sobre el estado de la discusión en el seno de la Organización de Naciones Unidas en torno a la adopción de un Convenio Internacional amplio en materia de terrorismo internacional, puede consultarse al efecto en “Informe del Comité especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996, Octavo período de sesiones, 28 de junio a 2 de julio de 2004”, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 37 (A/59/37), en <http://ods-ydsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/415/76/PDF/N0441576.pdf> OpenElement. En el referido documento se da cuenta de las opiniones de las delegaciones de los Estados concurrentes, el debate en torno a determinados artículos del borrador de Convención referida, y los avances en materia de la redacción de un proyecto de Convención internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, entre otras materias.

³⁸³ Art. 2: “Comete delito ..., quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause: - la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o -daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o -daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes mencionados a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.”

³⁸⁴ **COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO (CICTE)**, “Presentación del presidente del Comité contra el Terrorismo (CTC) del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas”. (Presentación realizada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el día 30 de enero de 2004), CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES. OEA/Ser.L/X.2.4, 28 al 30 de enero de 2004,CICTE/INF.8/04, Montevideo, Uruguay, 4 febrero 2004., págs.2 y 3.

General³⁸⁵, sin que la actividad de dicho Comité se haya mostrado concluyente y eficaz en el cumplimiento de los cometidos conferidos al mismo por las Naciones Unidas, en orden a establecer una convención amplia en materia de terrorismo. El debate respecto al tema se vio obstaculizado por las posiciones antagónicas de dos posiciones ideológicas representadas respectivamente por los Estados Occidentales alineados con los Estados Unidos de Norteamérica y, por la otra parte, los Estados del Tercer Mundo y los países de la órbita socialista, en el punto relativo al tratamiento de la problemática de la libre determinación de los pueblos y los procesos de liberación nacional.

La labor de la ONU respecto al terrorismo ha ido dirigida, a instancias del Comité asesor del Consejo de Seguridad actualmente en funciones, a enfocarse en una estrategia tripartita consistente en: “a) Disuadir a los grupos de descontentos de adoptar el terrorismo; b) Negar a grupos o individuos los medios para llevar a cabo actos terroristas; c) Fomentar una cooperación internacional amplia en la lucha contra el terrorismo”³⁸⁶.

La lógica preventiva que se ha elegido como camino de acción, y que puede resumirse en la expresión “crear entornos poco favorables para el terrorismo” se ha visto reforzada desde el punto de vista de su legitimación material por el argumento de los derechos humanos. La consideración de los derechos humanos actúa en tres sentidos distintos respecto del combate al terrorismo.

En un primer sentido, es posible constatar la aparición del terrorismo, en determinados casos, dentro de contextos de violaciones a los derechos humanos. De esta forma, se ha llegado a establecer que una de las causas del terrorismo, en ciertos casos, habrían sido dichas violaciones a los valores fundamentales que los derechos humanos importan.

En un segundo sentido, la apelación a los derechos humanos opera como argumento de legitimación de la represión del terrorismo, en cuanto el terrorismo afecta a dichos valores fundamentales y la sanción del terrorismo en todas sus formas tendería a poner énfasis en la indemnidad de los mismos frente a dichos actos de violencia ilegítima.

En un tercer y último sentido, la protección y respeto a los derechos humanos se erige límite máximo y norte orientador de dicha “lucha”. Los distintos sentidos en que los derechos humanos y su protección operan en el especial disvalor del terrorismo permiten fundamentar en una base objetiva, constitucional e internacionalmente fundada, el ataque a los bienes jurídicos concretos que se ven afectados por este tipo de atentados³⁸⁷.

6. Evaluación comparativa de la evolución de los tratados internacionales sobre terrorismo internacional.

Expuesta la regulación que los Estados y las organizaciones internacionales han acordado para afrontar el fenómeno del terrorismo internacional, durante el siglo pasado y en los primeros años del presente siglo, nos avocamos ahora a la tarea de evaluar la

³⁸⁵ **NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL**, 2114ª Sesión Plenaria, 18 de septiembre de 1972, Resolución 3034(XXVII), “Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas del terrorismo y los actos de violencia que tiene su origen en las aflicciones, la frustración y los agravios y la desesperanza y conducen a lagunas personas a sacrificar personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”, en: www.un.org/spanish/terrorismo/ag/ares3034XXVII.pdf.

³⁸⁶ **NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL**, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Tema 162 del programa provisional, “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”, Anexo Informe del Grupo Asesor sobre Naciones Unidas y terrorismo, 6 de Agosto de 2002, pág.2, en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/513/00/PDF/N0251300.pdf?OpenElement>.

³⁸⁷ **NACIONES UNIDAS**, “Anexo del informe del Grupo Asesor”, ob cit, 2002.

transformación que el enfoque de tratamiento del problema ha experimentado en la esfera internacional.

Metodológicamente, dividiremos nuestro examen en dos períodos temporalmente definidos: antes y después del 11 de septiembre de 2001.

Nos interesará resaltar los rasgos comunes y los rasgos diferenciadores existentes en determinados elementos relevantes de la regulación expuesta sobre terrorismo internacional, a saber, lo relativo a: el concepto de terrorismo; las conductas incriminadas; las normas sobre extradición; el establecimiento de ciertos privilegios (carácter de delito político para las conductas incriminadas, posibilidad de otorgamiento de asilo político, carácter de refugiado). Para este último cometido, presentaremos la evolución experimentada durante cada período, esquemáticamente, para una más fácil comprensión.

6.1. Período anterior al 11 de septiembre de 2001.

El período en examen se inicia con los intentos de adopción de una convención amplia en materia de terrorismo internacional en el seno de la Sociedad de las Naciones en el año 1937 y culmina con la adopción de la Convención internacional para la represión del terrorismo internacional de 1999.

La evolución que ha experimentado la normativa examinada puede graficarse en el siguiente esquema:

Concepto de terrorismo	Los tratados internacionales que en definitiva fueron adoptados no contemplan una definición común sobre el terrorismo (No se logró adoptar el Convenio de 1937, que sí contemplaba una definición común de terrorismo internacional). Concordantemente, se emprende en este período una estrategia de definición conceptual de carácter fragmentario, conceptualizándose para tal fin determinados “actos” de terrorismo, por ejemplo, “apoderamiento ilícito de aeronaves”.
Conductas incriminadas	Se constata el progresivo paso desde una lógica meramente represiva a una lógica de carácter preventivo. Se consagra el carácter despolitizado de las conductas incriminadas. Se incrimina conductas de aquellos sujetos individuales o colectivos que cometen atentados terroristas en determinados contextos espaciales relacionados con el avance de los sistemas de comunicación y transporte (navegación aérea y marítima), con especial referencia al carácter catastrófico del daño provocado por la conducta incriminada. Las conductas incriminadas en su mayoría consisten en actos de violencia ejercida sobre las personas o bien en la destrucción de bienes de carácter público o privado. Todas las conductas son de carácter doloso. Se constata la creciente importancia de elementos subjetivos del tipo en la construcción de las figuras incriminadas. Se produce el tránsito de tipos penales que no distinguen entre conductas cometidas por individuos u organizaciones terroristas, a un esquema que establece expresamente tal distinción, con conceptos propios y marcos penales específicos más agravados para conductas de carácter organizativo.
Normas sobre extradición	La lógica inmanente en la regulación extraditoria opera sobre la base del principio del aut dedere aut iudicare. El modelo predominante es el impuesto por el tratado de la Haya de 16 de diciembre de 1970, sobre apoderamiento ilícito de aeronaves.
Privilegios.	Se mantiene uniforme la exclusión de delito político para los actos de terrorismo. En cuanto a otros privilegios, la evolución está marcada por el paso de una normativa que respeta la consagración de los tratados sobre asilo político, así como también el carácter de refugiado, hasta decantar en la absoluta negación de otorgamiento de tales privilegios en beneficio de los sujetos responsables de actos terroristas, en el Convenio contra la financiación del terrorismo.

6.2. Período posterior al 11 de septiembre de 2001.

El foco de interés preponderante de la estrategia de lucha en contra del terrorismo internacional en este período está marcada por la resolución 1373/2001 acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuanto lucha contra los actos de financiación del terrorismo.

La normativa relevante examinada para este período proviene mayoritariamente de los acuerdos adoptados por la normativa comunitaria a nivel europeo, específicamente a partir de las decisiones marcos y las posiciones comunes adoptadas por el Consejo de Europa y la regulación complementaria en materia de seguridad comunitaria en materia de extradición.

A nivel de regulación interregional, sólo se ha adoptado en este período la Convención interamericana sobre represión del terrorismo del año 2002.

A nivel de tratados internacionales, solo una Convención internacional de carácter universal se ha adoptado en este período en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas. Dicho instrumento internacional se ocupa de lo relativo a la represión de los actos de terrorismo nuclear, y fue adoptado con fecha 13 de abril de 2005, sin que aún se haya abierto el período de firmas por parte de los Estados partes que deseen suscribir dicho instrumento.

En términos esquemáticos, la evolución de la regulación de los elementos relevantes escogidos del período en examen es la siguiente:

Concepto de terrorismo	No se ha arribado a una definición común sobre los actos de terrorismo internacional, pero sí se han producido mayores avances en la prosecución de dicho fin .No ha concluido el proceso de discusión del proyecto de convenio internacional de carácter general en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A nivel de la normativa comunitaria de la Unión Europea la conceptualización común ha mostrado mayores frutos. Se mantiene el carácter despolitizado del terrorismo para efectos de su tratamiento jurídico internacional
Conductas incriminadas	Las conductas incriminadas se relacionan con conductas de financiación de actos de terrorismo y actos de terrorismo nuclear .Respecto de las primeras, se establece un especial énfasis en las conductas de miembros de agrupaciones de la red de apoyo de los grupos terroristas (en especial las de carácter financiero, a través de sanciones patrimoniales específicas que se proveen específicamente para las mismas) estableciéndose marcos penales específicos en cuanto a penalidad mínima que los Estados deben establecer el efecto, dentro de las reglas que proveen las normas de la Unión Europea. Centrales en este sentido son la delimitación de los conceptos de “grupo terrorista” y “organización estructurada”, presentes en las Posiciones Comunes del Consejo de Europa.
Normas sobre extradición	Se mantiene, en general, el esquema de reglas que establecía la normativa de los tratados internacionales sobre la materia con anterioridad a este período. En el marco europeo se contempla regulación específica destinada a coordinar la regulación de la extradición el marco común de justicia y persecución penal del terrorismo al interior de la Unión Europea.
Privilegios.	En la Convención Interamericana se excluyen los privilegios de delito político para los actos de terrorismo, así como el asilo político y el carácter de refugiado para aquellos que se cometan tales actos. En el Convenio sobre represión de actos de terrorismo nuclear, también se presenta la exclusión de delito político para las conductas incriminadas, pero no se mencionan reglas sobre el carácter de refugiado ni sobre asilo político.

En resumen, a partir de lo expuesto en los capítulos segundo y tercero, el fenómeno terrorista puede ser claramente diferenciado como modalidad de acción inmersa en movimientos de violencia político social en el Occidente a partir de la Revolución Francesa. La consideración del efecto simbólico de este tipo de violencia política permite refutar la regresión del terrorismo a etapas anteriores al mencionado periodo histórico aludido, dado la inexistencia de una opinión pública entendida como forma de interrelación comunicativa burguesa solo identificable a partir de este periodo, opinión pública que, además, constituye el telón de fondo y el medio de difusión del contenido simbólico de la violencia terrorista.

Es posible reconocer a partir del periodo histórico mencionado, otras tendencias en la plasmación del fenómeno terrorista. En ese sentido, la mera consideración del efecto psicológico de la acción terrorista es incompleta e inapropiada para una adecuada

caracterización del terrorismo dinámicamente considerado; sólo atiende a un determinado tipo de elemento, y que no es el único ni el más importante a considerar en la acción terrorista. De especial interés por tanto, son los elementos estructurales y estratégicos, e ideológico-político de las organizaciones institucionales creadas al afecto para desarrollar distintas formas de terrorismo. En cuanto al sustento ideológico de los movimientos terroristas, ningún lado del espectro político lo ha desestimado en algún momento como recurso utilizable, por lo que ni izquierdas ni derechas pueden declararse inmunes a este fenómeno.

En el ámbito de los efectos sociales de la conducta terrorista, especial gravedad importa la acción terrorista para el respeto de los derechos humanos, lo que ha redundado en una consideración tendiente hacia el enfoque objetivizador del daño social provocado entre los especialistas y la práctica institucional que respecto al tema han adoptado los Estados y las Organizaciones Internacionales.

La exclusión del carácter de delito político para los delitos terroristas en la regulación en los tratados de extradición es una señal en ese sentido, al excluir la consideración del móvil del agente en esta forma delictiva y atender a los graves efectos sociales que la conducta terrorista entraña para el normal y armónico desenvolvimiento de la vida en sociedad inserta en el marco de respeto institucional a la infraestructura democrática de las sociedades occidentales. La dañosidad social del fenómeno terrorista y su enfrentamiento por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, no constituye fundamento suficiente para la eliminación de los fundamentos materiales que legitiman el actuar del Estado democrático de Derecho, por lo cual toda acción dirigida a la represión de este fenómeno debe considerar las garantías envueltas en dichas nociones como punto básico e intransable³⁸⁸.

Efectuadas las consideraciones expuestas en este capítulo, corresponderá adentrarnos, en el capítulo IV, en el tratamiento jurídico concreto que han establecido las legislaciones sobre terrorismo en Chile y España.

³⁸⁸ En este sentido, **CONSEJO DE EUROPA**, “Decisión Marco de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el Terrorismo”(2002/475/JAI), en: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002F0475&lg=E.

Capítulo IV: “Marco General del tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo; en las legislaciones de Chile y España”.

1.a.- Tratamiento jurídico del terrorismo en la Legislación Chilena a nivel Constitucional y legal:

Tomando en cuenta que en nuestros capítulos anteriores hemos dado una visión conceptual e histórica del derecho de Gracia, del Derecho Penal Premial y del terrorismo, nos corresponde en este momento analizar cómo las principales legislaciones que investigamos han tratado este fenómeno y su evolución legislativa, sólo con un afán contextualizador, ya que nuestro tema central vendrá inmediatamente después al analizar las instituciones que hemos anunciado desde el comienzo, que son la amnistía, el indulto y el arrepentimiento eficaz. Teniendo claro lo anterior, podemos comenzar analizando nuestra legislación y su tratamiento al fenómeno terrorista.

Desde la Constitución de 1925 hasta el Golpe Militar de 1973, y aún con posterioridad al mismo no encontramos en la legislación chilena una referencia específica a la represión del terrorismo en ninguna de sus formas³⁸⁹. 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) que tipificó en el artículo 58 el apoderamiento y secuestro de aeronaves (piratería aérea), tipo penal que contemplará más tarde la ley 18.314 de 1984 sobre conductas terroristas. El DL 50 de 26/6/1932 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 también inspiraría a la ley 18.314³⁹⁰.

En el año 1937 se dicta la ley 6.026 en donde se separan los delitos en contra la seguridad del Estado con los delitos contra el Orden Público. Esta ley tuvo por objeto reprimir conductas de disidencia política violenta, en concreto a los renacientes grupos nacionalsocialistas.

Durante el gobierno de González Videla, en 1946 se dictó la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, que vino a establecer la proscripción definitiva de organizaciones adscritas a ideologías contrarias al gobierno. La vaguedad e imprecisión de la tipificación de las conductas se encontraba presente en la ley, fruto de los deseos del

³⁸⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.431.

³⁹⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, págs. 431-432.

legislador de querer abarcar todas sus manifestaciones posibles. Esta ley 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. Esta ley continúa en vigor, con importantes modificaciones durante el régimen militar y luego al iniciarse la transición democrática³⁹¹.

En 1973 se produjo el golpe militar que sustituyó un régimen democrático por un régimen autoritario dirigido por el General Augusto Pinochet. Este acto produjo un quiebre político y social que repercutió a nivel legal, en primer lugar, desde luego, en la forma de realización de las leyes ya que se suprimió el poder Legislativo, por lo que toda reforma o creación de leyes era impuesta de forma unilateral y autoritaria. Sin embargo, las modificaciones legislativas realizadas por la Junta Militar no obedecieron a un plan político de carácter global y coherente, sino que fueron respondiendo a la coyuntura política que se presentaba mediante la promulgación gradual de leyes o la modificación de las ya existentes. 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 sólo en las modificaciones a la ley penal sino también en toda la normativa referente a los Estados de Excepción constitucional³⁹².

Como se trataba de un gobierno autoritario, se fue plasmando desde el comienzo una persecución a la disidencia política que de a poco se irá identificando con el concepto de terrorismo que se tenía en esa época. Se anula toda asociación contraria al régimen impuesto y se criminaliza la ideología, la doctrina marxista, pero el tipo legal se amplía hacia otras doctrinas 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”³⁹³.

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 ambas con elevadas penas privativas de libertad. Todos estos nuevos ilícitos servirán de antecedente para la posterior legislación antiterrorista. Existe un antecedente de la institución del “arrepentimiento eficaz” como causal de exención de pena que consiste en una figura nueva a través de la cual se le daba una exención de pena a quien denunciaba a la autoridad un plan contrario al régimen y sus circunstancias, “se pretendía una vez más imponer por la fuerza una escala de valores acorde con la Doctrina de Seguridad Nacional ajena a la sociedad chilena con la “importación” de instituciones jurídicas foráneas extrañas a la conciencia del pueblo chileno que desprecia al delator”³⁹⁴.

Después de haber realizado la dura represión contra la disidencia política y luego de asentarse el régimen autoritario, comienza en el país una nueva etapa, producto de divisiones en el mismo sector del gobierno. Para que se simbolizara una legitimación fáctica del poder, desde 1977 comienza la etapa de institucionalización del gobierno. La falta legitimidad en el régimen lleva a la imperiosa necesidad de elaborar un proyecto de Constitución Política, para alcanzar al menos la legitimidad formal.

³⁹¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.433.

³⁹² VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.435.

³⁹³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.436.

³⁹⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 437.

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 ocurrió³⁹⁵. Las denuncias de fraude arreciaron, pero no fueron escuchadas. Uno de los enconados denunciadores del fraude de que se acusa al gobierno es el Ex Presidente Eduardo Frei Montalva, quien poco tiempo después muere en extrañas circunstancias³⁹⁶.

En este texto fundamental se consagra por primera vez en la historia de Chile una importancia preponderante al tratamiento del terrorismo, basado por supuesto en un concepto unilateral del mismo y en especial con el objetivo de hacer desaparecer a la disidencia y homologarla al “terrorismo”.

El 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”*³⁹⁷

El marco jurídico de sanción y prevención al mismo se contenía en el capítulo I del texto constitucional, Bases de la Institucionalidad, en los artículos 8° y 9°. En el artículo 8° 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. Mediante el artículo 8° lo que se pretendió fue dejar fuera de la institucionalidad a la doctrina marxista, a pesar de que explícitamente no se le menciona. El Tribunal Constitucional expresamente declaró en sentencia de fecha 31 de enero de 1985 su opinión respecto a la inclusión del marxismo dentro de las doctrinas proscritas en el art. 8° al señalar: “La doctrina marxista-leninista queda comprendida dentro de las doctrinas cuya propagación sanciona el artículo

³⁹⁵ VILEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.440. ³⁷¹ Existe en este momento un proceso judicial iniciado por los familiares de Frei Montalva con la finalidad de clarificar el motivo de su muerte. Además han salido varios especiales de prensa en este último tiempo relacionados con el tema. En la revista “El Sábado” de el Mercurio de fecha 23 de abril salió un reportaje especial sobre la materia.

³⁹⁶

³⁹⁷

Informe de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, p.58-59.

8º de la Constitución, ya que tal doctrina propugna la violencia y una concepción de la sociedad, del Estado y del orden jurídico de carácter totalitario”³⁹⁸.

La condena al marxismo se había manifestado durante la elaboración del texto fundamental. Así en la sesión 365 de 3 de mayo de 1978, uno de los miembros de la Comisión de Estudios que preparó el anteproyecto de Constitución (Jaime Guzmán) señalaba que era *“necesario condenar específicamente al marxismo y también a todas aquellas manifestaciones que, en la realidad contemporánea mundial y más precisamente en la chilena, constituyen la preparación más nítida para su filtración, las cuales, a su juicio, no son otras que las doctrinas que atentan contra la familia y las que tienden a propagar*

*el violentismo antijurídico o terrorista”*³⁹⁹. Por su parte, el Ministro Secretario general de Gobierno, Francisco J. Cuadra, manifestaba en julio de 1985. *“la actividad de violencia del terrorismo corresponde a la ideología internacional del marxismo”*⁴⁰⁰.

La expresión “terrorismo” se convirtió en dicha época en una asimilación del término “comunismo” o “marxismo” y se aplica selectivamente a aquellos sectores que se oponen al status quo⁴⁰¹. Esta norma fue derogada después, en los momentos en que se preparaba la futura transición democrática por el artículo único número 2, de la ley de Reforma constitucional N° 18.825 de 17 de agosto de 1989⁴⁰².

El artículo 9º se erige como fuente directa de la ley 18.314 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 por el plazo de quince años 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.”

³⁹⁸ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, Sentencia de fecha 31 de enero de 1985, Rol N° 21, en “ Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo 82, sección 6ª, Santiago, 1985, pág. 3.

³⁹⁹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**: “Fallo del Tribunal Constitucional que declara inconstitucionales las organizaciones o movimientos políticos autodenominados “Movimiento Democrático Popular”, “Partido Comunista de Chile”, “Movimiento de Izquierda Revolucionario”, y “Partido Socialista de Chile” (Fracción Clodomiro Almeyda), en Gaceta Jurídica, Año X-1985/nº56, Editorial Jurídica Conosur, pág.92 y siguientes, citado por **VIERA- GALLO**, José Antonio, 1987, pág. 42.

⁴⁰⁰ **VIERA-GALLO**, José Antonio, 1987, pág.43.

⁴⁰¹ **CHOMSKY**, Noam, **HERMAN**, Edward S., “The Washington Connection and the Third World Fascism. The Political Economy of Human Rights”, vol.I, South end Press, Boston, 1979, pág.85 y ss., citado por **VIERA-GALLO**, 1987, pág.43, cita nº45.

⁴⁰² **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág. 442.

Varios comentarios merece realizar a partir del texto constitucional, lo primero es la importancia que le dio el constituyente al terrorismo al incorporarlo en el capítulo I de la Constitución. Según la misma Comisión que preparó el anteproyecto de la constitución de 1980, el capítulo I tiene como finalidad básica, delimitar el marco dentro del cual puede producirse una “discrepancia cívica”, legítima para el nuevo orden institucional⁴⁰³. Todos los que se aparten de esta nueva institucionalidad son considerados “enemigos”, cuestión que se plasma expresamente en los artículos 8° y 9°. La idea de identificar a los enemigos de la institucionalidad responde a la noción de que el país vive en un estado permanente de guerra y, por lo tanto, en constante peligro. De ahí que para la visión oficial, tanto el terrorismo como las conductas identificadas por el artículo 8° deben ser interpretados como “actos de guerra”, que obliga a encararlos dentro de un esquema bélico, en el que “el orden público se mantiene a través de una guerra en contra de quienes son definidos como enemigos del Estado...”⁴⁰⁴.

En segundo lugar el texto señala expresamente que el concepto de terrorismo se contrapone con los derechos humanos. Pero habla del “terrorismo en cualquiera de sus formas” de donde se desprende que también lo es el “terrorismo de Estado”. 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 artículo 16.2 de la Constitución Política de Chile 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”.

La tercera cuestión se refiere a que la Constitución no consagra un concepto de “terrorismo” y por esta situación existen distintas opiniones, para algunos la no definición constitucional acerca de lo que debiera entenderse por terrorismo o al menos algunos de los elementos más característicos, concede un margen ilimitado para calificar de terroristas, a un también ilimitado número de conductas delictuales, como se intentó hacer en el primitivo proyecto de ley antiterrorista. Se introduce así institucionalmente una gran incertidumbre que juega a favor de quienes detentan el poder y en perjuicio de los destinatarios del mismo⁴⁰⁵.

Como cuarta cuestión al analizar el artículo 9° de la Constitución, llama la atención que el inciso 2° del precepto, otorga al legislativo, a través de una ley de quórum calificado la función de reglar las conductas terroristas, este tipo de leyes requieren para su aprobación, modificación o derogación, de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. En este caso se deja el camino abierto al Poder Legislativo para especificar cómo se concretará el concepto de terrorismo, sin tener que sujetarse a ningún tipo de parámetros constitucionales en este aspecto. Ahora bien, el tipo de norma exigido introduce un elemento de rigidez de tal magnitud que su modificación se torna en la práctica, en algo imposible una vez promulgada.

⁴⁰³ Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República”. Fundamentos y Principios del Nuevo Régimen Político Institucional”, 16 de agosto de 1978. Empresa Periodística “la Nación” S.A, pág.7, citado por **VIERA-GALLO**, José Antonio, **SÁNCHEZ ORTÚZAR**, Domingo, “Reflexiones sobre el terrorismo: Exigencias de una Política Democrática”, Centro de Estudios del Desarrollo, Materiales para discusión, diciembre 1987, pág. 35, cita n° 20.

⁴⁰⁴ **FRÜHLING**, Hugo, “Fuerzas Armadas, de Orden Interno y Derechos Humanos”. En “Estado y Fuerzas Armadas”, FLACSO, Chile, 1982, pág.53, citado por **VIERA GALLO**, José Antonio, **SÁNCHEZ ORTÚZAR**, Domingo, 1987, pág.37, cita n°29.

⁴⁰⁵ **VIERA-GALLO**, José Antonio, 1987, pág.45.

Una quinta cuestión es la referente al listado que señala la Constitución de sanciones de inhabilidad para ocupar cargos públicos y privados. Es un tanto “curioso” porque las leyes especiales imponen penas accesorias más severas que la propia Constitución, por lo que es difícil considerar en este punto a la norma constitucional chilena como una garantía que limite al legislador en la imposición de sanciones a los terroristas, porque el mismo artículo 9° entrega un mandato abierto al legislador al decir: “... Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley” y no existe una referencia alguna al principio de proporcionalidad⁴⁰⁶.

Una sexta cuestión, es lo señalado en el inciso final, “*los delitos terroristas “serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales”*”. El Anteproyecto de la Comisión Ortúzar indicaba a este respecto, que la consideración de delito común y no político era para los efectos del derecho de asilo. Esto implicaba que en relación a cualquier otra situación, el delito terrorista podía recibir incluso el calificativo de político. El texto definitivo cerró esta alternativa, en forma completa⁴⁰⁷.

Como séptima cuestión, en el inciso final del artículo 9° en su texto original, se refiere al hecho de que, respecto de los delitos terroristas, no procederá el indulto y la amnistía, como tampoco la libertad provisional de los procesados por ellos. Este inciso puede estar inspirado en el artículo 13 n°3 de la Constitución Política Española, sin embargo el inciso de nuestra Constitución se excede de la española porque también restringe el derecho al indulto que es propio de los delitos comunes, perviviendo sólo el caso de la permutación de la pena de muerte por la de presidio perpetuo, cuestión que ya no presenta mayor utilidad, debido a la derogación de la pena de muerte en Chile.

La amnistía tiene utilidad, en algunos casos, como manera de pacificar las sociedades, después de grandes disturbios políticos, y el indulto, como una forma de aminorar el rigor de la ley y corregir los errores jurídicos. Eliminar estas dos instituciones es una consecuencia más del enfoque general que se le da a este fenómeno y del tipo de estrategia elaborada para enfrentarlo, de tipo esencialmente militar, cuyo objetivo a conseguir es la eliminación y exclusión de quienes son encontrados responsables, sin preguntarse por las causas para así intervenir en ellas. Más aún si posteriormente se dicta una ley de amnistía específica, en general para beneficiar a los militares que actuaron en una época de determinada represión, beneficiando sólo a una parte del conflicto, dejando en prisión a muchos de los que también fueron disidencia y de los que se olvidaron al momento de aplicar la gracia. Sólo el año 2004 se pudo indultar a muchos que seguían en prisión luego de haber vuelto a la democracia hace ya más de 14 años.

No es necesario referirse a que antes se prohibía la libertad provisional para los procesados, esa norma era evidentemente inconstitucional y presumía la culpabilidad en forma anticipada, violando los Tratados Internacionales. Hoy se puede optar por la libertad provisional, pero es necesario que se conceda por unanimidad. No se entiende la razón para ponerle mayores restricciones a estos delitos para optar por la libertad provisional, más ahora que nos regimos por un nuevo Código Procesal Penal de carácter más garantista y que consagra expresamente el principio de inocencia como norma fundamental en la parte inicial. Ese es un grave problema que tiene el nuevo código, que no existe dentro de la legislación, ni aún dentro de la Carta Fundamental un correlato con las garantías que

⁴⁰⁶ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Constitucionalismo y terrorismo”, en “El derecho como objeto e instrumento de transformación”, varios autores, SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág.105.

⁴⁰⁷ VIERA GALLO, José Antonio, 1987, pág.48.

consagra, por lo que existen contradicciones y concursos de leyes para la aplicación de los delitos, cuestión que se da con mayor fuerza en el caso de los delitos de terrorismo, ya que la ley y la Constitución los trata con el mínimo de garantías y el Código Procesal consagra lo contrario. Por lo mismo es una necesidad imperiosa armonizar la legislación Penal con los principios garantistas de carácter procesal penal.

Nace una interrogante al analizar la legislación terrorista y su contenido constitucional, ¿Es conveniente incorporar al terrorismo a nivel constitucional?. En opinión del Profesor Ruiz-Tagle⁴⁰⁸ los textos constitucionales deben guardar silencio sobre el terrorismo ya que generalmente implican alterar el principio de igualdad constitucional “...*porque suponen adoptar medidas excepcionalmente restrictivas a los derechos fundamentales de determinadas personas cuyo efecto práctico es muchas veces transformarlas en víctimas ante la opinión pública. En el peor de los casos y cuando el sistema constitucional sufre grave riesgo de ser alterado basta con la consagración de estados de excepción constitucional de carácter general y que la regulación de las materias terroristas debe quedar entregada a la legislación común, civil o penal...*”.

El artículo 9º ha sido utilizado en pocas oportunidades luego del retorno a la democracia, existen eso sí ciertos casos emblemáticos en los que sí ha sido utilizado, como son el atentado a Jaime Guzmán, ocurrido en 1991 y el Secuestro de Cristián Edwards, hijo del Director del Diario El Mercurio, ocurrido en 1991, y más actualmente se ha utilizado (lamentablemente) en el caso de los grupos mapuches y los delitos que cometieron a algunos fundos de la región de la Araucanía. A pesar de la poca utilidad práctica no existen todavía propuestas para su derogación y menos aún ahora donde existe cierto sentimiento de inseguridad generalizado en la población mundial a causa de los atentados terroristas registrados en el mundo.

Este artículo, por lo que pudimos darnos cuenta en su historia legislativa, está referido específicamente a un sector de la población por lo que consecuentemente y por omisión se estaría legitimando constitucionalmente el terrorismo de Estado.⁴⁰⁹

Al volver a la democracia, lo primero que se debió hacer fue abolir toda legislación antidemocrática, que incluía el artículo 9º de la Constitución y en especial toda referencia constitucional al terrorismo, sea de Estado o individual. La estrategia terrorista se combate mejor con medidas legislativas y decisiones de los órganos ejecutivos que tienen como sustento los principios de la democracia constitucional y que se expresan en el gobierno de la mayoría y el respeto de las minorías, que tiene como base la protección de los derechos fundamentales. En definitiva, los problemas de estrategia en un gobierno constitucional pertenecen a la esfera de las funciones legislativas y sobre todo al poder de policía que es propio de la función ejecutiva, y no deben servir para alterar los principios del derecho constitucional⁴¹⁰.

b.-Ley nº18.314 sobre Conductas Terroristas :

El artículo 9º de la Constitución impuso el mandato de que una ley de quórum calificado debía regular las conductas terroristas y su penalidad. Cumpliendo con lo anterior, el 3 de enero de 1984, por iniciativa del Jefe de Estado se somete a consideración de la Junta de Gobierno un proyecto de ley destinado a tipificar las conductas terroristas y fijar su

⁴⁰⁸ **RUIZ-TAGLE VIAL**, Pablo, “Constitucionalismo y terrorismo”, en “El derecho como objeto e instrumento de transformación”,

A.A.V.V., SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003, pág. 95.

⁴⁰⁹ En este sentido, compartimos la opinión de **RUIZ-TAGLE VIAL**, Pablo, 2003, pág.109.

⁴¹⁰ **RUIZ-TAGLE VIAL**, Pablo, 2003, pág.109.

penalidad. El texto primitivo de esta ley pretendía una extensión ilimitada de todas las conductas que contempla la legislación penal que fueran crímenes o simples delitos. En su artículo 1º contenía un concepto de terrorismo que señalaba lo siguiente: “*Son conductas terroristas las acciones u omisiones constitutivas de crimen o simple delito realizadas para crear conmoción grave o temor en la población o en un sector de ella o ejecutadas mediante actos atroces o crueles, con un fin revolucionario o subversivo*”. Para reforzar la extensión del concepto, los artículos 2º y 3º establecían una serie de casos de presunción de la finalidad terrorista y el artículo 4º identificaba un conjunto de conductas “intrínsecamente terroristas”, ya que respecto de ellas no se exigía la concurrencia de ninguno de los requisitos señalados en los artículos anteriores, sólo bastaba la comisión del hecho, para que fuera considerada la conducta como terrorista⁴¹¹. La extensión ilimitada del delito terrorista fue una de las objeciones más fundamentales que se le hizo al proyecto, por lo que se abandonó la idea de integrar en la ley especial un concepto de terrorismo, dejando solamente algunos elementos y un listado de conductas que en un primer momento fueron 16 enumeradas en el artículo 1º de la ley 18.314⁴¹².

El origen de muchos de estos tipos penales los encontramos en los antiguos Decretos Leyes que regularon los delitos contra la seguridad del Estado y la Ley de Navegación Aérea. 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 artículo 1 Nº9 que sancionaba a “los que con un fin revolucionario o subversivo” cometieren actos de destrucción, inutilización, paralización o daños a medios de transporte público⁴¹³.

En el artículo 4º de la ley 18.314 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 inculpativo, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran

⁴¹¹ **VIERA-GALLO**, José Antonio, 1987, pág.63.

⁴¹² Tales conductas eran las siguientes: 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 artículo 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 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; 9º 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 enumerados 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. 16º 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. ³⁸⁸ **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág.446.

⁴¹³

efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a 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 Ley de Seguridad del Estado. Sobre este punto volveremos ya que el objetivo principal de este capítulo es analizar esta figura en conjunto con dos figuras del derecho de gracia y en especial la ley de arrepentimiento eficaz.

Como la ley de conductas terroristas de esta época no contemplaba un concepto de terrorismo y planteaba muchas situaciones que debían ser penadas como conductas terroristas, lo que hacía en realidad es aumentar el ámbito de aplicación del “terrorismo”. Para una parte de la doctrina esto está dentro del margen de la Constitución, porque ésta tampoco delimita un concepto de terrorismo y se fundan en que el concepto de terrorismo sería el compuesto por la suma de las dieciséis (en ese momento) conductas en ella descritas⁴¹⁴. Para otros, esta lista de situaciones sería inconstitucional ya que aunque la constitución no señale expresamente un concepto de terrorismo, si señala un margen con la frase “*el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos*”. Según Jorge Mera “*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. El concepto referido tiene una importancia, más bien, de carácter negativo y excluyente, cuando se lo plantea en los términos generales a que alude la Constitución. De este concepto no podrían deducirse las acciones específicas que constituyen terrorismo, pero sí es suficiente para excluir conductas que manifiestamente se apartan, en aspectos esenciales del concepto propio de terrorismo*”⁴¹⁵.

Esta opinión es la única posible para poder limitar la ley 18.314, e incorporar en ella el supuesto concepto que da la Constitución. Sin embargo, como este concepto no es claro, cada doctrina ha dado su propia interpretación.

Además de que la ley 18.314 no contenía un concepto de terrorismo, adolecía de otros defectos, como la excesiva agravación de las penas en relación a delitos comunes similares, la alteración de las reglas comunes del iter críminis, lo que se veía plasmado en que el artículo 6º (hoy 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 artículo 7º de la ley 18.314 se castigaba como delito autónomo etapas preliminares del delito⁴¹⁶. Todas estas críticas hicieron que la ley necesitara modificaciones las que se empezaron a producir desde el año 1990, coincidiendo con el retorno a la democracia, y han seguido hasta nuestros días.

La primera reforma a la Ley de Conductas Terroristas fue con la ley 18.937 de 12 de Febrero de 1990. La segunda fue introducida por la ley 19.027 de 24 de enero de 1991, dictado bajo el gobierno del presidente Patricio Aylwin, que modificó sustancialmente el texto de la ley original. Por la ley 19.171 de 4 de noviembre de 1992 se reguló más detalladamente en la legislación antiterrorista la figura del terrorista arrepentido,

⁴¹⁴ DEL BARRIO REYNA, Alvaro, LEÓN REYES, José Julio, “Terrorismo, ley antiterrorista y Derechos Humanos”, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, única edición, 1991, pág.237.

⁴¹⁵ MERA, J, 1984; GONZÁLEZ-MERA-VARGAS, 1991, pág. 205, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.447 y citado por DEL BARRIO REYNA, Alvaro, 1991, pág. 237-240.

⁴¹⁶ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.453.

posteriormente con la ley 19.241 de agosto de 1993, se modificó el tipo penal del secuestro terrorista, y la ley 19.906 que creó el tipo penal de colaboración con el terrorismo.

Analizaremos brevemente lo que reformaron las leyes citadas:

En primer lugar, la ley 18.937: Suprimió siete de las dieciséis conductas tipificadas como terroristas por su texto original. Fueron derogados los n°s 3, 7, 8, 12, 13, 14 y 16 del antiguo texto del artículo 1°.

Se modificó substancialmente la penalidad, rebajándose en algunos casos y aumentándola en otros. Cabe destacar la derogación del artículo 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. Esto fue un acierto porque o sino se legislaba alterando todas las normas sobre participación existentes en el Código Penal. En cuanto al iter criminis, se derogó el artículo 6° que sancionaba el delito frustrado como consumado y la tentativa con la pena asignada al delito consumado, pudiendo rebajarse ésta en dos grados, sin embargo esta modificación fue insuficiente porque continuaron sancionándose como delito consumado la conspiración y proposición para delinquir (art.7°). A pesar de las reformas introducidas la ley 18.314 siguió siendo imperfecta.

La reforma de las “Leyes Cumplido”: Estas leyes nacieron para poder equilibrar nuestra legislación con el nuevo mandato constitucional del artículo 5° en donde obliga al Estado a incorporar las normas de los derechos fundamentales de los tratados internacionales. En este bloque nacieron 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 Ley de Control de Armas y la Ley de Seguridad del Estado entre otras.

La última reforma que se le ha hecho a la ley 18.314 fue la de la ley 19.906, con fecha 13 de noviembre de 2003, la cual se produjo por la aprobación de Chile de la resolución 1377 de Naciones Unidas. Más adelante indicaremos en que consistió esta reforma.

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 particular en las causas que versaren sobre delitos de terrorismo.

La que nos interesa en nuestro tema es la ley 19.027 y la ley 19.055 que modificaron la ley 18.314 estableciendo una nueva tipificación penal caracterizada por la presencia de elementos subjetivos del tipo, elementos de los que carecía la antigua ley, otorgando las herramientas necesarias para la formación de un concepto de delitos de terrorismo.

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, para eliminar del texto constitucional la parte referente a la improcedencia absoluta de la amnistía y el indulto. El antiguo artículo 9° inciso 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”*. 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.”* 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 alzada.

El proyecto de la ley 19.027 de 24 de enero de 1991 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 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*”⁴¹⁷. Se 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 los 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.

El artículo 1º de la ley 18.314 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 “*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 infecciones u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

2º “*Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de 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 terrorismo⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Mensaje 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 (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 y ss.

⁴¹⁸ Artículo 2º: “Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior: 1º.- 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 incendios 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. 2º.- Apoderarse o atentar en contra de

Aún no existe una referencia acerca de la finalidad política en los delitos de terrorismo, lo que hace aún posible la aplicación de esta normativa a figuras de violencia social (como ha sido su aplicación en protestas callejeras en donde se han realizado manifestaciones que algunas veces han incluido bombas incendiarias o elementos similares y que han terminado con detenidos inculcados por delitos de terrorismo). En cuanto a la penalidad, los artículos 3 y 3 bis se refieren a la penalidad asignada a los delitos, como son en general delitos comunes o de otras leyes especiales, como la Ley de Seguridad del Estado (12.927), esta ley les da la misma sanción que a los comunes pero agravada.

En cuanto al arrepentimiento eficaz, o elegantemente denominado atenuación punitiva por colaboración con la justicia, la ley 19.027 mantuvo intacto el artículo 4º 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 inculcado, 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 delitos⁴¹⁹.

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 artículo 5 nº1 del Código de Justicia Militar. Así, la competencia para el conocimiento y fallo de los delitos de terrorismo corresponde siempre a los Tribunales Ordinarios.

Respecto de las últimas modificaciones que ha tenido la ley de conductas terroristas cabe destacar dos, en primer lugar, la ley 19.806, de fecha 31/05/2002, que modificó la normativa en su parte relacionada con el capítulo de “De la Jurisdicción y del Procedimiento”, que tuvo como finalidad actualizar la normativa a la reforma realizada en el Nuevo Código Procesal Penal, pero específicamente con la parte procedimental, porque en la parte de los derechos fundamentales que se incorporan en el Nuevo Código expresamente, la ley no se actualizó.

La última reforma a la ley 18.314 se hizo por la ley 19.906 (fruto de la aprobación en Chile de la Resolución de la ONU nº 1373), con fecha 13 de noviembre de 2003, con la cual se modificó el artículo 8º, que señala, actualmente, lo siguiente: *“El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”*. Este artículo consagró el delito de “colaboración” con alguna acción terrorista, sin embargo resulta criticable dada la falta de precisión de los

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 y tripulantes. 3º.- El atentado en contra de la vida o integridad corporal del jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos. 4º.- 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. 5º.- 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 1º. 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 artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas”.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 459

⁴¹⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 459

conceptos que se utilizan para la descripción de la acción típica que resulta muy amplia. No ahondaremos en este punto por considerarlo fuera de nuestro trabajo de investigación.

2.- Tratamiento Jurídico del Terrorismo en la legislación Española, tanto a nivel Constitucional como legal:

En España también existe un antecedente ideológico determinado que vincula a los delitos de terrorismo con ciertas corrientes políticas a través de la historia.

En un comienzo, la legislación antiterrorista aparece como reacción al anarquismo y al bandolerismo, siendo su primera expresión la Ley de 10 de Julio de 1894 sobre “Atentados contra las personas o daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas”⁴²⁰. En esa época existían en España muchos conflictos sociales y los trabajadores se organizaron para paliarlos. Con esta amenaza, el poder de la época considera a estas organizaciones como anarquistas y son declaradas “asociaciones ilícitas” “contrarias a la moral pública”.

En 1896 nuevamente resurge la “oleada terrorista”. Se modifica la legislación penal vigente con la ley de 2 de septiembre de 1896. De esta ley se destaca que por primera vez se vinculan las actividades terroristas, es decir los delitos cometidos por medio de explosivos, con una organización ideológica determinada y en concreto con el anarquismo.

Como la ley de 1896 tenía una vigencia temporal (tres años), al iniciarse el nuevo siglo continuó la vigencia de la primera ley dictada en 1894, la cual regirá como ley especial hasta la promulgación del Código Penal de 1928.

Antes de la promulgación de ese código empezó a haber un progresivo incremento legislativo en materia de jurisdicción militar y del aumento de la competencia de la policía. Así por ejemplo el “Real Decreto” de 18 de septiembre de 1923, sobre medidas y sanciones contra el separatismo, atribuyó a los tribunales militares “los delitos contra la seguridad y la unidad de la Patria”, entre otros.⁴²¹ El Real Decreto de 25 de diciembre de 1925 atribuye a los Tribunales de Guerra y Marina el enjuiciamiento de los delitos comprendidos en la ley de 1894, es decir, de los cometidos por medio de explosivos.

Al Código Penal de 1928 se le incorporan los tipos sobre atentados por medio de explosivos. La competencia de la jurisdicción militar se mantiene incluso tras la caída de la Dictadura de PRIMO DE RIVERA. El 24 de Marzo de 1931 y en un intento por volver a la “normalidad constitucional”, un Real Decreto restablece la competencia de la jurisdicción ordinaria, derogando el de 25 de diciembre de 1925. Asimismo se declara la nulidad del Código Penal de 1928 y los Decretos Leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron la definición de delitos o fijación de penas. Por consiguiente, se restablece la vigencia del Código Penal de 1870 y nuevamente vuelve a regir la primera ley sobre atentados cometidos por medio de explosivos, de 10 de Julio de 1894.

⁴²⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Tratamiento jurídico del terrorismo”, Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica de Madrid, 1985, págs. 101- 124, en este libro se realiza un análisis detallado sobre este tema.

⁴²¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.113.

En noviembre de 1933 las elecciones generales dan el triunfo a la derecha representada por el Partido Radical y con ello se inaugura un periodo de permanente excepcionalidad constitucional. En esta etapa destaca la promulgación, el 9 de noviembre de 1932, del nuevo Código Penal, reforma del texto de 1870 cuya innovación más importante es la supresión de la pena de muerte.

La disposición legal más importante en materia de terrorismo dictada durante la II República es la Ley de 11 de octubre de 1934. A comienzos de ese año ya se había creado un clima de malestar general entre los partidos de izquierda con la promulgación de una ley de amnistía, cuyos beneficios alcanzaban a los militares sublevados en 1932 y excluía a los autores del movimiento revolucionario anarquista. En este contexto político se aprueba la ley de 11 de octubre sobre delitos cometidos mediante explosivos y robos a mano armada que restableció la pena de muerte. Esta ley por primera vez exige 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”.⁴²²

La primera vez que el legislador español utiliza la expresión “terrorismo” va a ser, sin embargo, en la ley de 23 de noviembre de 1935 de modificación e la ley de 1933 sobre “Vagos y Maleantes” que señalaba lo siguiente: “Podrán asimismo ser declarados peligrosos como antisociales los que en sus actividades y propagandas reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hagan apología de dichos delitos”.⁴²³

Después de la guerra civil (1936-1939) comienza la dictadura del General Franco en donde se produce una criminalización de toda actividad de la disidencia política que no participara del nuevo régimen.⁴²⁴ Ahora el objeto central del reproche penal era la finalidad política perseguida que aparecía agravada por la utilización de determinados medios especialmente violentos. Con esto la represión al terrorismo pasó a transformarse en el medio de control social más adecuado para la delincuencia política, generando una ambigüedad entre el delito de terrorismo y el delito político.

Con la Ley de Responsabilidades Políticas se inicia la represión de toda conducta que suponga o haya supuesto oposición a los postulados del nuevo régimen. La nueva ley represiva se inicia en materia de asociaciones con la Ley de 1º de marzo de 1940 sobre “Masonería y Comunismo”, organizaciones a las que no se duda en atribuir la inspiración o dirección de los mayores males sufridos por la patria durante los últimos siglos.⁴²⁵ La ley de “Masonería y Comunismo” duró más de 30 años.

El 29 de marzo de 1941 se dicta la “Ley de Seguridad del Estado”, ésta atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de todos los supuestos delictivos que contempla.

Para tener mayor legitimación internacional, el régimen franquista dicta un nuevo Código Penal en el año 1944 que se constituye así en el primer Código Penal español que acoge el término “terrorismo” agrupando bajo sus conductas algunas de las señaladas en la ley de seguridad del Estado. El concepto de terrorismo señalado en el código subsistirá hasta el año 1978. El concepto de terrorismo emplea un criterio mixto combinando la

⁴²² VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.469.

⁴²³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.123.

⁴²⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.470.

⁴²⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág. 129.

violencia empleada (medios) y finalidad política para la delimitación del hecho punible. La finalidad es “atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público”.⁴²⁶ El bien jurídico protegido está difuminado entre la seguridad y el orden público.⁴²⁷ Las disposiciones sobre terrorismo se encuentran en la sección segunda del Capítulo XII del título II (Delitos contra la seguridad interior de Estado).

A partir de 1945 comienza un período de autarquía económica y de conflictos de orden político con las guerrillas republicanas denominadas “maquis” que durante bastantes años combatirán el régimen desde las zonas rurales del país, y a cuya represión se dirige especialmente la legislación penal de excepción que va a dictarse en los años siguientes. Se dicta un Decreto Ley de 18 de abril de 1947 que regula los “delitos de terrorismo y bandidaje” cuyo conocimiento y juzgamiento se otorga a la justicia militar. La finalidad requerida por los tipos de este Decreto Ley es más genérica que la prevista en el Código Común, tan sólo se precisa atacar contra la “Seguridad Pública”, concepto de una notable imprecisión. Este DL establece varios supuestos de excusas absolutorias para quienes delaten la comisión de cualquiera de los delitos que comprende, así como para los pertenecientes a partidas de bandidaje que faciliten su captura y para los auxiliares que avisen de inmediato a la fuerza pública de la presencia de la partida.

La acción del bandolerismo y posteriormente del anarquismo se enfrentó a una legislación inflexible: en 1958 se dicta la ley sobre extradición, y alcanza su 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.⁴²⁸ En este decreto se vuelven a someter este tipo de delitos a la jurisdicción militar.⁴²⁹

Desde 1960 se presentan las organizaciones terroristas más conocidas y empiezan a ser una verdadera amenaza para el régimen, con lo que a partir de 1971 la preocupación cardinal del legislador comienza a centrarse en la represión de determinadas asociaciones (ETA, MIL, posteriormente GRAPO, etc.). La legislación penal antiterrorista comienza así poco a poco a centrar su normativa en la represión de estas asociaciones.⁴³⁰

Se dictan dos leyes el 15 de noviembre de 1971, las leyes 42/71 y 44/71 que modifican el Código de Justicia Militar y el Código Penal y derogan el Decreto Ley de 1960. Se incorpora al Código de Justicia Militar un capítulo exclusivo de los delitos de terrorismo y se revisan los tipos incorporados al Código Penal. 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 atacar contra “la integridad de sus territorios” y “la unidad nacional”, es decir, fines separatistas y autónomos y federalistas, y de “orden institucional” que equivale a orden público. Se reserva el conocimiento y juzgamiento de estos delitos a la justicia militar cuando las acciones provienen de grupos y organizaciones,

⁴²⁶ **GARCÍA SAN PEDRO**, “Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales”, Monografía, Madrid, Servicio publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1993, págs.195-197.

⁴²⁷ **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág.470.

⁴²⁸ **MESTRE DELGADO**, Esteban, “Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional”, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, pág. 70, citado por **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág. 470, cita nº 149.

⁴²⁹ **GARCÍA SAN PEDRO**, “Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales”, Monografía, Madrid, Servicio publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 207.

⁴³⁰ **LAMARCA PÉREZ**, Carmen, 1985, pág.147.

excluyendo de esta jurisdicción a las que se efectuaren “de modo episódico e individual”, y desaparece la pena de muerte como pena única siendo sustituida por la de reclusión mayor a muerte.⁴³¹

Bajo la vigencia de estos decretos leyes se advierte un aumento de la violencia social y política, alcanzando su mayor nivel con el atentado de Carrero Blanco en 1973 realizado por ETA. A consecuencia de lo anterior se retrocede en cuanto a la legislación terrorista y se vuelven a elevar las penas con el DL 10/1975, 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.

Después de 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 terrorista y por los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidos en la legislación sobre terrorismo”⁴³². Sin embargo el Decreto Ley 10/1075, a pesar de considerar acertadamente al “terrorismo como instrumento de acción política”, asume los delitos de terrorismo tal como están tipificados en la legislación vigente y añade, además, una serie de figuras. Como ejemplo, el decreto impone las penas establecidas en su grado máximo, cuando el sujeto activo sea Autoridad, agentes de la autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado y demás funcionarios públicos, y la de muerte cuando alguna de estas personas u otra secuestrada resultare muerta; eleva a su grado máximo las penas previstas para el delito de asociación ilícita en los supuestos de “grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas” y establece una excusa absolutoria en la misma línea que venía ocurriendo.⁴³³

La última reforma legislativa en materia de terrorismo, antes de llevarse a cabo la transición a la democracia, se contiene en el Decreto-Ley 2/1976 de 18 de febrero que modifica el de agosto de 1975, pero en realidad no introduce muchos cambios. Lo más importante es que pretende limitar la competencia de la jurisdicción militar en esta materia sometiéndola a dos condiciones: “que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar” y en segundo lugar, “que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público”⁴³⁴.

Al iniciarse la transición democrática existe una tendencia de despolitización de los delitos de terrorismo, o sea, los delitos de terrorismo se convierten en delitos comunes. Además se realizan reformas para terminar con la competencia de los Juzgados Militares, así los Reales Decretos números 1, 2, y 3 de 4 de enero de 1977 suprimen el Tribunal de Orden Público conocido por su función represora durante el régimen franquista y se crea la

⁴³¹ MESTRE, 1987, pág. 71, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.471, cita nº155.

⁴³² LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, págs.156-157.

⁴³³ GARCÍA SAN PEDRO, “Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales”, Monografía, Madrid, Servicio publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 215.

⁴³⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, págs. 157.

Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, ellos pasan a ser competentes de los delitos de terrorismo.⁴³⁵

En este DL 3/77 se destaca 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 cuya unión se produce por la pertenencia de su autor a un “grupo organizado y armado”.

Durante el año 1977 se produce un estancamiento de la legislación, sin embargo, a nivel político se producen los “Pactos de la Moncloa”. Con ellos se inicia la despenalización del terrorismo, dejando su tipificación al Código Penal, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales. Se cambia el concepto de terrorismo atendiendo más a 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 extradición. Lo que se pretende es separar de modo radical la violencia política del delito político, concepto prestigioso acuñado por el Derecho liberal con fines, no de represión interna, sino de asilo y extradición⁴³⁶. Esto se pone 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 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”.

La última de las leyes creadas en 1978 es la 82/78 de 28 de diciembre que pretende satisfacer un doble objetivo: la desaparición de los delitos de terrorismo, mediante la supresión de los artículos 260-262 y anexos 1, 2, y 3 del Código Penal y, en segundo lugar, la creación, reforma o modificación de varios tipos penales con el propósito de colmar las lagunas producidas en el ordenamiento penal como consecuencia de la operación destipificadora.⁴³⁷

A finales de 1978 se termina la etapa de “destipificación del terrorismo”, pero comienza una nueva etapa que viene a desorientar la corriente legislativa relacionada con el terrorismo porque se incorpora éste en la nueva constitución. Primero, en el artículo 13, 3º se reconoce que el terrorismo existe y que no tiene el carácter de delito político, al menos para efectos de extradición; y, segundo, el artículo 55.2º ofrece cobertura constitucional a la suspensión de determinados derechos fundamentales “en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Esta última frase suscitó un problema de interpretación para ver qué se entendía con ésta, producto de ello el mismo Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse al respecto, señalando en la sentencia número 199/1987 lo siguiente: *“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*

⁴³⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.473.

⁴³⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág. 163.

⁴³⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.194.

⁴³⁸ *y democrático de Derecho* . El régimen de suspensión de garantías, abarca a tres derechos fundamentales específicos: la libertad personal (plazos de detención, art. 17.2 Constitución de Española), la inviolabilidad de domicilio y el secreto en las comunicaciones (art.18, 2º y 3º de la Constitución Española) cuya regulación ha sido objeto de constantes modificaciones tanto legislativas como jurisprudenciales que, según veremos culminan con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1988 que lleva al ordenamiento común (Ley de Enjuiciamiento Criminal) la autorización constitucional del art. 55.2 de la Constitución Española.

Las manifestaciones más concretas de este período 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 se concreta aún más a través de la ley 11/80 de 1º de diciembre que regula la suspensión de derechos autorizada por el artículo 55.2 de la Constitución en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Los primeros años del régimen de transición democrática se vieron plasmados de violencia especialmente por grupos de izquierda e independentistas. En febrero de 1981, día en que se celebraba el acto de investidura del presidente, el ejército protagonizó un fallido Golpe de Estado. Este acontecimiento motiva al gobierno a remitir un proyecto de Ley Orgánica de modificación de determinados preceptos del Código Penal en materia de defensa de la constitución y en materia de terrorismo, que se convirtió 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 modificaba los delitos de rebelión y de terrorismo. Con esta ley se incorpora el Derecho Penal Premial a través de una atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

2.b.- Retorno a los delitos de terrorismo tipificados en leyes penales especiales:

La necesidad de responder al terrorismo dentro de su real faceta (política) y la rebelión de 1981, llevó a una nueva respuesta legislativa que pretendió aunar y refundir en un solo texto todas las normas vigentes a 1983 sobre terrorismo. Nace así la ley orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que realiza un tratamiento global de los delitos de terrorismo y los vuelve a considerar como delitos de nomen iuris propio. Esta ley tiende a ampliar el número de conductas que pueden ser consideradas como actos de terrorismo. La conducta criminal concreta había dejado de ser un elemento relevante para la normativa antiterrorista siendo de importancia ahora “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”⁴³⁹. La ley se refiere tanto al terrorismo como a la rebelión, sin embargo para alguna doctrina, esta ley se refiere a la rebelión siempre que ésta actúe a través de bandas armadas⁴⁴⁰; así por ejemplo MUÑOZ CONDE⁴⁴¹ señala que “la banda armada es el soporte común al terrorismo o a la rebelión”.

⁴³⁸ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español, nº 199/1987, de 8 de enero, sacada de la página web:<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/198/199.html>.

⁴³⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.195.

⁴⁴⁰ GARCÍA SAN PEDRO, 1993, Madrid, pág.228.

De acuerdo al artículo 8º, 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. 1º, 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 1º 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 apartado, y las que cooperen en ellos o provoquen a la participación en los mismos, o encubran a los implicados. También es aplicación a los que hicieren apología de tales delitos”⁴⁴². Esta ley se ha considerado por la doctrina como demasiado amplia. La estructura orgánica resulta el fundamento de la noción de terrorismo, elemento cuya presencia determinaría la existencia de delitos de terrorismo en cualquier supuesto.

2.c.- Reincorporación de los delitos de terrorismo al Código Penal Español:

La ley Orgánica 9/1984 fue parcialmente derogada por el Tribunal Constitucional, producto de una serie de recursos de inconstitucionalidad presentados por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco argumentando que en una serie de disposiciones de esta ley se violaba la constitución y en especial en cuanto al artículo 55.2 de la Constitución⁴⁴³.

En la sentencia del Tribunal Constitucional número 199/1987 de 16 de diciembre, se declaran inconstitucionales algunos de sus preceptos, en especial el párrafo segundo del número primero del artículo 1º de la Ley Orgánica 9/1984 en la medida que extiende la aplicación de los artículos 13 a 18 de la misma ley a quienes hicieran apología de los delitos descritos en dicho artículo; el inciso final del artículo 13; el artículo 15.1 se declara inconstitucional a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente.

Estos artículos que fueron declarados nulos por ser contrarios a la Constitución planteaban ciertas ampliaciones de las normas constitucionales de forma exorbitada. Por ejemplo, se podían realizar las excepciones de derechos consagrados en el artículo 55.2 de la Constitución a los que cometieren el delito de apología del terrorismo, también se autorizaba a ampliar los plazos de la detención hasta por 7 días más, sin comunicar ni pedir ninguna autorización al juez correspondiente, por lo que este recurso formó un precedente

⁴⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal. Parte Especial”, 6º edición, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, pág.752, citado por GARCÍA SAN PEDRO, 1993, Madrid, pág.228.

⁴⁴² VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 483.

⁴⁴³ Este artículo admite una serie de suspensión de derechos y libertades, admite la restricción del plazo máximo de la detención, de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Textualmente señala lo siguiente: “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 artículos 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, con violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. AA.VV., “Derecho Procesal Penal”, 4ª edición, 1999, Completada y actualizada, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid.

para la nueva legislación antiterrorista que significó respetar al menos lo señalado como base en la Norma Fundamental⁴⁴⁴.

También es importante esta sentencia del Tribunal Constitucional porque admite expresamente que no cabe excluir por principio la aplicación de la Ley antiterrorista a grupos u organizaciones criminales sin objetivo político alguno. Es consustancial al fenómeno terrorista la presencia de un elemento político o de alteración del orden constitucional; pero admite también, en segundo lugar, que las medidas del artículo 55.2 de la Constitución puedan ser aplicadas no sólo a los integrantes o colaboradores de este tipo de organizaciones, sino a los de aquellas bandas armadas comunes que aún sin proponérselo directamente logren esos mismos objetivos políticos.⁴⁴⁵

Fue la ley orgánica de 3/1988 de reforma del Código Penal, la que derogó definitivamente la ley Orgánica de 1984 e introdujo nuevamente los delitos de terrorismo en la legislación penal común (arts.174 y ss. y 233 último párrafo). También se reformó el La Ley de Enjuiciamiento Criminal con la Ley Orgánica 4/1988. Los principios que orientaron esta reforma pueden circunscribirse a una mayor severidad de las penas unido a un tratamiento privilegiado para el caso de arrepentimiento, y la consolidación de la denominada suspensión individualizada de derechos. Uno de los objetivos de estas dos leyes fue regular de manera permanente las restricciones a los Derechos que consagraba la Constitución, así *“recortó en forma permanente los derechos fundamentales al amparo de un precepto de la Constitución (art.55.2) que sólo autoriza su suspensión: y suspender no es sinónimo de suprimir o limitar definitivamente, sino que significa “detener o diferir durante algún tiempo”*.⁴⁴⁶

En cuanto a la agravación de las penas, el artículo 57 bis. a) señalaba lo siguiente: *“Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviere ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal”*. Este artículo constituye una excepción a las reglas generales de determinación de la pena. *“Una agravación potestativa y no imperativa podría haber permitido conjugar la voluntad endurecedora del legislador con las necesidades de la prevención especial, pero, una vez más, ésta ha cedido ante la presunta eficacia intimidante de la pena”*.⁴⁴⁷

En cuanto al arrepentimiento eficaz o atenuación punitiva por colaboración con la justicia, esta ley otorga en el artículo 57 bis b) una atenuación de la pena hasta en dos grados e incluso su remisión total 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, exige una colaboración activa.⁴⁴⁸ En lo político, el privilegio del arrepentido responde perfectamente al esquema

⁴⁴⁴ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español, nº 199/1987, de 8 de enero, sacada de la página web:<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/198/199.html>.

⁴⁴⁵ **LAMARCA PÉREZ**, Carmen, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Septiembre-Diciembre, nº 42, 1989.

⁴⁴⁶ **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”, Editorial Tecnos S.A., 1988, Madrid, pág.15.

⁴⁴⁷ **TERRADILLOS BASOCO**, Juan, 1988, pág.71.

⁴⁴⁸ Este tema lo trataremos específicamente en un capítulo siguiente. Los autores que más han escrito en contra de este artículo y que nombraremos más adelante son **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, en “Atenuación, remisión de la pena e indulto de

amigo-enemigo, ya que, en primer plano, lo que se premia es la opción del sujeto por el no terrorismo. En su aplicación práctica se corre el riesgo de caer en el matrimonio perverso, que denunciara Ferrajoli⁴⁴⁹, entre el premio al colaborador y la intensificación de la prisión preventiva, ya que ésta se puede utilizar como medio de presión para forzar la delación, que, a su vez, sirve para dar apariencia de solidez a la acusación, con resultados incontrollables, puestos de manifiesto en sonados casos planteados en Italia, en los que la delación ha seguido la liberación de los colaboradores y su huida del país, con lo que la base sobre la que se montó la acusación, y posteriormente la condena, quedaba sin contraste en el momento del juicio oral.⁴⁵⁰

Además en el artículo 98 bis se muestra que se quiere incentivar la delación de la persona que ya está condenada para que así pueda optar a la libertad condicional, dándole esta oportunidad como premio a la colaboración.⁴⁵¹

El Código Penal Español con esta reforma acentuaba el premio a la delación, ya que la mera disociación del artículo 57 bis.b).1.a) sólo tiene eficacia atenuante, sin poder llegar a la impunidad ni a la obtención, en los términos del artículo 98 bis, de la libertad condicional, que, sin embargo, sí pueden lograrse mediante la delación⁴⁵².

Esta reforma también contempla, en el artículo 174⁴⁵³ la agravación de responsabilidad de promotores, directivos y miembros “activos”. La mera integración, que de acuerdo a los criterios generales sería impune, pasa a constituir una conducta punible, siempre que lo sea en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes.⁴⁵⁴ El tipo descrito requiere que sea, ante todo, una asociación, es decir, una estructura que se proyecta más allá de la comisión de unos hechos concretos, pero no una estructura cualquiera, sino la propia de las “bandas armadas” u “organizaciones terroristas o rebeldes”, con independencia de la orientación teleológica que ha de presidir la actividad de estos grupos.

Con el artículo 174 bis a) se incorpora el tipo de colaboración “más lejana”⁴⁵⁵ que la anterior⁴⁵⁶, entendida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, según la miembros de grupos terroristas”, Cuadernos de Política Criminal nº30, 1986, pág.569 y CUERDA ARNAU, María Luisa, 1995, págs. 412 y ss.

⁴⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Emergenza penale e crisi della giuridizione”, en Dei delitti e delle pene, 1984, pág. 271, citado por 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”, Editorial Tecnos S.A., 1988, Madrid, pág.40.

⁴⁵⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 40.

⁴⁵¹ El artículo 98 bis señalaba lo siguiente: “Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis.a), podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1.b) o 2 del artículo 57 bis.b) y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.”

⁴⁵² TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 78-79.

⁴⁵³ El artículo 174 señalaba lo siguiente: “A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, los de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas”.⁴²⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 81.

⁴⁵⁴

⁴⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 84.

⁴⁵⁶ El artículo 174 bis a) señalaba lo siguiente: “1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el 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. 2. En todo caso son actos de colaboración

sentencia de 2 de febrero de 1987, de *“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..., naturaleza jurídica la antedicha que convierte a este delito en figura distinta aunque periférica a la participación, de suerte que, si incide en ésta, se aplicará la pena más grave (art. 68 del CP vigente ratificado por el art. 10.3 de la ley vigente)”*.

En opinión de TERRADILLOS⁴⁵⁷, lo que se castiga es toda forma de colaboración, inclusive la que se facilita y los actos realizados para obtenerla o buscarla. Obtener y recabar son acciones teleológicamente dirigidas a prestar o a facilitar, pero la ley equipara la valoración de todas ellas, extendiendo el ámbito de lo punible de manera considerable, con la consecuencia inevitable de convertir un precepto que se quería intimidante en factor criminógeno, ya que, al hacer desaparecer toda diferencia penal entre colaborar, facilitar la colaboración y ejecutar, se está induciendo a la realización de las conductas más graves, que quedan minimizadas cuando la sanción que acarrear es idéntica a la que castiga conductas menos graves. En su opinión (a la cual nosotros adherimos), es necesario corregir la desmesura criminalizadora, y más si se observa que el Código reserva la misma pena al que facilita información que al miembro activo de la asociación delictiva.

Los dos artículos siguientes que incorpora esta ley son el artículo 174 bis b)⁴⁵⁸ que no merece mayor comentario porque no introduce mayores novedades legislativas, y el artículo 233, párrafo final⁴⁵⁹ que rompe con la estructura del artículo 233, cuyos dos primeros párrafos castigan dos modalidades de atentado en forma especialmente grave, en razón de la importancia que tienen los cometidos desempeñados por las víctimas: funciones de ministro o misión o cargo de especial trascendencia para la seguridad pública por parte de la autoridad o funcionario. En el párrafo segundo, las características especiales de la misión o cargo deben ser probadas, en cambio, en el párrafo que se introduce ahora, se presume en razón de la mera existencia de los cuerpos de seguridad consideradas como un símbolo privilegiado de las instituciones políticas básicas que el terrorismo ataca. Este artículo lleva en definitiva a proteger con mayor intensidad al policía local que al Jefe de Estado.

Además, la Ley 3/1988 en su artículo 10.15º penúltimo párrafo, incorporó la reincidencia internacional diciendo lo siguiente: *“La condena de un tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito*

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 forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos”.

⁴⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 87.

⁴⁵⁸ El artículo 174 bis b) señalaba lo siguiente: *“El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor”*.

⁴⁵⁹ Este artículo señalaba lo siguiente: *“Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policía de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.”*

relacionado con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes”. Esta incorporación, además de ser una excepción al principio general de territorialidad de la ley penal, es una repercusión de la ratificación de España del Convenio Europeo de represión del terrorismo en 1980 que consagra lo anterior.

En el Código Penal de esa época, el terrorismo es entendido como actividad delictiva con finalidad política practicada por grupos organizados y armados de carácter terrorista.⁴⁶⁰

La ley de 4/1988 introdujo reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se caracterizan estas reformas procesales por la duplicación de los poderes instructorios plasmado en un progresivo recorte de las facultades del juez (por ejemplo, el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende ampliar la discrecionalidad policial al admitir que la detención y el registro puedan producirse, sin mandamiento judicial, tanto en casos de necesidad urgente como excepcional).⁴⁶¹ Lo que busca esta iniciativa es:

El refuerzo de la intervención del Ministerio Fiscal (en detrimento de la judicialidad del proceso)

El recorte de las posibilidades de la defensa y

El potenciamiento de los poderes policiales.⁴⁶²

En las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se demuestra que se quieren consagrar como permanentes ciertas restricciones que la Constitución Española consideraba de forma excepcional, esto se demuestra en forma patente, por ejemplo en el artículo 579 que al incorporarlo en el texto Procesal adquiere carácter de permanencia, dejando en evidencia que la emergencia ha adquirido legislativamente naturaleza de normalidad: el legislador ordinario suspende permanentemente unos derechos y la suspensión permanente o de duración indeterminada equivale a una supresión no homologable al artículo 55.2⁴⁶³ de la Constitución Española.⁴⁶⁴

2.d.- Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995:

La ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre creó un nuevo Código Penal, como respuesta a la urgente necesidad de reformar la legislación vigente para adecuarla a las nuevas necesidades. Su importancia ante todo es política, porque es el primer Código Penal aprobado democráticamente por un Parlamento elegido en sufragio universal. Este código mantuvo a los delitos de terrorismo en la legislación penal común. Los criterios políticos criminales en que se basa para tratar el terrorismo son ya conocidos: agravación de penas y por otro lado, un tratamiento privilegiado a los arrepentidos.

⁴⁶⁰ GARCÍA SAN PEDRO, 1993, Madrid, pág.238.

⁴⁶¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, págs. 43-44.

⁴⁶² TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 98.

⁴⁶³ El artículo 55.2 de la Constitución Española señala lo siguiente: *“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 artículos 17, apartado 2, y 18, apartado 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”*.

⁴⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, págs. 118 y 126. Nos referimos específicamente a las suspensiones a que se refiere el artículo 55.2 de la Constitución Española en las págs. 237 y 238 de esta memoria.

En cuanto al concepto de terrorismo el Código sigue con la tendencia de no dar una definición⁴⁶⁵, pero ésta se puede construir a base de dos elementos, teleológico y estructural. En cuanto al *elemento teleológico*, el artículo 571 del Código Penal⁴⁶⁶ 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 geográficamente en el Código Penal Español, dentro de los delitos contra el Orden Público. Por otra parte, serias dificultades planteó en principio la expresión “*subvertir el orden constitucional*”, ya que la incriminación parecía estar dirigida tan solo a las formas de terrorismo insurgente o subversivo⁴⁶⁷. Un ejemplo de esta dificultad en la interpretación de esta frase y en definitiva del elemento de la finalidad política del terrorismo se demuestra en la sentencia de la Audiencia Nacional española en el caso Amedo, en donde se interpreta esta frase como “*en la alteración del orden constitucional entendida únicamente como cambio o modificación del mismo*”.⁴⁶⁸ Dicha sentencia viene a afirmar que “sólo cuando el terrorismo tiene carácter subversivo y pretende por tanto cambiar o modificar el sistema establecido debe recibir este nombre; en cambio, cuando los hechos “aparentemente” terroristas persiguen la “conservación” del orden constitucional merecen tan solo el calificativo de crimen común. La Audiencia Nacional delimita de este modo la noción de terrorismo ofreciendo por primera vez un criterio restrictivo que, contradice, en principio con la normativa terrorista.⁴⁶⁹ De este modo se pretende restringir sólo a terrorismo el elemento subversivo que no venga desde el aparato estatal, o sea, dejando de lado al terrorismo de Estado.

En cuanto al “*elemento estructural*”, el Código Penal 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 artículos 515 a 521. Sin embargo el Código innova en esa materia ya que en el artículo 577 parecen sancionarse conductas de terrorismo individual: “*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 las 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, 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,*

⁴⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Derecho Penal. Parte Especial”, Quinta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 977.

⁴⁶⁶ Este artículo señala lo siguiente: “*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, 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*”.

⁴⁶⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.495.

⁴⁶⁸ Sentencia nº30/91, de 20 de septiembre de 1991, de la sección 3ª, de la Audiencia Nacional, fundamento jurídico 13º, citado por LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Mayo-Agosto, Tomo X LVI, 1993, pág. 537.

⁴⁶⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1993, pág. 537-538.

incendiarlos o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.”

Parece claro que si el sujeto comete los delitos, perteneciendo a o actuando al servicio de banda armada, organización o grupo terrorista son de aplicación los artículos 571, 572 y 574. Las dudas surgen respecto de las conductas de “*colaborar con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública...*” etc. cometiendo algunos de los delitos indicados, conductas que aparecen expresamente mencionadas en los artículos 571, 572 y 574. La colaboración a que se refieren estos artículos debe entenderse como la contribución a la estrategia de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; esto es, la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, mediante la ejecución de delitos⁴⁷⁰. El problema se plantea con el artículo 577 que como señalamos anteriormente, se refiere al terrorismo individual con lo que no podría incorporarse dentro del delito de colaboración con alguna organización terrorista.

Esta incriminación autónoma de los delitos de terrorismo, se diferencia de la legislación anterior, pero 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). 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)⁴⁷¹.

En el artículo 576 existe una figura específica del delito de colaboración con el terrorismo⁴⁷², definiendo el término de colaboración en el artículo 576.2 como sigue: “*son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a as 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*”. Nos encontramos ante un delito de mera actividad, doloso, de peligro

⁴⁷⁰ VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador), **AAVV**, “Comentario al Código Penal de 1995”, Vol. II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2117. SERRANO GOMEZ, Alfonso, “Derecho Penal. Parte Especial”, 5ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, págs. 977-978.

⁴⁷¹ Artículo 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 artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior*”

⁴⁷² Artículo 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 o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o 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.*”

abstracto, que no requiere para su consumación que se produzca ningún resultado lesivo. Se trata de la cooperación de un *extraneus* que no pertenece a la organización⁴⁷³.

Nos encontramos, a priori, en presencia de actos preparatorios, de los cuales puede señalarse que no entran en la esfera de ejecución del delito, y por tanto, no deberían caer bajo la condición de lo que es infracción criminal al tenor del artículo 10 del Código Penal. Las conductas contempladas como de colaboración terrorista no tienen su encuadre en las formas punibles de la Parte General del Código Penal. En principio serían conductas impunes, como meros actos preparatorios, alcanzando su punibilidad sólo ante el temor a la impunidad del fenómeno terrorista.

El punto de referencia adoptado para castigar la colaboración no es el delito concreto a cuya realización puede contribuirse, sino el elemento u organización terrorista que resultan favorecidos en su actividad⁴⁷⁴.

El artículo 577⁴⁷⁵ del Código Penal Español del 95, como señalamos anteriormente, establece la figura del terrorismo individual, que ha sido criticada por la doctrina porque aumenta el ámbito de los delitos de terrorismo pasando por alto uno de los elementos esenciales del mismo concepto de terrorismo, que como vimos, se refiere al elemento de la organización.

El artículo 578⁴⁷⁶ antes de la reforma de la ley Orgánica 7/2000 contemplaba los delitos de provocación, conspiración y la proposición para cometer los delitos de terrorismo antes señalados. En este artículo se sigue la constante de penar los actos preparatorios y a su vez, está directamente relacionado con el delito de apología establecido en el artículo 18 del Código Penal Español, porque éste señala expresamente que la apología es punible cuando reúna las características propias de la provocación, constituyendo una incitación directa a la comisión de los delitos comprendidos en los artículos anteriores.

Dentro de uno de los temas centrales de esta memoria, se encuentra la colaboración del terrorista para con la justicia a fin de que pueda llegar a beneficiarse con alguna rebaja de pena. Como ya hemos visto esta figura en la evolución de la legislación española se encuentra presente en la mayoría de los Códigos y leyes especiales sobre la materia y no es la excepción el Código Penal del 95, que lo consagra en su artículo 579 que señala lo siguiente: *“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 que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente*

⁴⁷³ ASÚA BATARRITA, A, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos”, citado por SERRANO GOMEZ, Alfonso, “Derecho Penal. Parte Especial”, 5ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, págs. 981, cita nº13.

⁴⁷⁴ GUTIERREZ GIL, Andrés Javier, “La participación por colaboración en el delito de terrorismo”, en AAVV “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, Cuadernos de Derecho Judicial II-2001, editorial Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 26.

⁴⁷⁵ El artículo 577 del Código Penal del 95 señalaba lo siguiente: *“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, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 ó 150, detenciones ilegales, secuestro, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior”.*

⁴⁷⁶ El artículo 578 señalaba lo siguiente: *“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente a los hechos previstos en los artículos anteriores”.*

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”. Este artículo modificó el antiguo 57 bis b) que fue muy criticado en su momento⁴⁷⁷. Una de las modificaciones a esta figura fue eliminar el beneficio de remisión total de la pena.

El abandono de las actividades delictivas y la presentación ante las autoridades son requisitos indispensables para la aplicación del precepto. Además, y alternativamente, se requiere o la colaboración activa para impedir la producción del delito (sin que sea imprescindible el éxito) o que coadyuve eficazmente (y, por tanto con resultados positivos) en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de sus excompañeros, o para impedir la actuación o desarrollo de las bandas a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Obviamente, sólo podrán hacerlo quienes reúnan la suficiente información, circunstancia que suele ocurrir sólo en los responsables elevados de la organización, lo que puede dar lugar a un trato discriminatorio de injusticia material.⁴⁷⁸

El último artículo de la sección del Código Penal Español de los delitos de terrorismo contiene la reincidencia internacional. El artículo 580 es fruto de los compromisos internacionales adquiridos en materia de colaboración en la lucha contra el terrorismo, por el Estado español, especialmente en la Unión Europea (Acuerdo de Shengen).⁴⁷⁹

El Código Penal del 95^º, en especial en los delitos de terrorismo, fue modificado por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre que vino acompañada además con la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la Ley Orgánica 5/2000.

En el capítulo II al referirnos al tratamiento jurídico del terrorismo, planteamos dentro de las posibilidades de tendencias de política criminal, una tendencia específica que actualmente se encuentra presente dogmáticamente y que se está haciendo presente con mucha fuerza en los ordenamientos jurídicos, nos referimos al “Derecho Penal del enemigo”, teoría planteada por Jakobs. Antes de comenzar a comentar estas reformas al Código Penal español queremos reflexionar sobre si podría decirse que a esta regulación de los delitos de terrorismo se le puede considerar como un ejemplo de regulación positiva del derecho penal del enemigo. En general el derecho penal del enemigo también se vincula a una legislación de excepción a través de la cual se pretende restringir de garantías a los supuestos enemigos para así combatirlos de mejor manera. Como hemos visto en este capítulo a través de la evolución histórica de la regulación de los delitos de terrorismo, nos hemos dado cuenta que se ha pasado de una legislación de emergencia a una legislación en el Código Penal. En nuestra opinión lo mejor es tener considerado los delitos de terrorismo dentro de la legislación penal general, pero al incorporarlos al Código Penal deberían respetarse los principios básicos de éste y las garantías que contiene. Estamos en desacuerdo en incorporar la excepcionalidad como regla general, como señala

⁴⁷⁷ Lo que más se le critica a este artículo es que incorpora la posibilidad de que el tribunal acuerde la remisión total de la pena cuando la colaboración del terrorista hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes o impedir la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, quien realiza un profundo análisis sobre esto es **CUERDA ARNAU**, María Luisa, 1995, pág 404.

⁴⁷⁸ **VIVES ANTÓN**, Tomás (Coordinador), **AAVV**, “Comentario al Código Penal de 1995”, Vol. II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2127.

⁴⁷⁹ **VIVES ANTÓN**, Tomás (Coordinador), **AAVV**, 1996, pág. 2128.

TERRADILLOS⁴⁸⁰, y esto ya si venía ocurriendo con las modificaciones anteriores a la regulación del código, se demuestra con mayor razón en las últimas modificaciones producidas que comentaremos a continuación.

Además de lo anterior, si comparamos la regulación del Código Penal del 95' con tres de los elementos que caracterizan al derecho penal del enemigo, nos damos cuenta que esta regulación calza perfecto con éstas.

En primer lugar, como señala en forma muy clara CANCIO MELIÁ⁴⁸¹, el derecho penal del enemigo se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, en segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al derecho penal “normal” y en tercer lugar, por la relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales. Todos estos elementos coinciden con la regulación de los delitos de terrorismo en el Código Penal español y más aún con la entrada en vigencia de las leyes orgánicas 7/2000 y 5/2000⁴⁸². Además se puede analizar si existe o no un derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo con mayor énfasis ya que *“se trata de infracciones en las que se presenta con mayor nitidez el discurso paralelo a la guerra, a la confrontación, precisamente, con “enemigos”, tanto por el lado de algunos representantes del Estado, como, sobre todo, por el lado de los infractores, quienes se ven en muchas ocasiones como*⁴⁸³
partícipes de una verdadera “lucha” o incluso “guerra”.

Algunas normas concretas de la tipificación legislativa de los delitos de terrorismo que nos demuestran la inclusión del legislador del derecho penal del enemigo son las siguientes:

En primer lugar, nos podemos dar cuenta fácilmente que una de las normas que penaliza los actos preparatorios es la del artículo 576 del Código Penal que regula el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista. Este delito incrimina con penas muy graves lo que constituye materialmente un comportamiento de participación en el mantenimiento de la organización, y ello sin que sea necesario que haya existido ningún acto delictivo concreto que haya empezado a ejecutarse. El objetivo del legislador es toda forma de apoyo posible a una banda armada o elemento terrorista. La jurisprudencia española había interpretado la conducta típica en esta línea: se trata de que el sujeto activo realice una aportación que, por pequeña que sea tomada en sí misma, “permita el mantenimiento de la banda armada”⁴⁸⁴. Sin embargo, lo que no cuadra con la lógica anterior es la introducción en el Código Penal de 1995 de una segunda alternativa de conducta que consiste en colaborar “con las finalidades” de la organización terrorista. Si el sujeto activo (no siendo miembro de la organización, como es presupuesto de este tipo) no colabora con la organización, sino sólo con las finalidades, en primer lugar, hay que preguntarse cómo es posible prestar esa ayuda a entes abstractos como unas “finalidades”. En segundo lugar, hay que preguntarse cómo es posible considerar tal colaboración “equivalente” a actos concretos de apoyo material. Parece claro, que las conductas que puedan estar implicadas

⁴⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan, 1988, Madrid, pág. 15.

⁴⁸¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal del Enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000”, en “Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional”, Abril-Junio 2003, Bogotá Colombia, Editorial Legis, pág. 37.

⁴⁸² La misma opinión la consagra PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rf>.

⁴⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, pág.44.

⁴⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, 2.2.1993, citada por CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, pág.48, cita nº53.

no quedan cubiertas por las características especiales de la “organización”, y se mueven en realidad, en otro plano muy distinto al de la colaboración con la organización, entrando en el ámbito de las conductas que se pueden denominar “respaldo político”. Esta interpretación extensiva (a la que no es ajena el impulso político que tuvo el legislador en la aprobación de la LO 7/2000) es derecho penal del enemigo.⁴⁸⁵

En segundo lugar una figura que calza con el derecho penal del enemigo y que como señalamos anteriormente no se comprende dentro de los elementos analizados dentro del concepto de terrorismo es la figura del terrorismo individual, consagrada en el artículo 577 del Código Penal español. Parece difícil de entender cómo una persona que no actúa en conexión con una organización terrorista, es decir, un sujeto aislado, va a poder “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. Este precepto es el que se ha venido aplicando en los supuestos de la denominada *kale Borroka (lucha callejera)* cuando la competencia de estos casos ha correspondido a la Audiencia Nacional.⁴⁸⁶

Las modificaciones que introdujo a LO 7/2000 a este precepto, se relacionaron con dos cosas, primero, a los delitos que ya se mencionaban en el antiguo artículo, se le añade ahora el delito de daños y una mayor especificación de los casos de tenencia y fabricación de explosivos⁴⁸⁷. La laguna, en opinión de LAMARCA⁴⁸⁸ existía pero quizás no era tal laguna sino que, sencillamente, el legislador de 1995 había decidido calificar como terrorismo únicamente aquellos supuestos de delitos más graves (homicidios, detenciones, estragos).

Además esta reforma afecta a los fines que deben guiar las acciones delictivas, porque ahora se quiere considerar relevante no sólo actuar con finalidad de subversión constitucional o alteración de la paz pública sino igualmente “contribuir a esos fines atemorizando a los habitantes de una población o colectivo social, político o profesional”, con esto se diluye el concepto o elemento característico de finalidad que tenían los delitos de terrorismo ampliándose a la atemorización.⁴⁸⁹ 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.

Resulta difícil sustraerse a la impresión de que el legislador con esta modificación en las finalidades persigue no tanto aprehender en este tipo una forma de verdadero terrorismo como “castigar una mera actitud subjetiva o evitar determinados problemas de prueba en relación con la conexión de los autores con la organización: esto es derecho penal del enemigo”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, pág.49-50.

⁴⁸⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías”, AAVV, 2000, editorial Colex, pág. 102.

⁴⁸⁷ El artículo 577 del Código Penal Español, después de la modificación producida por la LO 7/2000, señala lo siguiente: “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, 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”.

⁴⁸⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 2000, pág. 103.

⁴⁸⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 2000, pág. 103.

⁴⁹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, págs. 50 – 51.

En tercer lugar, se introduce en esta reforma un nuevo delito de apología, delito que se ubica en el artículo 578 del Código Penal y da lugar a la refundición del anterior con el artículo 579 donde además se introduce la previsión específica para los casos de terrorismo de una pena de inhabilitación absoluta de seis a veinte años que no puede ser inferior en ningún caso a la de privación de libertad.⁴⁹¹ Sin entrar en la discusión de la apología del terrorismo como figura criminal, hay que considerar que la ley orgánica 7/2000, introdujo dos figuras la de “enaltecimiento o justificación” y la de determinados actos de humillación a las víctimas de terrorismo. Parece claro que *“aquí existe una vertiente simbólica que consiste en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de ese modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo”*.⁴⁹²

También se reforma el artículo 551.2 en donde se incluye como sujeto pasivo del delito de atentado de los miembros de las Corporaciones locales equiparándoles a los miembros del gobierno y otras instituciones del Estado lo que viene motivado por los reiterados atentados terroristas de los cuales han sido objeto los concejales. En este caso lo que se introduce es un incremento de la pena en función del sujeto pasivo. Lo que cabe preguntarse aquí es si son víctimas de atentados otro grupo de la sociedad civil, ¿tendría que haber otra reforma incluyéndolos o basta solamente con que todas las personas seamos igualmente protegidas de los atentados terroristas?⁴⁹³

Y respecto del tema que nos atañe en este capítulo, el artículo 579.3, modificado por la Ley Orgánica 7/2000⁴⁹⁴, 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. Volveremos sobre este punto en el apartado especial dedicado a esta figura.

Otra reforma que se le ha hecho al Código Penal español fue a través de la Ley Orgánica 1/2003, la cual modifica el artículo 505 que trata de los delitos contra miembros de las corporaciones locales en apoyo a grupos terroristas, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales. Con esta modificación se sanciona con pena de prisión de seis meses a un año a quienes “sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el acceso a los mismos, 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”, y con pena superior en grado a la que corresponde por delito cometido a “quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos

⁴⁹¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 2000, pág. 104.

⁴⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, págs.51-52.

⁴⁹³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 2000, págs. 105-106.

⁴⁹⁴ *Anterior a la ley 7/2000 el Código Penal Español penaba la provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos de terrorismo en el artículo 578 y en el artículo 579 se regulaba el “arrepentimiento eficaz”. Después de la reforma, el artículo 579 se dividió en tres sub-numerandos en los cuales se incorpora en el 579.1 el antiguo artículo 578, en el 579.3 queda la legislación al terrorista arrepentido y en el artículo 579.2 se crea una pena de inhabilitación que señala lo siguiente: “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”.*

terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de corporaciones locales”.⁴⁹⁵

En definitiva la regulación en el Código Penal de 1995 es una manifestación de la evolución histórica que había tenido el terrorismo hasta esa época, pero no soluciona mayormente las críticas a las cuales había sido impuesta. Lo destacable del Código Penal de 1995 y que debe ser resaltado, es que se plasmaron las normas en el Código General, dándole así una mayor coherencia y sosteniendo así el criterio de que es mejor la aplicación de la Ley General que de la ley especial. Sin embargo, no estamos de acuerdo que se incorporen dentro del Código general elementos que se justificaban en una legislación excepcional. Nos referimos a la limitación de todo tipo de garantías tanto de tipo procesal como penal.

Además, no se encuentra un concepto de terrorismo, aunque sí se conciben ciertos elementos importantes como el carácter de la finalidad y los grupos armados, sin entender ni estar de acuerdo con la incorporación del terrorismo individual. Las penas siguen siendo muy elevadas, y, además, puede existir una grave aplicación de la teoría de los concursos entre las disposiciones de terrorismo y las de otros delitos.

⁴⁹⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel, “Las Reformas del Código Penal (2002/2003)”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, en <http://criminet.ugr.es/recpc> , pág.2.

Capítulo V: Derecho de Gracia y delitos de terrorismo La experiencia comparada de Chile y España.

La elección de los sistemas jurídicos penales mencionados en el capítulo anterior no es fortuita. Se han escogido dichas legislaciones en orden a establecer los argumentos esgrimidos en cada una de ellas para justificar las instituciones de gracia a lo largo de su historia y evaluar, comparativamente, la efectividad que tales modelos de tratamiento del fenómeno han tenido en la solución de los problemas concretos que, en determinados momentos, se ha pretendido obtener con ellas, atendida la afectación que han sufrido dichas sociedades por parte del terrorismo.

En este sentido, ya en una primera visión del problema, debe reconocerse una diferencia cualitativa de importancia. En la actualidad, en España y en Chile, la cuestión terrorista no reviste el mismo grado de urgencia en cuanto “lucha” del sistema jurídico penal en contra de “actores terroristas activos de carácter interno”, pero sí la tuvo en el pasado reciente, en especial, desde la década de los setenta hasta mitad de los noventa, ya en el siglo pasado, en el caso chileno. La situación no es la misma para el caso español. España aún mantiene organizaciones terroristas operativas y actuantes, materia en la cual reviste relevancia elevada la cuestión de la organización terrorista ETA.

Para efectos sistemáticos, el examen de cada legislación elegida será dividido en dos partes. En la primera parte, nos avocaremos a la consagración de las medidas de gracia respecto de toda clase de delitos. En la segunda parte, nos ocuparemos de su específica aplicación respecto de delitos de terrorismo, en Chile y en España. La división del examen en dos niveles, en relación a las conductas incriminadas susceptibles de ejercicio de derecho de gracia, presenta la virtud de permitir apreciar ciertas peculiaridades presentes en las legislaciones a tratar, en atención a la gravedad que se asigna en cada una de dichas legislaciones a los delitos de terrorismo, y la influencia que dicho elemento presenta para la consagración de medidas de gracia respecto de tales conductas.

Señalábamos al finalizar el capítulo tercero, que en los capítulos finales de esta investigación, especial énfasis se otorgaría a la sanción del terrorismo de Estado. En concreto, interesaba dilucidar si es posible encuadrar las conductas usualmente calificadas de dicha forma dentro del marco de los tipos penales que sancionan el terrorismo en la perspectiva del derecho interno, y cómo la jurisprudencia de ambos países se han pronunciado al respecto al momento de analizar dicha posibilidad ante casos concretos de reciente data, que han marcado una guía ilustrativa, aunque no siempre deseable en sus consecuencias, del parecer jurisprudencial sobre la materia. En caso de que la respuesta sea negativa, se buscaba dilucidar de qué forma pueden ser incriminadas las conductas reconducibles a lo que se designa bajo el concepto de “terrorismo de Estado”.

Las soluciones a las que arribarán las interrogantes antedichas tienen importancia respecto a la posibilidad del ejercicio de medidas de gracia, en relación con actos de terrorismo de Estado. Para el caso chileno, este punto reviste un interés contingente a la

luz de la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales superiores de justicia, en materia de violaciones de derechos humanos y la aplicación de medidas de gracia, en concreto la amnistía, encarnada en un cuerpo normativo específico (el Decreto Ley 2191 de 1978) y su compatibilidad con el cumplimiento de tratados internacionales ratificados por Chile, en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario. La consideración de las circunstancias antedichas sustentaría, respecto del terrorismo de Estado en relación al terrorismo insurgente, un tratamiento diferenciador de consecuencias negativas en cuanto a la aplicación de ciertas de medidas de gracia por parte del legislador, respecto de conductas encuadrables en el concepto de terrorismo de Estado.

I. EL DERECHO DE GRACIA EN CHILE.

I. A). Marco General de las modalidades de derecho de gracia como forma de extinción de la responsabilidad penal en Chile.

I. A).1).- El Derecho de Gracia como perdón público.

Como se había adelantado en el capítulo I, el art. 93 del Código Penal Chileno, se refiere a la amnistía y el indulto (Art.93 N°3 y 4, respectivamente), como causales de extinción de la responsabilidad penal. La amnistía, extingue la consecuencia jurídico penal de un delito, tanto en su aspecto principal (la pena), como también en su aspecto secundario (calidad de reincidente, para efectos de nuevo enjuiciamiento). El indulto, en cambio, sólo extingue la consecuencia jurídica penal principal del delito (la pena), o la altera (disminuye la pena impuesta o la sustituye por otra).

La amnistía y el indulto constituyen formas de ejercicio del derecho de gracia, que en la definición que del mismo da NOVOA MONREAL, está constituido “por la

facultad que se reconoce a autoridades no judiciales para extinguir una responsabilidad penal o para eliminar en todo o parte la pena impuesta por un delito”⁴⁹⁶.

Es usual en la doctrina nacional, reconducir la amnistía y el indulto a una causal de extinción de la responsabilidad penal de mayor alcance, el perdón⁴⁹⁷, genéricamente entendido para efectos penales, y que consiste “en la renuncia de la pretensión punitiva por parte de quien tiene la facultad de ejercitarla o hacerla efectiva”⁴⁹⁸.

Luego de establecer el perdón, para efectos penales en sentido amplio, pueden delimitarse dos áreas definidas para su ejercicio. Puede hablarse en este sentido de un

⁴⁹⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica Ediar Conosur Limitada, reimpresión de la 2ª Edición, Santiago, 1985, pág.474.

⁴⁹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 3ª Edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág.248. En igual sentido, CURY, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988-1992, pág.420; GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág.362; VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, “La extinción de la responsabilidad Penal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág.32.

⁴⁹⁸ CURY, Enrique, 1988-1992, pág.420.

perdón público en oposición a un perdón privado. Ambos tipos de perdón jurídico penal poseen esferas de alcance delimitados, en atención al tipo de interés o bien jurídico de que se trate en el caso concreto, como objeto jurídico protegido por la norma jurídico penal, y la posibilidad que el sistema jurídico penal reconoce a los titulares de dichos bienes jurídicos, de disponer de los mismos a su arbitrio en cuanto a las consecuencias jurídicas que el sistema penal provee, en caso de concurrir hechos que signifiquen vulneración de tales bienes.

Lo anterior supone, implícitamente, una jerarquización de bienes jurídicos que redundará a su vez en la disposición procesal que sus titulares, o bien, los agentes de la persecución penal pública a través del ejercicio de la acción penal, pueden ejercer respecto a dichos intereses.

Los distintos intereses comprometidos en la persecución de un ilícito penal, y la forma que el sistema penal provee para efectuar procesalmente dicha persecución, permiten establecer la distinción entre diferentes tipos de acciones penales. Se distinguen, conforme a ello, entre acción penal pública, acción penal privada y acción penal mixta (o en la nomenclatura del Código Procesal Penal, acción penal pública previa instancia particular).

En la trilogía de acciones penales mencionada, el sistema jurídico penal chileno reconoce la preeminencia de la acción penal pública, en cuanto a la extensión de los delitos que son de tal carácter, presentando la acción penal pública un carácter residual respecto a los delitos de acción penal privada o acción penal pública previa instancia particular. Lo anterior se demuestra en el hecho de que ni la Constitución ni la ley chilena señalan catálogos de delitos de acción penal pública, sólo se establece una casuística pertinente en los respectivos textos legales, para efectos de determinar qué delitos son de acción penal privada o de acción penal pública previa instancia particular.

Sólo pueden ser objeto de perdón privado los delitos de acción penal privada, en virtud del texto expreso del art.93 N°5 del Código Penal. Son delitos de acción penal privada, aquellos en que existe un interés de carácter privado en la persecución de los actos que importen atentado en contra de tales bienes. Es el caso de un bien jurídico como el honor, respecto del cual se reconoce a su titular la posibilidad de disponer procesalmente del daño que puede serle inferido, al permitirse que su titular ejerza el perdón del agente el que opera como una causal de extinción de la responsabilidad penal, respecto de una pena que ya ha sido impuesta.

En este sentido, CURY⁴⁹⁹ pone énfasis en la corrección que importa el uso que el Código Penal utiliza de la expresión “cuando la pena se haya impuesto”, coligiendo consecuencias distintas para esta situación, en comparación a las consecuencias que devienen de un perdón otorgado por la víctima con anterioridad a la imposición de la pena por parte de la sentencia condenatoria. El perdón del ofendido, en esta última hipótesis, no tiene relevancia para efectos de la persecución del ilícito penal, tratándose de delitos de acción penal pública.

Como sabemos, las causales de extinción de responsabilidad penal operan sobre la base de una responsabilidad penal que ya ha nacido, independientemente del hecho de que dicha responsabilidad sea perseguida o no procesalmente y, que en definitiva, sea declarada. Enmarcar el perdón privado dentro de la categoría de las causales de extinción de responsabilidad penal es útil, entre otras razones, para distinguirlo del reconocimiento del consentimiento en materia penal, considerado por la mayoría de la doctrina chilena como una causal de justificación, la que en caso de concurrir no permite sostener la

⁴⁹⁹ CURY, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pág.795

antijuricidad del hecho típico y, por ende, impide que la responsabilidad penal nazca, por falta de uno de sus requisitos fundantes.

Por su parte, el perdón público en materia penal, sigue caminos parecidos de establecimiento y ejercicio, pero difiere en torno a sus alcances y extensión. En tanto que la pretensión punitiva es pretensión pública, establecida por el Estado y ejercitada a través de sus correspondientes órganos, tanto en la perspectiva del derecho penal objetivo como en la perspectiva del derecho penal subjetivo, le corresponde a éste, en atención a razones determinadas, disponer en ciertos casos de dicha pretensión, con efectos generales o particulares.

No cualquier órgano está reconocido jurídicamente para efectuar la disposición de dicha pretensión punitiva pública, lo que incide en el mayor alcance que se predica de la disposición pública del perdón jurídico penal, en relación a los limitados efectos concedidos a los particulares respecto del mismo. En dicho sentido, el perdón privado sólo se permite otorgarlo al “ofendido” por el delito. Los alcances del mayor ámbito de extensión de la materia delictiva susceptible de perdón público, emanan, en definitiva, del carácter de ejercicio soberano que importa el poder penal del Estado. Lo anterior hace imprescindible ocuparnos de quiénes están facultados en cuantos órganos del poder público para ejercer el derecho de gracia en Chile.

I).A).2).- Autoridades competentes para otorgar el perdón público en materia penal en Chile.

La evolución de la historia Constitucional en Chile ha mostrado variaciones en cuanto a la determinación de qué autoridad se ha considerado competente para el ejercicio del derecho de gracia como concreción del poder público.

A la vista del texto constitucionalmente en vigor, ambos institutos corresponden al perdón ejercido por parte de la autoridad pública, en cuanto ejercicio de la Soberanía, la cual la Constitución hace residir esencialmente en la Nación, y que es ejercida por ésta y por las autoridades que la Constitución establece⁵⁰⁰.

Las autoridades llamadas por la Constitución a ejercer el derecho de gracia, y la forma en que se realiza dicho ejercicio, actualmente en Chile, son:

a) El Congreso Nacional, en virtud de una ley⁵⁰¹ (en el caso de la amnistía o el indulto general);

b) El Presidente de la República, mediante Decreto Supremo (en el caso del indulto particular, con la excepción de que sólo el Congreso Nacional puede indultar a los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado)⁵⁰². En relación a la importancia que el ejercicio del derecho de gracia significa se contemplan quórum de aprobación mas elevados que los de una ley común⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Constitución Política del Estado, Art. 5 inc.1

⁵⁰¹ Constitución Política del Estado ,Art. 60 N°16 : “las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.(...)”

⁵⁰² Constitución Política del Estado, Art.32 N°16.

⁵⁰³ Constitución Política del Estado, Art.32 N°16, segunda parte.

No se presenta en el texto constitucional vigente la necesidad de que la autoridad competente para ejercer la modalidad de derecho de gracia de que se trate (amnistía o indulto), requiera de la aprobación o la consulta de otro ente público, como sí se estableció para ciertos casos en el pasado.

Ejemplos de lo señalado, en el ámbito del otorgamiento de indultos particulares, lo constituyeron en Chile los siguientes⁵⁰⁴:

i) El acuerdo que la Constitución de 1822 requería por parte del Supremo Tribunal de Justicia, para que el director Supremo pudiese suspender las ejecuciones capitales y conmutar las penas, si mediare algún grave motivo (art.108).

ii) El acuerdo que en la Constitución de 1823 debía prestar el Senado, para que el Director Supremo ejerciera las facultades exclusivas de indultar y conmutar penas (Art.18 N°15).

iii) El acuerdo del Consejo de Estado que la Constitución de 1833 requería para el ejercicio de la facultad presidencial de conceder indultos particulares (art.82 N°15).

iv) En el pasado reciente, la opinión consultiva que el Estatuto de la Junta de Gobierno, Decreto Ley N° 527, requería por parte de la Junta de Gobierno, para el ejercicio de la atribución presidencial de conceder indultos particulares (art.10 N° 10).

En la actualidad, se establece la competencia única del Presidente de la República en el otorgamiento de indultos particulares, de acuerdo a lo dispuesto en la Carta fundamental⁵⁰⁵.

I).A).3).-Fundamento y utilidad práctica de las modalidades del derecho de gracia.

La utilidad práctica perseguida con el perdón público, entendido en los términos mencionados, varía según se trate de la amnistía o el indulto y, dentro de este último, según se trate de indultos generales o particulares.

El fundamento del derecho de gracia, en sus distintas modalidades, puede extraerse del examen de elementos relevantes presentes en cada una de dichas formas de gracia y los procedimientos que para el otorgamiento provee el sistema penal y, en parte, de elementos contextuales de carácter extrapenal en que el uso de estas medidas se inserta. Lo anterior, significa una fundamentación construida en dos niveles. Por una parte, una fundamentación intrasistemática, propiamente penal, y, por la otra, una de carácter político constitucional, extrasistemática y contextual histórica.

En términos esquemáticos, la relación entre ambos niveles de fundamentación podemos expresarla en la siguiente figura, en donde la elipse interior representa los

⁵⁰⁴ Sobre los preceptos constitucionales que han regulado el indulto particular en Chile, **CARRASCO DELGADO**, Sergio, “Sobre los indultos particulares en Chile”, en Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público, Santiago 5,6 y 7 de noviembre de 1998, en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, págs.144 y 145.

⁵⁰⁵ No obstante lo señalado, han existido iniciativas parlamentarias que han intentado hacer necesaria la concurrencia de otro poder público, aparte del Ejecutivo, para el otorgamiento de indultos particulares, las que, en definitiva, no han prosperado. Puede citarse, como ejemplo de dichas iniciativas, la moción parlamentaria presentada con fecha 9 de junio de 1994, por el Senador don Hernán Larraín, destinada a introducir en el art.32 de la Constitución Política la necesidad de que, para el otorgamiento de indultos particulares, el Presidente de la República requiera del acuerdo del Senado. El proyecto de ley fue en definitiva retirado de tramitación con fecha 8 de junio de 1999. El texto de la moción señalada puede consultarse en: <http://sil.congreso.cl/docs/il/proy646.doc>

fundamentos propiamente penales, mientras que, la elipse que la abarca, representa los elementos contextuales de carácter extrapenal, dados por el sentido y la regulación política constitucional e histórica, en casos dados.

En cuanto al fundamento político constitucional, éste debe buscarse en la estructura y los procedimientos de implementación que a estas medidas se asigna desde la perspectiva política y constitucional, y al uso de dichas medidas en circunstancias históricas concretas.

Por el momento, valga decir que respecto de la amnistía y el indulto general se utilizan consideraciones orientadas a la estimación del beneficio de carácter colectivo que se pretende obtener con la dictación de este tipo de medidas. Lo anterior, se plasma en el carácter de generalidad de los sujetos que se verían beneficiados, involucrados en situaciones temporalmente definidas.

Se pretende a través de lo mencionado, la obtención de un beneficio mayor del de aquellos que individualmente resultan beneficiados. Dichos beneficios sociales van dirigidos, cuando se aplican a sujetos involucrados en conflictos internos, a la pacificación de los bandos en disputa, y la implementación del establecimiento de estímulos conducentes a la reconciliación nacional. La situación anterior contrasta con el carácter personal o individual del beneficio social que importa la concesión del indulto particular, no asociado eminentemente a determinados contextos histórico políticos, ni a categorías de delitos.

Es innegable el rendimiento político de esta institución y su marcado uso en la historia nacional en situaciones de conflictividad política, ya desde los inicios de la vida republicana en Chile, pasando por el periodo posterior a la denominada “revolución de 1891”, y la década de los treinta, para pasar finalmente a su ejercicio por parte de la dictadura militar en la década del setenta.

Pareciera ser que en consideración a los contextos históricos en que se ha dado el ejercicio de la facultad de amnistiar, es que se basan planteamientos de este tipo. Se constata la regularidad del uso de la amnistía para determinados fines en determinados contextos socio-históricos específicos. No obstante lo anterior se debe tener claro, que una cosa es constatar cómo, en qué momentos y con qué fines se ha dado el uso de una determinada práctica, y una cosa distinta es predicar de tal constatación de regularidades factuales un criterio de vinculación normativo

Como se señaló, puede sostenerse la distinción entre ambos caracteres (generales o individuales) que ameritan el uso de una u otra medida de gracia. Lo anterior repercutirá, como se apreciará, en las autoridades que estiman competentes para su otorgamiento, lo que se suma al alto grado de consenso político necesario para su aprobación de acuerdo a la regulación que presentan los procedimientos que para ambos tipos de gracia se contemplan en Chile, cuestión que no se suscita en el caso del indulto particular respecto del cual no se requiere de la conjunción del parecer colectivo de varios entes públicos o bien de distintos miembros dentro de un mismo ente público, siendo suficiente la decisión del sólo Ejecutivo de acuerdo a determinadas reglas.

Un aporte adicional, para entender la utilidad práctica de cada una de las modalidades del derecho de gracia, lo constituye el tipo de situaciones o los contextos históricos y el tipo de problemas que en definitiva son los que se ha pretendido resolver en nuestro país a través del uso de la amnistía y el indulto.

En este sentido, ya en su origen histórico, la amnistía apareció como una forma de purgar situaciones de grave conflictividad política, con posterioridad a las cuales la autoridad pública, como una medida de apaciguamiento general y de concesiones a los

vencidos, renunciaba al castigo de hechos punibles que se habían cometido en el seno de la lucha pasada.

Las anteriores observaciones, si bien útiles, no distinguen respecto de lo que a nuestro juicio es lo específicamente penal y relevante en el análisis de la materia. En términos más precisos, las observaciones antedichas se refieren sólo a aspectos extrasistemáticos en materia penal, imputables al entorno político constitucional de relevancia para la fundamentación de dichas modalidades de derecho de gracia, elementos de importancia a considerar, pero que vuelven aún incompleto el análisis.

El fundamento extrasistemático o de entorno, como lo hemos designado, constituye un buen punto inicial de análisis, pero debe complementarse con el fundamento propiamente penal de la temática. Tal fundamento debe ser indagado categorialmente en sede de argumentos que atienden a consideraciones de teoría de la pena. Dentro de la teoría de la pena, específicamente, debe aludirse a los fines de la misma, y al principio de necesidad de pena.

Aboquémonos a lo relativo a los fines de la pena. Las teorías de los fines de la pena permiten establecer argumentos de legitimación material en torno al ejercicio del *ius Puniendi*. Se pretende fundamentar en este sentido, la pretensión punitiva del Estado. Usualmente tienden a responder la pregunta del por qué se debe imponer una pena, utilizando para ellos la expresión fines de la pena. Respecto al para qué se pena, se reserva, en cambio, la expresión “función de la pena”. Mientras que con los fines de la pena se establecen argumentos normativos, para las funciones se reservan argumentos descriptivos. Ambas preguntas y categorías argumentales se refieren a preguntas en abstracto, con horizontes temporales contrarios. Mientras el “por qué se pena” mira hacia el pasado y responde que se impone pena porque se ha delinquido, el para qué se pena mira hacia el futuro, y responde con la respuesta, “para que no se vuelva a delinquir”.

Ahora bien, dichas teorías han de tener presente cómo opera un sistema jurídico penal concreto en cuanto a la forma en que se impone una pena. Supondremos que en la respuesta de estas preguntas deberán haber implícitos elementos normativos que permitan responder a la interrogante de cuáles son los criterios que determinan que se imponga pena en una forma determinada y además por qué en ciertos casos, cuando se dicta una amnistía o un indulto, pese a ser potencialmente posible imponer una pena, ello no se produce.

En otros términos, asumido el punto que se debe sancionar en abstracto por ciertas conductas a ciertos sujetos relacionados con dichas conductas, se inquiriere acerca de cómo se determina dicha pena a tales sujetos y por cuáles conductas, y si la decisión de imponer sanción, en virtud de tales antecedentes previos, se mantiene o cede en atención a otros criterios.

Las consideraciones mencionadas nos llevan a estimar que la decisión respecto a penar no es irrestricta. Todos los sistemas penales reconocen en cierta medida circunstancias adicionales que operan y se relacionan con consideraciones utilitarias, ya sea en relación al sujeto que cometió una conducta punible, ya sea en cuanto a las circunstancias a los hechos que motivan la persecución penal.

Surge la interrogante de cómo se argumenta entonces cuando concurren tales circunstancias y de qué forma se condicen dichos argumentos desde la perspectiva de los fines de la pena. Para tales fines una teoría únicamente retributiva no es satisfactoria. Un enfoque de tal tipo ordenaría sancionar en todo tiempo y lugar una conducta punible, por inútil que fuera para un fin preventivo.

Hemos asumido en este trabajo, una postura determinada respecto a los fines de la pena, concordante con las denominadas teorías relativas. Cómo explicar el indulto y la amnistía de manera que sea acorde a una explicación acerca de los fines de la pena basada en las ideas de la prevención general o especial, es lo que deberemos realizar. La solución de concordancia, entre ambos aspectos, debe encontrarse en torno al denominado principio de necesidad de la pena.

Desde el punto de vista de la prevención general, en el caso de la amnistía la pena no es necesaria, porque la conciencia de la norma, la fidelidad al Derecho, no es susceptible de ser cumplida en iguales condiciones por los sujetos que se encuentran en la situación de conflicto que la amnistía pretende superar. La pena, en dichas circunstancias, en vez de ser necesaria, constituye un obstáculo mayor a la estabilidad institucional del sistema sociopolítico. Lo anterior es válido en el contexto de situaciones revolucionarias o de grave conflictividad social, pero no lo es cuando se aplica a actos de terror estatal, como se verá con posterioridad.

Desde la óptica de la prevención especial, por su parte, la pena en el caso de indulto particular, puede ser innecesaria y contraria a la posibilidad de resocialización del sujeto. Adicionalmente, hay argumentos de justicia material relacionados en la utilidad y el fundamento del indulto particular. Dichos argumentos de justicia se conectan con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, por una parte, y la medida de la pena, por otro, con el objeto de servir de correctivo a la desmedida y el excesivo rigor de la pena establecida en abstracto por el legislador, cuando esta se aplica a un individuo concreto⁵⁰⁶.

I).A).4). Críticas al derecho de gracia en la doctrina nacional.

La doctrina nacional ha reproducido, en general, las críticas que en el Derecho Comparado se han realizado al Derecho de Gracia, ya desde tiempos de Beccaria. Las críticas en Chile se han centrado fundamentalmente en relación a la institución del indulto, respecto de la cual se han señalado argumentos de evaluación negativa al mismo, los cuales pasamos a revisar.

Aquellas que resaltan el carácter de resabio del derecho del Antiguo Régimen, en cuanto ejercicio omnímodo del poder público encarnado en la figura del monarca. En el fondo, esta crítica es una especificación de los argumentos en contra de la doctrina clásica de la soberanía, entendida esta última como un poder de carácter absoluto, de ejercicio potencialmente arbitrario, con límites de extensión difusos y ausencia de instancias de control, lo que para efectos penales concretado tanto en el establecimiento de la materia punible, su sanción como también la revocación de la sanción impuesta, quedando en definitiva a la conciencia o voluntad del monarca el cumplimiento de la misma.

Se puede elaborar un argumento contrario a esta crítica, atendiendo a los supuestos históricos y jurídicos en que ella se funda. Se toma como base una teoría del poder soberano entendido en términos absolutos, en el cual los contornos del ejercicio de la institución, se veía definida por la actuación prudencial y sin limitación respecto del sujeto habilitado para ejercerla. Queda por determinar si, en los hechos y en las regulaciones jurídicas de la materia, el ejercicio del derecho de gracia se dio efectivamente en tales términos.

⁵⁰⁶ **GRACIA MARTÍN**, Luis , **BOLDOVA PASAMAR**, Miguel y **ALASTEY DOBÓN**, María, "Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español (El sistema de penas , medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito)", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág.326.

Como modelo comparativo, tomemos el caso de la legislación española vigente durante el período indiano en nuestro país, como parte integrante de la Corona española y, particularmente, la legislación atinente al indulto particular. Podemos observar distintos cuerpos normativos que regulaban la materia durante el período indiano.

Al analizar parte de dicha legislación, se constata que sí se establecían límites en torno a la facultad de indultar, en cuanto a los delitos que no eran susceptibles de indulto, y en cuanto a la consideración de intereses de las víctimas de los delitos. De esta manera, en las Partidas, se disponía que el Rey no podía indultar en los casos de delitos en que hubiere mediado alevosía o traición y tampoco los podía conceder cuando con su otorgamiento se perjudicaba a terceros, estableciéndose al efecto en la Partida Séptima, catorce categorías delictivas que se entendían incluidas en tal concepto. Adicionalmente, disposiciones emanadas de oficio por parte del Monarca o a instancias de los Procuradores de Cortes, establecieron con frecuencia como requisito para conceder la gracia, el consentimiento del ofendido por el delito. Fernando IV en 1310 y Carlos I en 1518 prohibieron a su vez el indulto total o parcial de las penas, mientras estas no hubieren sido impuestas por sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada⁵⁰⁷.

b) De la crítica anterior, es posible desprender aquella otra que pone el énfasis en la vulneración que el derecho de gracia importa para el respeto del principio de separación de los poderes del Estado, como plasmación de una determinada forma de ejercicio de soberanía, entendida ya en términos limitados. El derecho de Gracia, en este aspecto, importaría una indebida intervención del Poder Ejecutivo en lo obrado por otro poder del Estado, el Poder Judicial, en la imposición de la sentencia penal. Se vulnera, de esta forma, una de las proposiciones integrantes de la teoría clásica de la división de poderes del Estado, consistente en la “ la irrevocabilidad de las decisiones de un órgano por las de otro, de manera que ninguno se vea expuesto a que otro llegue a dejar sin efecto, anular, suspender , modificar o desnaturalizar las decisiones que ha adoptado en el campo de su atribución característica”⁵⁰⁸.

En este sentido, refiriéndose al indulto, Fuenzalida señalaba una argumentación contraria al otorgamiento al Ejecutivo de facultades, a nivel Constitucional, para ejercer funciones judiciales. Centrándose en la consagración que de la materia efectuaba la Constitución Política de 1925, el autor señalado ponía énfasis en el contrasentido en que la Constitución incurría al tratar la materia, debido a que, en primer lugar, la Constitución “prohíbe, en forma terminante y categórica al Presidente de la República ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos, y luego le otorga la facultad de amnistiar que importa precisamente lo contrario”⁵⁰⁹.

Proseguía el autor citado, aduciendo dos argumentos que existirían acerca de por qué el Poder Ejecutivo es razonable que se vea alejado de estas funciones: “... porque la propia Constitución Política entrega la facultad de administrar justicia en forma exclusiva al poder judicial, y segundo, por una razón práctica, cual es que el Ejecutivo dada la complejidad

⁵⁰⁷ FUENZALIDA, Néstor, “ El indulto ante el Derecho y el Procedimiento Penal”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile , Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1962, pág.19

⁵⁰⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo I , Principios , Estado y Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1997,pág.396

⁵⁰⁹ FUENZALIDA, Néstor, 1962, pág.60.

de sus tareas, no podía estar en cabal conocimiento de los asuntos sobre los cuales tiene que resolver”⁵¹⁰.

La prohibición a que se hace alusión se mantiene en la Constitución Política actualmente vigente, en su art.73, por lo que vale preguntarse acerca de la validez de esta crítica a la luz del texto fundamental vigente.

La crítica que comentamos se fundamenta en una interpretación clásica o rígida de la teoría de la división de los poderes del Estado. La finalidad perseguida por el modelo de división rígida del poder estatal en tres áreas de actuación, ejercidas a su vez por tres sujetos distintos de carácter ideal (Poder Ejecutivo= Presidente de la República; Poder Legislativo= Parlamento; Poder Judicial= juez), iba dirigida a evitar los excesos que significó, en el antiguo régimen, la arbitrariedad del uso prudencial de facultades legislativas y judiciales por parte del monarca . Si todo el poder se concentraba en las mismas manos, lo lógico para limitar su concentración y el uso arbitrario del mismo, era dividir entre distintos sujetos el ejercicio de dicho poder.

La práctica normativa de los Estados y los planteamientos de la teoría Constitucional, a lo largo de los años han dejado de lado la división de los poderes del Estado entendida en términos rígidos, orientados a criterios fundamentalmente organicistas, para pasar a ocuparse de una división de poderes del Estado con ejercicio preeminente, pero no exclusivo, de distintas funciones por entes públicos dados, manteniendo en su conjunto el sentido unitario del concepto de soberanía⁵¹¹ .

En este último sentido, se puede hablar del desplazamiento o el tránsito desde una teoría de la división de poderes del Estado entendida en términos orgánicos hacia una teoría de división de poderes de carácter funcional.

A continuación, nos dedicaremos a examinar la regulación de las dos modalidades de Derecho de Gracia que contempla el sistema chileno, la amnistía y el indulto.

I).B) La Amnistía en Chile.

I).B.1). Consagración legal y concepto.

El Código Penal Chileno establece como una de las causales de extinción de la responsabilidad penal, en el art.93 N°3, a la amnistía, señalando que “por ella se extingue la pena y todos sus efectos”. El Código Punitivo no entrega un concepto de qué se debe entender por amnistía y a determinar su concepto se ha avocado, como se verá, tanto la doctrina como la jurisprudencia.

En Chile, Guzmán Dalbora, define la amnistía como “un instituto en virtud del cual el poder público, por razones de alta política y mediante una norma de carácter general, renuncia a punir un cierto número de delitos, extinguiendo completamente las responsabilidades penales derivadas de éstos”⁵¹².

I).B.2).Clasificación de la amnistía.

⁵¹⁰ FUENZALIDA, Néstor, 1962, ídem

⁵¹¹ En un sentido similar, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, 1997, pág.398.

⁵¹² GUZMÁN DALBORA, José Luis , “Artículos 93 a 95 ” , en A.A V.V, “Comentarios al Código Penal Chileno”, Tomo I , Libro Primero , Parte General , obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz de Quiroga , Coordinador Jean Pierre Matus , Editorial Jurídica de Chile , Santiago, 2002 , pág.445.

La doctrina ha elaborado distintas categorías para distinguir las formas que puede revestir esta institución. Ortiz De Fillippi⁵¹³ sustenta la siguiente clasificación, que se ha hecho común entre los autores:

I) General o Particular; atendiendo a la extensión del alcance de esta medida de gracia en relación a los delitos en ella contenidos.

II) Absoluta o Condicional: de acuerdo a si el otorgamiento de esta gracia se establece considerando o no la realización de ciertas conductas por parte de los sujetos favorecidos por ella, como requisito previo para ser beneficiados por la misma, o bien como requisito de la mantención del beneficio.

III) Propia e impropia: La clasificación se construye atendiendo al momento en que se dicta la amnistía y los efectos que ella produce, ya sea en la extinción de la acción penal o de la pena, en su caso.

Se entiende por “amnistía propia”, aquella que es dictada con posterioridad a la comisión del delito y con anterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria, extingue la acción penal derivada de la comisión del delito. Por su parte, por “amnistía impropia” entendemos aquella que es decretada con posterioridad a la dictación de una sentencia condenatoria y extingue la pena impuesta.

Entre ambas formas de amnistía se establecen diferencias adicionales en relación con la determinación de las personas beneficiadas con la medida. Así, en el caso de la amnistía impropia, se beneficia a personas precisas y determinadas, con lo cual se declara extinguida su respectiva responsabilidad penal y las demás consecuencias derivadas de la pena, por lo cual se otorga un derecho personal y específico al condenado.

En Chile, la doctrina penal no está conteste en torno a la procedencia de la consagración de esta distinción, llegando a ponerse en duda por parte de algunos la posibilidad de considerar que la ley penal chilena consagre la denominada amnistía impropia⁵¹⁴.

Por su parte la distinción no está expresamente consagrada en el derecho positivo chileno, sino que constituye una elaboración doctrinaria ya presente en la doctrina italiana sobre la base de los efectos que para la amnistía consagra dicho sistema penal. El Código Penal italiano, en su Art.51, señala expresamente que la “amnistía extingue el delito y si ha mediado condena, hace cesar su ejecución y las penas accesorias”. Lo anterior permite a Antolisei distinguir claramente entre la amnistía que se declara antes de la dictación de la sentencia condenatoria y aquella que es dictada con posterioridad a ésta, estableciendo efectos distintos para cada una de las circunstancias de que se trate⁵¹⁵.

Tampoco la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia se ha extendido más latamente sobre la distinción.

I)B).3). Características de la amnistía.

⁵¹³ **ORTIZ DE FILLIPI**, Hugo, “De la extinción de la responsabilidad penal”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Santiago, 1990, pág.27.

⁵¹⁴ Sobre el carácter discutido de la aceptación en la doctrina nacional de la procedencia de la amnistía impropia, **GUZMÁN DALBORA**, José Luis, “ Los artículos ...”, en **AA.V.V.**, “ Comentarios al Código Penal Chileno ,2002, pág. 446.

⁵¹⁵ **ANTOLISEI**, Francesco, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Buenos Aires, 1960 pág.541, citado por **ETCHEBERRY**, Alfredo, 1998, pág.249.

La doctrina ha puesto énfasis en ciertos aspectos estructurales y funcionales que la amnistía presentaría. Las características singulares de la amnistía, a nuestro juicio, serían las siguientes:

Posee un carácter general.

Creemos de utilidad efectuar algunas precisiones. Podemos entender la generalidad de la amnistía en dos aspectos, referidos a distintos momentos, unos relativos a los criterios que fundamentan su establecimiento (dictación), en situaciones históricas concretas, y otros relacionados a su aplicación a sujetos determinados dentro de procesos penales definidos. Entender la relación que existe entre ambos aspectos es útil, a nuestro juicio, para la construcción de una argumentación coherente que permita superar el uso equívoco del carácter general de la amnistía, lo que redundará en no poca medida en una determinada postura respecto de los efectos de la misma, como veremos posteriormente.

Cuando estimamos que la amnistía es general en el primer sentido, referido a los fundamentos normativos de su establecimiento, queremos señalar que ella se establece en consideración a un conjunto de situaciones o hechos punibles, y no a personas determinadas, excluyendo a otras que se encuentren en las mismas circunstancias respecto de haber participado en los mismos hechos fáctica y jurídicamente⁵¹⁶.

El fundamento del carácter general con que debe operar la amnistía puede sostenerse en base a la fuente normativa del instituto, los órganos competentes para dictarla y la forma prevista para su dictación. Sólo en virtud de una ley, aprobada por un quórum especial, por parte del Congreso Nacional, puede concederse una amnistía en Chile⁵¹⁷.

En atención a su carácter general, se predica de la amnistía un carácter impersonal y objetivo, se dirigiría más al delito que al agente o, para ser más precisos, a hechos delictivos y sus consecuencias jurídico penales, y no a personas determinadas, "sea que se conozca o ignore el nombre de los que en ellos intervinieron, designándose este hecho por sí mismo y no por los individuos que lo hayan realizado"⁵¹⁸. Dicho carácter general, no es obstáculo para señalar que la amnistía, en procesos judiciales concretos, opere como causal de extinción de responsabilidad penal de sujetos determinados, responsabilidad penal que es de carácter personal en cuanto a su extinción respecto de tales sujetos.

No hay consagración expresa en Chile del carácter de generalidad que hemos asignado a la amnistía. Incluso se ha llegado a señalar que faltaría una fundamentación sistemática e histórica para predicar el carácter general de la amnistía en Chile. Nos corresponde, por tanto, hacernos cargo de la refutación de dichos argumentos.

Respecto de la falta de sustento sistemático de la generalidad de la amnistía son válidos los argumentos basados en la fuente normativa del instituto y el procedimiento contemplado para su dictación.

Respecto del argumento histórico, que señala que se han dictado amnistías en beneficio de personas determinadas, no es suficiente. Dicho argumento se basa en el

⁵¹⁶ Habría una conexión entre el carácter de generalidad que se predica de la amnistía, y la garantía de la igualdad ante la ley que consagra el art. 19 N°2 de la Constitución Política del Estado, que le serviría de fundamento normativo. En este sentido, **VARGAS VIANCOS**, Juan Enrique, "La extinción...", 1994, pág.32.

⁵¹⁷ **GUZMÁN DALBORA**, José Luis, "Los artículos...", en **.A.A.V.V.**, "Comentarios Al Código Penal Chileno, 2002, pág.448. El criterio de conceder competencia al legislativo, en materia de amnistías se ha mantenido invariable desde la Constitución de 1833(Art.35 N°1), criterio que mantuvo la Constitución de 1925 (Art.44 N°3) y que ha mantenido la Constitución actual.

⁵¹⁸ **NOVOA MONREAL**, Eduardo, 1985,pág.476

uso de elementos descriptivos con fines justificatorios. Una argumentación de tal tipo es defectuosa en términos lógicos. Como hemos señalado, no es admisible pasar desde una proposición descriptiva a una de carácter normativo, sin que medie entre ambas una proposición de carácter normativo, bajo sanción de incurrir en “falacia naturalista”.

El uso propio con el cual, histórica y normativamente, la amnistía debe ser utilizada, se inserta en procesos de justicia transicional.

La amnistía en Chile extingue la consecuencia jurídica denominada pena, pero no constituye una derogación o suspensión de la ley penal, y tampoco “borra” el delito⁵¹⁹

Esta característica dice relación con los efectos que expresamente el Código Penal chileno reconoce a la amnistía, materia de la cual nos ocuparemos más en extenso en un acápite posterior. Por el momento, valga decir que consideramos acertada la opinión de aquellos que refutan el supuesto carácter derogatorio o suspensivo de la amnistía, carácter suspensivo que entre nosotros fue sostenido por Del Río⁵²⁰.

Para fundar el rechazo al que aludimos, es conveniente precisar qué se quiere señalar cuando se habla de que la amnistía borra el delito, suspende la ley penal o constituye una derogación de la misma y si ello es concordante con lo que señala el Código Penal respecto de los efectos de la amnistía.

Hay acuerdo en la doctrina nacional, respecto a que la amnistía extingue la consecuencia jurídica pena y todos sus efectos, en base al texto expreso del art.93 N°3 del Código punitivo (para efectos didácticos, llamaremos a ésta, la “ tesis del efecto penal restringido de la amnistía”). La discrepancia surge cuando, reconocido el efecto anterior, se plantea la posibilidad de que los efectos de la amnistía no se dirijan sólo a la pena, sino que vayan más allá, esto es, que la amnistía “borre o no el delito”. Las opiniones que sustenten este segundo criterio las llamaremos “tesis de los efectos amplios de la amnistía”.

En apoyo de la tesis amplia (los efectos de la amnistía son más extensos que aquellos que es posible extraer de la simple lectura del art.93 N°3 del Código Penal), se han pronunciado en la doctrina nacional, autores tales como Fontecilla⁵²¹, Novoa Monreal y, recientemente, el Ministro de la Excelentísima Corte Suprema don Hernán Álvarez García⁵²².

Para sustentar la tesis del efecto amplio de la amnistía, se suelen utilizar argumentos tanto de derecho penal sustancial como de Derecho Procesal Penal. Los argumentos de carácter sustancial se basan en la historia fidedigna de la ley, en el sentido de que la Comisión Redactora del Código Penal, en su sesión 22, habría dejado expresa constancia de que “la amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la en la misma

⁵¹⁹ Dentro de la doctrina española , que en su apreciación de los efectos de la amnistía ha influido fuertemente en la doctrina nacional , puede encontrarse el apoyo a la tesis de la “derogación temporal de la ley penal” que se asigna a ésta , ya en **SILVELA, V.** “El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España”, Tomo II, Madrid, 1879, págs.432 y ss.

⁵²⁰ **DEL RÍO**, Raimundo J., “Manual de Derecho Penal Chileno”, Colección de manuales Jurídicos N°1, Editorial Nascimento , Santiago, 1947, pág.250.

⁵²¹ **FONTECILLA**, Rafael, “Tratado de Derecho procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pág.133. Fontecilla, en el texto citado, agrega la armonía que importaría dicha interpretación con el sentido del artículo 408 N°5 y 433 N°6 del Código de Procedimiento Penal, materia a la que nos referiremos cuando tratemos de los efectos procesales penales de la amnistía.

⁵²² **ÁLVAREZ GARCÍA**, Hernán, “Ley de amnistía del año 1978”, en Revista Gaceta Jurídica, Año 1995, N°180, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1991, págs.14 y 15

situación en que estaría si no lo hubiera cometido”⁵²³. El hecho de que no se mantuviera en definitiva dicho texto, se dice, “no significa que los redactores hubiesen variado la idea que así consignaron”⁵²⁴. Sin embargo, el hecho cierto es que dicho texto fue variado en la sesión 139 de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, quedando con la misma redacción que conserva hasta la fecha⁵²⁵.

Los caminos de contrargumentación a la tesis amplia son variados. Nos ocuparemos en este apartado de los argumentos de refutación de carácter sustancial. Desde esta perspectiva es posible esgrimir argumentos basados en la teoría del delito, los cuales se sustentan, en definitiva, en argumentos de la teoría de las normas jurídico penales.

Es generalmente aceptada por la doctrina que, en un sentido formal, el delito está integrado por tres niveles o categorías de elementos: tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad, lo que lleva a señalar que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, o bien, una conducta típicamente antijurídica y culpable (dependiendo del valor que se otorgue a la tipicidad como “ratio cognoscendi” de antijuricidad o bien “ratio essendi” de la misma). Frente a este modelo de delito estructurado en 3 niveles, hay quienes, a los elementos anteriores suman uno adicional al que suelen llamar punibilidad. La falta de alguno de estos tres (o cuatro niveles, de acuerdo al modelo formal de delito por el que se opte), permite señalar que no hay delito. Veamos ahora si la amnistía tiene algún efecto respecto de cada una de las categorías del delito.

Frente a la supuesta derogación o suspensión de la ley penal que importaría la amnistía, se debe recordar que los delitos sobre los que recaerá la amnistía no dejan de ser considerados objeto de juicio de disvalor penal y social, producto de la dictación de una amnistía. Los tipos penales que son cubiertos por la amnistía no son derogados con carácter general de los catálogos punitivos, ni las conductas de aquellos, en el caso de que se subsuman en la descripción de tales tipos dejan de ser típicas.

Tampoco puede señalarse que tales conductas han dejado de ser antijurídicas. La amnistía no constituye una causal de justificación de la cual pueda beneficiarse el agente. Prueba adicional al respecto la constituye la circunstancia que la ilicitud⁵²⁶ contenida en tales conductas permite establecer reproches normativos en esferas extrapenales (subsiste la responsabilidad civil perseguible para el resarcimiento de los daños provocados).

Tampoco puede decirse de tales conductas que sean inculpables, en el sentido de que concurra una causal de exculpación. Las causas de exculpación son de carácter personal, y el carácter general de la amnistía se contradice con dicho carácter.

En conclusión, si se admite que el delito está integrado por tres niveles de requisitos integrados por tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, no obstante haber amnistía subsiste el delito, pese a no imponerse pena.

⁵²³ “Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno”, Edición Crítica con motivo de su centenario, preparada bajo la dirección y con estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacova y Rivacova, Editorial Edeval, Valparaíso, 1974, pág.293.

⁵²⁴ **NOVOA MONREAL**, Eduardo, 1985, ídem, notas* N° 5 y 6.

⁵²⁵ El texto de la sesión 139 de la Comisión Redactora puede consultarse en “Código Penal de la República de Chile y Actas...”, 1974, pág.499.

⁵²⁶ Entendemos por ilicitud al denominado elemento antijuricidad. Por ello, refutamos categóricamente la liviandad en que se incurre al señalar que la amnistía borra la ilicitud del delito amnistiado. Se pronuncia por tal efecto respecto de la ilicitud del delito amnistiado, **ÁLVAREZ GARCÍA**, Hernán, 1995, págs. 14, 15.

Sólo en un modelo de delito que integre la punibilidad como categoría autónoma que se agregue a las categorías tradicionalmente reconocidas del delito, la amnistía en su aplicación “borra el delito”. No está de más señalar el carácter discutible de un modelo de delito que integre a la punibilidad como elemento categorial⁵²⁷.

El fundamento basado en el modelo categorial de delito, en pro de la interpretación restringida de los efectos penales de la amnistía, como se señaló, se sustenta a su vez en elementos provenientes de la teoría de las normas penales, generalmente aceptada, y que hunde su orientación en la construcción teórica de Binding, la cual distinguía entre normas primarias (normas de conductas) y normas secundarias (normas de sanción) o en otros términos, entre “norma” y “ley penal”, respectivamente; con fines, sujetos receptores de las mismas y perspectivas temporales diferentes, según se trate de cada tipo de normas⁵²⁸.

En una construcción de teoría de las normas como la apuntada, es pertinente preguntarse si la amnistía opera respecto a la norma primaria o respecto a la norma secundaria, atendidos los efectos que la amnistía produce en Chile. La respuesta que se de en cada caso, incidirá a nuestro juicio en la valoración de la conducta y su punibilidad concreta según la situación.

En nuestro concepto, la amnistía operaría como un elemento complementario en la interpretación de la norma secundaria o de sanción, ordenando al juez que, en un caso concreto, no aplique pena. La norma primaria no se ve afectada por la amnistía, y respecto de ella la amnistía no surte efecto alguno. Al ser la antijuricidad en materia penal una relación entre conducta punible y norma primaria, y permitir en definitiva determinar valorar cómo la primera puede afectar al ordenamiento jurídico en su conjunto, al no establecerse en el una cláusula de permiso, en el sentido de una causal de justificación (antijuricidad formal) o al bien jurídico protegido en concreto (antijuricidad material).

La norma primaria se concibe en el modelo de Binding como una “regla con excepciones”, excepciones que estarían conformadas por las causales de exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad. Paralelamente, y en forma autónoma, se erigen las excepciones a la norma secundaria (a la ley penal, en términos de Binding), que constituirían una excepción a la punibilidad.⁵²⁹

c) Su fundamentación se basaría en consideraciones de conveniencia y paz públicas, pero ello no convierte a la amnistía en una excusa legal absolutoria.

En este punto se debe aclarar qué se alude con “razones de conveniencia y paz pública”, y por “excusa legal absolutoria” para fundamentar nuestro rechazo a la opinión de que la amnistía sería un caso de excusa legal absolutoria⁵³⁰.

⁵²⁷ Una consecuencia concreta la aceptación de un modelo como el señalado, es el reconocimiento de la relevancia del error sobre las condiciones de punibilidad.

⁵²⁸ Sobre la teoría de las normas, véase las observaciones efectuadas en el capítulo 1.

⁵²⁹ **BACIGALUPO**, Enrique, “Delito y punibilidad”, Segunda Edición ampliada, Editorial Hamurabbi S.R.L., José Luis de Palma Editor, Buenos Aires, 1999, pág.214.

⁵³⁰ En este sentido, puede citarse como ejemplo de aquellos que estiman a la amnistía como una excusa legal absolutoria, el parecer de la Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, doña Clara Szczaranski, quien fundamenta su interpretación del decreto Ley 2191 de 1978, la denominada Ley de amnistía de la dictadura militar, en ser un caso de “excusa legal absolutoria basada en el perdón social”, haciendo coincidir dicho perdón social con lo que en este trabajo se ha designado como “derecho de gracia”, en sus modalidades de amnistía e indulto. Así en, **SZCAZARANSKI**, Clara Leonora, “El perdón social”, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°10, Diciembre de 2003, Andros Impresores, Santiago, 2003, págs.71 a 73. El artículo mencionado fue incluido con posterioridad en **SZCAZARANSKI**, Clara Leonora, “Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los

La doctrina suele referirse a “razones de alta política”, basadas en los contextos histórico jurídicos que dieron origen a la dictación de amnistías y su aplicación en marcos jurídicos que propician incentivos a la reconciliación, entre bandos en conflicto en situaciones revolucionarias o análogas. Dichas consideraciones son concordantes con lo que hemos denominado con anterioridad, el fundamento histórico, político y constitucional de la amnistía.

Como punto de partida debemos reconocer que existen semejanzas entre la amnistía y una excusa legal absoluta, circunstancias que podrían llevar a pensar que la amnistía se trata de un ejemplo de esta última categoría:

i) Es acertada la aseveración de que la amnistía se basaría en consideraciones utilitaristas que llevan al legislador a estimar más valioso, en determinadas situaciones, prescindir del ejercicio del *ius puniendi* en aras de la protección de dichos intereses que, en general, se suelen consignar en el caso de la amnistía como la paz social, el bien común u otros concretos de alcance indeterminado, pero que se refieren en definitiva a la generalidad de la sociedad. No obstante lo anterior, que en principio reconocemos como acertado, no permite esgrimir dichas consideraciones utilitaristas como base para estimar a la amnistía de acuerdo a una naturaleza que le es ajena, cual es la de las llamadas excusas legales absolutas, por mucho que en la construcción de las excusas legales absolutas también se haga uso de consideraciones utilitaristas.

ii) Es acertada la consideración que en la aplicación de la amnistía en un caso concreto, hay delito, en el sentido de que hay tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, al igual que en el caso de la excusa legal absoluta, pero ello no transforma a la amnistía en un caso de excusa legal absoluta.

iii) Tanto en el caso de la amnistía, como también en el caso de la excusa legal absoluta, se excluye la posibilidad de imponer una pena, pero no se afecta la responsabilidad civil perseguible para resarcir los daños generados por los mismos hechos.

En concordancia con lo señalado, deberemos ocuparnos de explicar qué se entiende por excusa legal absoluta, y qué fundamento asignamos a ella para sostener nuestra aseveración. Los motivos que fundamentan nuestro rechazo a estimar la amnistía como un caso de excusa legal absoluta se basan, por una parte, en el carácter fundante de las excusas legales absolutas y, por la otra, en determinadas características que hemos predicado de la amnistía.

Sistemáticamente, las excusas legales absolutas pertenecen a la categoría de las denominadas “condiciones de punibilidad”. Dichas condiciones corresponden a un conjunto de requisitos que se pueden dividir en dos grupos. Ambos grupos de circunstancias conforman elementos relacionados con la imposición de la pena, unos de carácter positivo y otros de carácter negativo⁵³¹.

El primer grupo, comprende requisitos que deben concurrir para que se imponga una pena en ciertos casos (condiciones de punibilidad de carácter positivo). Pertenecen a esta categoría, las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procesabilidad. El segundo grupo comprende circunstancias que en caso de concurrir impiden imponer pena

derechos humanos. Otra clase de delitos”, Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2004. De igual opinión, considerando la amnistía una excusa legal absoluta **CURY**, Enrique, Santiago, 1992, pág.121.

⁵³¹ Se atribuye a Beling la división de las circunstancias de punibilidad en positivas y negativas. Así en **BELING**, Ernst Von. , “Die Lehren vom Verbrechen”, (Neudruck der Ausgabe, 1906), Aalen, Scientia Verlag, 1964, pág.229, citado por **COUSIÑO MAC IVER**, Luis, “Derecho Penal Chileno”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, pág.633.

(condiciones negativas de punibilidad). A este segundo grupo de circunstancias pertenecen las denominadas “excusas legales absolutorias”. Todas las circunstancias mencionadas, tanto positivas como negativas, no integran el tipo penal, ya que son extrañas a la conducta misma⁵³².

De acuerdo a la definición que de ellas entrega Garrido Montt, citando a Creus⁵³³, las excusas legales absolutorias “son circunstancias de carácter excepcional y personal⁵³⁴ que tienen la cualidad de excluir la imposición de pena, aunque el comportamiento sea típico, antijurídico y culpable”, pudiendo ser de “variada índole y procedencia como también estar descritas en el precepto que describe el tipo o en una disposición especial diversa”. Las excusas legales absolutorias se tratarían, de acuerdo a lo mencionado, de casos de circunstancias negativas de punibilidad.

Se discute, en doctrina, respecto de qué casos de excusas legales absolutorias contempla el derecho penal chileno. Etcheberry señala algunas situaciones que se han citado como casos de excusas legales absolutorias: el encubrimiento de parientes (art.17 del Código Penal), el desistimiento en la tentativa, conspiración y proposición (art.8 del Código Penal), situaciones relacionadas con el arrepentimiento (el sometimiento de los sublevados, en el art.129; la delación de los falsificadores en el art.192; la delación de los miembros en casos de asociación ilícita, art.295), el pago de los intereses y costas en el giro fraudulento de cheques (art.22 Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques) y la situación contemplada en el art.489 del Código Penal.

El único caso sobre el cual existe consenso en la doctrina nacional, respecto a su carácter de excusa legal absoluta, corresponde al que contempla el art.489 del Código Penal⁵³⁵, la conocida excusa otorgada a ciertos parientes y a los cónyuges, respecto de ciertos delitos, contra la propiedad o el patrimonio, cometidos recíprocamente entre tales personas⁵³⁶. Respecto de los restantes ejemplos, se constata una amplia discusión⁵³⁷.

⁵³² **GARRIDO MONTT**, Mario, 1997, pág.249.El destacado es nuestro. No obstante lo señalado, han existido pareceres doctrinarios que han entendido que las excusas legales absolutorias excluyen el tipo penal. En este sentido, **SOLER**, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, 2ª Edición, Buenos Aires, 1953, pág.203. Rechazamos el parecer de Soler.

⁵³³ **CREUS**, Carlos, “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, 1990, pág.218, citado por **GARRIDO MONTT**, Mario, 1997, pág.251.

⁵³⁴ El carácter personal del fundamento de la exclusión de pena es unánimemente reconocido por la doctrina nacional, así como también por la doctrina española. En Chile, en este sentido, **POLITOFF**, Sergio, **MATUS**, Jean Pierre y **RAMÍREZ**, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte General, Segunda Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág.261;

⁵³⁵ Señala el art.489 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta. 2. Los parientes consanguíneos legítimos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral. 3. Los parientes afines legítimos en toda la línea recta. 4 Los cónyuges. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito”.

⁵³⁶ Sobre las huellas históricas de la señalada excusa legal, **COUSIÑO MAC IVER**, Luis, 1975, pág. 636. El autor citado, luego de señalar la antigua data de esta excusa, sostiene la posibilidad de encontrar huellas de la misma ya en el Digesto (Libro XXV, título 2, Libro 3), de donde habría sido tomada por las Partidas (Ley 4, Título 14, P.IV.). Ya en el período de los Códigos Penales clásicos, durante el siglo XIX, la excusa tendría su origen en art.65 del antiguo Código Penal Francés, de donde la habrían tomado los Códigos Penales españoles.

⁵³⁷ De manera ejemplar, puede citarse el caso del encubrimiento de parientes del art.17 del Código Penal. A favor de su carácter de excusa legal absoluta, **GARRIDO MONTT**, Mario, “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría

Sin llegar a reconocer como el único caso de “auténtica excusa legal absolutoria”⁵³⁸ el que señala el art.489 del Código Penal, por el acuerdo que concita su carácter de excusa legal, lo tomaremos como modelo de comparación, para refutar el carácter de excusa legal absolutoria que se pretende predicar de la amnistía.

Dos elementos podríamos esgrimir para la refutación del carácter de excusa legal absolutoria respecto a la amnistía. Pasaremos a exponerlos y someterlos a crítica, separadamente.

En primer lugar, el carácter excepcional de las excusas legales absolutorias en relación a los tipos penales respecto de los cuales operan. En este sentido, la mayoría de los casos que suelen citarse por la doctrina operan respecto de tipos penales específicos. La amnistía, en cambio, no tiene limitaciones ni legales ni constitucionales, a la sola luz del derecho interno, respecto a los tipos penales respecto de los cuales pueda operar.

Este elemento no es concluyente. Si se reconoce la calidad de excusa legal absolutoria de circunstancias tales como el desistimiento voluntario en la tentativa⁵³⁹, opinión que compartimos, desistimiento que puede operar respecto de toda clase de delitos, el argumento falla y, por tanto, debe ser descartado.

En segundo lugar, el carácter personal de la excusa legal absolutoria que sólo beneficia a los sujetos expresamente contemplados en ella⁵⁴⁰. Es el fundamento personal de la excusa legal absolutoria el que es reconocido unánimemente por la doctrina, tanto nacional⁵⁴¹ como extranjera⁵⁴², como definitorio de la excusa legal absolutoria. En este sentido, es ilustrativo el caso de excusa que otorga el art.489 del Código Penal al señalar que ella beneficia “no a los extraños que participaren del delito”. Los efectos de la amnistía, en cambio, operan tanto respecto de autores, cómplices o encubridores, esto es, tanto respecto de autores como de partícipes. Dicho efecto de la amnistía es consecuencia de su carácter general y su consecuente carácter impersonal y objetivo⁵⁴³.

Finalmente, como señala BUSTOS, la amnistía no puede ser entendida como excusa legal absolutoria, por cuanto, en esta última, la exclusión de sanción se fundamenta, aparte del carácter personal del beneficio, en la directa conexión de la excusa legal con la

del Delito”, 2ª Edición actualizada, Santiago, 2002, pág.251. En contra de tal carácter, sosteniendo en cambio su carácter de causal de exclusión de culpabilidad, por inexigibilidad de otra conducta, **CURY**, Enrique, Santiago, Derecho Penal , Parte General ,Tomo II,Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1992,pág.98.

⁵³⁸ **ETCHEBERRY**, Alfredo, Santiago,1997,pág.12

⁵³⁹ En este sentido, **POLITOFF**, Sergio, **MATUS**, Jean Pierre y **RAMÍREZ**, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, 2003, pág.362.

⁵⁴⁰ El fundamento puramente personal de la excusa legal absolutoria, tal como lo entiende la doctrina actual, no extrae su fundamentación a partir de Binding sino del tratamiento de la punibilidad de Von Lizst, desde una teoría de la pena completamente distinta a la de Binding. Así, en **BACIGALUPO**, Enrique, 1999, pág.70.

⁵⁴¹ Así en **POLITOFF**, Sergio, **MATUS**, Jean Pierre y **RAMÍREZ**, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, 2003, pág.361; **ETCHEBERRY**, Alfredo, 1997, pág.10; **GARRIDO MONTT**, Mario, 1998, pág.,251; **CURY**, Enrique, 1992, pág.98.

⁵⁴² En la doctrina española: **MUÑOZ CONDE**, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes “Derecho Penal. Parte General”, 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch , Valencia , pág.449.

⁵⁴³ Por ello incurren en contradicción los que, como Cury, luego de reconocer el carácter personal de la excusa legal absolutoria y , por otra parte, el carácter objetivo y general de la amnistía (lo que importa su extensión tanto autores como a partícipes) concluyen que la amnistía es una excusa legal absolutoria.

protección del bien jurídico, situación que no se produciría en el caso de la amnistía, que responde a razones de utilidad distintas⁵⁴⁴.

d) La naturaleza de los delitos a los que se debería aplicar la amnistía corresponde a delitos políticos y también delitos militares. La amnistía no debería aplicarse a delitos comunes de acuerdo al parecer de cierta doctrina.

Concordante con esta opinión se muestra Novoa Monreal⁵⁴⁵, argumentado en pro de esta interpretación las raíces históricas de esta institución y razones de principio, fundadas en su rol de resolución de dificultades surgidas en casos de profundos cambios políticos, especialmente en situaciones revolucionarias o de anormalidad institucional, pese a reconocer que no existen restricciones legales ni constitucionales que establezcan restricciones a la posibilidad de amnistiar otra clase de delitos. En igual sentido, se pronuncia Garrido Montt⁵⁴⁶ respecto a la falta de dichas restricciones en el derecho chileno.

Ni la Constitución Política entendida en sentido formal, ni la ley, contempla esta excepción, por lo que a la sola luz del derecho interno no existen restricciones a la facultad de amnistiar atendida la naturaleza de los delitos susceptibles de esta medida. Esta conclusión no es absoluta y, como se verá, debe ser morigerada en consideración a la incorporación de normas de Derecho Internacional, a través de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Chile y la debida interpretación del art. 5° de la Constitución Política.

La tesis a explorar es aquella que señala: no todo ilícito penal puede ser objeto de amnistía en atención a la gravedad del injusto de que se trate, en especial, cuando dichos atentados de alto carácter gravoso constituyen crímenes o delitos de carácter internacional⁵⁴⁷.

. En este sentido, la noción de crimen internacional, esbozada en el capítulo III, es de utilidad para dicho propósito.

La orientación de la tesis se encuentra en concordancia con una determinada toma de posición respecto a la problemática de la incorporación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el valor que se concede a estos en relación a la jerarquía normativa de la Constitución, lo que redundará en cuestiones de específicamente importancia en la materia de que nos ocupamos. Nos pronunciaremos expresamente respecto a este punto y nuestra posición respecto a la interpretación del Decreto Ley 2191 de 1978.

d) En cuanto a la oportunidad contemplada para su dictación, no se contemplan reglas especiales en determinado sentido dentro del derecho interno. Concordantemente, la amnistía puede ser otorgada en cualquier momento con posterioridad a la comisión del delito, antes o después de dictarse sentencia condenatoria en causa criminal en contra de un sujeto, de lo que deriva la clasificación que distingue entre amnistía propia e impropia, como ya se señaló.

⁵⁴⁴ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan, “Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General”, Ara Editores, Lima, 2004, pág.1014. No obstante, no queda claro a qué se refiere Bustos, con esa especial relación con el bien jurídico que supone opera en el caso de la excusa legal absolutoria.

⁵⁴⁵ **NOVOA MONREAL**, Eduardo, 1985, ídem.

⁵⁴⁶ **GARRIDO MONTT**, Mario, 1997, pág.363.

⁵⁴⁷ La imposibilidad de amnistía sostiene esta tesis, no radica en la naturaleza del ilícito (delito común o delito político), sino en la gravedad del injusto.

e) La amnistía constituye un acto de poder público, de carácter indisponible para el sujeto beneficiado por la misma⁵⁴⁸. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha señalado: “Un individuo a quien favorece una ley de amnistía, no puede renunciar a ella, por tratarse de una ley de derecho público y de carácter político, que mira al interés general de la sociedad y no solo al interés personal del reo”⁵⁴⁹.

No obstante lo anterior, hay opiniones contrarias en la doctrina que reconocen al sujeto respecto de la cual se aplica la amnistía el derecho a renunciar a los beneficios de la misma, en consideración al reconocimiento del derecho que le asiste a éste de probar su propia inocencia.

I).B).4). Efectos de la amnistía.

Los efectos de la amnistía los dividiremos en dos sectores, a saber, los efectos en materia sustancial (penal, civil y política) y los efectos a nivel procesal penal. Por el interés concreto de este trabajo, sólo nos referiremos al primer grupo de efectos, los de carácter sustancial.

Efectos sustantivos.

a) De orden penal

Los efectos sustantivos, de orden penal, los señala el art. 93 del Código Penal, “la amnistía extingue la pena y todos sus efectos”. Ya nos hemos referido al sentido de la norma mencionada, sólo referido a la consecuencia jurídica llamada “pena”, lo que denominamos “tesis del efecto restringido de la amnistía”. Por su parte, el sentido de la expresión “y todos sus efectos”, es limitar los efectos penales de la amnistía de las repercusiones civiles que de ésta pudiera predicarse. La frase fue incorporada por la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, por sugerencia del comisionado Sr. Fabres, en la ya mencionada sesión 22.

De esta forma, no queda sujeto el amnistiado al cumplimiento de la pena impuesta. Adicionalmente, el sujeto amnistiado no tendrá el carácter de condenado para efectos de reincidencia.

b) De orden civil.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes en Chile, en relación al alcance limitado de la amnistía sólo referido a la responsabilidad penal emanada del delito, sin que por tanto se afecte la responsabilidad civil emanada del hecho que provoca daño y que, cumpliendo con los demás requisitos que señala la ley, genera la obligación de indemnizar correspondiente, a fin de que dicho daño sea resarcido. Desde una perspectiva de derecho sustancial, como ya se ha mencionado, la posibilidad de que dichos daños puedan ser indemnizados, se sustenta en la subsistencia de la antijuricidad de la conducta en cuanto hecho que provoca daño.

Concordante con lo mencionado, se encuentra lo dispuesto por el art.2314 del Código Civil, el cual expresamente señala que “el que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización ; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

⁵⁴⁸ **DEL RIO**, Raimundo, 1947, pág.252. La única ingerencia que reconoce Del Río al sujeto beneficiado por una amnistía constituye la posibilidad de que éste pueda discutir su inclusión en la misma. Opina de la misma forma, acerca del carácter indisponible del beneficio concedido por la amnistía, **LABATUT GLENA**, Gustavo, 1990, pág.304.

⁵⁴⁹ **CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**, Rol 5321-91, en “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, TOMO LXXXVIII, N° 3, 1991, Sección Quinta, pág. 32. Ya con anterioridad, **CORTE SUPREMA**, “Contra Carlos Vicuña Fuentes”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXIX, Sección Primera, pág.248.

Aún más, reconocer la amnistía como obstáculo para que prospere una demanda de indemnización por los daños provocados por una acción u omisión ilícita, en sede extracontractual, significaría desconocer el derecho de propiedad que le asiste al que ha sido víctima del daño, incurriéndose de esta forma en manifiesta inconstitucionalidad, por desconocer a la víctima el derecho que le asiste a ser resarcido de dichos daños a través del ejercicio de una acción civil de carácter indemnizatorio. Así lo reconoce Etcheberry, cuando se ocupa de dilucidar qué consecuencias se producirían en caso de que un acto de amnistía expresamente pretendiera extender sus efectos sobre la responsabilidad civil, señala que para ello tal ley debería observar los preceptos pertinentes a la expropiación por causa de utilidad pública⁵⁵⁰.

I).C).El indulto en Chile.

La regulación del indulto se encuentra en el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el correlativo Código Procesal Penal, la ley 18.050 de fecha 6 de noviembre de 1981, que regula el procedimiento de concesión de indultos particulares, y el Reglamento del año 1982 que complementa esta última ley.

En Chile, el indulto está señalado como causal de extinción de responsabilidad penal en el art.93 N° 4, y al calificarla de gracia, señala expresamente los efectos que el indulto importa al señalar que “la gracia del indulto sólo 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 determine las leyes”.

A la luz de la norma señalada es necesario dilucidar algunas cuestiones que permitan esclarecer la operatividad de la institución.

i) Momento en el cual puede dictarse el indulto.

En primer lugar, la norma se refiere a la responsabilidad penal declarada en una sentencia condenatoria ejecutoriada. La conclusión anterior es posible extraerla de las expresiones del propio Código Penal en el art.93 N°4, al señalar que el indultado mantiene el carácter de condenado para efectos de reincidencia, en circunstancias que el indulto remite o conmuta la pena. Así lo señala Etcheberry⁵⁵¹, refiriéndose a los efectos del indulto particular, pero al ocuparse del mismo punto en relación particular señala que bien la ley podría modificar lo dispuesto en el Código Penal, agregando la circunstancia de que el artículo 433 N°6 del Código de Procedimiento Penal contempla la posibilidad de que el procesado, durante la tramitación del juicio y, antes de pasar a la etapa a plenario (como artículo de previo y especial pronunciamiento), invoque en su favor la existencia de un indulto que le favorezca

De lo expresado en el texto transcrito, surge claramente que el efecto del indulto en materia de responsabilidad penal, reside en alterar la forma en que la sentencia condenatoria es ejecutada, en cuanto al tipo de pena o el tiempo de cumplimiento de ésta que en definitiva deberá cumplir el sujeto condenado. En este sentido, la pena que será

⁵⁵⁰ **ETCHEBERRY**, Alfredo, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1875-1966” Tomo II, Parte General y Especial, Editorial Jurídica de Chile, Reimpresión de la 2ª Edición, Santiago, 2002, pág.247. El autor cita, entre otros, un interesante fallo sobre la materia, sentencia recaída en “Yarur contra Gamboa”(Recurso de inaplicabilidad), Corte Suprema, año 1966, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen LXIII, Sección 4ª, pág.359. En dicho fallo, la Corte Suprema procedió a acoger el recurso de inaplicabilidad presentado en contra de una ley de amnistía.

⁵⁵¹ **ETCHEBERRY**, Alfredo, “El Derecho Penal ante la Jurisprudencia”, Sentencias 1875-1966, Tomo II. Parte General y Especial, Editorial Jurídica de Chile, Reimpresión de la 2ª Edición, Santiago, 2002, págs. 249 y 250.

objeto de indulto sólo puede ser remitida o conmutada. En otros términos, y avocándonos al tipo de pena preeminente en el sistema jurídico penal chileno, la pena privativa de libertad, el condenado verá disminuido el tiempo de cumplimiento efectivo de la sentencia o bien deberá cumplir una modalidad de pena distinta a este tipo de sanción, por ejemplo, una pena restrictiva de libertad por extrañamiento.

ii).Efectos del indulto.

ii.i) Efectos penales.

El indulto puede tener por efecto remitir o conmutar la pena impuesta. Así lo señala el texto del Código Penal. La ley 18.050 sobre otorgamiento de indultos particulares, precisa aún más estas expresiones, señalando en su art. 3 que esta forma de gracia sólo podrá ser impetrada por el condenado una vez que se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso, circunstancia que ha de ser acreditada. Supone, por tanto, un proceso penal incoado y con sentencia definitiva firme susceptible de ser cumplida.

La normativa vigente en materia de indulto categóricamente permite descartar la posibilidad de que se conceda un indulto respecto de un sujeto procesado, y aun no condenado por sentencia de término, en un proceso penal en su contra. Hay norma expresa respecto de los indultos particulares⁵⁵², tanto en el art.32 N°16 de la Constitución así como en la Ley 18.050, que regula el procedimiento de otorgamiento de indultos particulares. Respecto de los indultos generales⁵⁵³, no hay texto constitucional expreso, pero la práctica del otorgamiento concreto de indultos generales a través de leyes ad hoc ha seguido, en los hechos, el mismo criterio⁵⁵⁴.

El punto fue objeto de discusión en el pasado a la luz de la normativa regulatoria sobre la materia, debido a la práctica de determinados gobiernos que concedieron indultos a sujetos procesados y respecto de los cuales no había aún sentencia de término a la fecha del otorgamiento de esta gracia por parte de la autoridad pública.

La remisión de la pena a la que se alude consiste en una modalidad de cumplimiento de la sanción penal impuesta. La conmutación de la pena consiste en la sustitución de la misma por otra pena. Se observa el efecto limitado del indulto solo a la consecuencia jurídica “pena”, impuesta en un proceso penal determinado, sin que sea relevante de consideración para posteriores procesos penales que se persigan en contra del mismo sujeto, al poder ser considerado dicho sujeto como reincidente, pese al beneficio de indulto que le haya favorecido.

⁵⁵² Los indultos particulares, son aquellos que se otorgan a uno o más sentenciados, basados en razones de carácter individual de los mismos, a petición de estos o de la autoridad penitenciaria

⁵⁵³ Son Indultos generales, los que benefician a todos los condenados por ciertos delitos o a todos los que se encuentran en determinadas circunstancias

⁵⁵⁴ Las opiniones de la doctrina, respecto al momento en que puede ser dictado un indulto general, son variadas. Ya hemos mencionado el parecer de Etcheberry sobre la materia, al señalar que una ley podría dictar un indulto general, excluyendo la necesidad de sentencia condenatoria firme. Un parecer distinto puede encontrarse en Cury, quien en una fundamentación basada en la “naturaleza de las cosas”, señala que, de acuerdo a como está descrito el indulto y regulados sus efectos en el art.93 N°4 del Código Penal, “su concesión carece de un sentido aprovechable, porque no se entiende cómo, en tales circunstancias, podría subsistir “el carácter de condenado” del o los beneficiarios. Naturalmente, una ley podría modificar lo preceptuado por el Código Penal y dar al indulto efectos más amplios. Pero lo que se concedería sería realmente una amnistía”. Así en **CURY**, Enrique, 2005, pág 794.

Hemos de recordar que la pena es una consecuencia jurídica del delito y, en atención a su gravedad, se clasifica en tres grupos, penas de crímenes, penas de simple delitos y penas de faltas, estableciendo el Código penal escalas de penas correspondientes a cada categoría de ilícito.

Las penas, a su vez, pueden ser principales o accesorias. Las penas principales están establecidas en la escala general señalada en el art.21 del Código Penal, y pueden consistir en penas privativas o restrictivas de libertad, inhabilidades para el ejercicio de determinados derechos, o el ejercicio de ciertos cargos o profesiones titulares. Las penas accesorias se determinan por el Código Penal en atención a la gravedad de la pena principal a la que acceden.

Existen diferencias en los efectos del indulto sobre las penas impuestas, según éstas se traten de penas principales o penas accesorias. La regla general, será que el indulto de la pena principal se extienda a las penas accesorias (en otros términos, que el indulto sea total). Las excepciones se establecen en atención a determinadas penas. En este sentido, señala el art.43 del Código Penal que cuando la inhabilitación para cargos y oficios públicos y profesiones titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a menos que expresamente se haga extensivo a ella. Necesariamente en silencio del indulto, respecto de estas penas accesorias, el indulto respecto de las mismas es necesariamente parcial y no las abarca.

Por su parte, el art.44 del mismo Código, señala que el indulto de la pena de inhabilitación perpetua o temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, pero no en los honores, cargos, empleos u oficios de que se le hubiere privado. El mismo efecto produce el cumplimiento de la condena a inhabilitación temporal.

ii.ii) Efectos civiles.

Bajo este concepto nos referiremos a dos categorías de problemas. En primer lugar, la posibilidad de que la extinción de la responsabilidad penal extinguida por el indulto afecte la posibilidad de determinar una responsabilidad de carácter civil por los mismos hechos. En segundo lugar, al efecto del indulto respecto al goce de ciertos derechos de carácter civil y la posibilidad de ejercer determinados cargos.

Respecto a la primera categoría de problemas se señala, basada en la autonomía de las sedes de responsabilidad penal y civil, la imposibilidad de que el indulto dictado en una causa criminal constituya un obstáculo para la condena en lo civil, en cuanto a la indemnización de los daños causados.

Se señala impropriamente en apoyo de esta conclusión, que la responsabilidad civil emanada emanaría del “delito”, en circunstancias de que en realidad al atacar a la consecuencia jurídica “pena”, el indulto en cuanto altera su ejecución respecto de un sujeto concreto condenado, no se afecta al delito del cual emana la responsabilidad civil a la que aludimos. Son válidas las consideraciones expuestas respecto de la distinción entre distintas sedes de responsabilidad, la civil y la penal, y que expusimos a propósito de la amnistía.

La segunda categoría de problemas encuentra su pauta de solución en el propio texto del art.93 N°4 del Código Penal, complementado con normas del Código Civil. La expresión “y demás que determinen las leyes” que utiliza el Código Penal en la norma citada, fue introducida por la Comisión Redactora del Código Penal a iniciativa del Comisionado José Clemente Fabres, con el fin de que no se incluyeran en el indulto a los efectos civiles de la

pena, constituidos por la pérdida de ciertos derechos o la posibilidad de ejercicio de ciertos cargos (por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad)⁵⁵⁵.

ii.iii) Clasificaciones del indulto.

ii.iii).a) Totales o parciales: La Clasificación se construye sobre la base de la extensión de las penas que sean objeto del beneficio, “según se comprenda a todas las penas tanto principales como accesorias, o solo remita o conmute parte de la penalidad originariamente impuesta”. Es indulto total, “el que comprende el perdón de todas las penas a que hubiere sido condenado el reo”⁵⁵⁶. Es indulto parcial, el que “comprende el perdón de parte de la pena o la conmutación de ella”⁵⁵⁷.

De acuerdo a lo expuesto, son indultos totales los que se extienden a todas las penas tanto principales como accesorias. Son indultos parciales, en cambio, aquellos que sólo se extienden a algunas de las penas principales y no a las accesorias (en el caso de que sean varias penas principales), o bien aquel que se refiere a las penas principales y no a las accesorias y también espacial, el indulto que sustituye una pena por otra.

ii.iii).b) Puros o condicionales. La clasificación está basada en los requisitos que se establecen para su otorgamiento, o bien en relación al establecimiento de un régimen de disciplina o de control, cargas pecuniarias que debe satisfacer el beneficiado por el indulto, las que en caso de no concurrir, ameritan la revocación de la medida de gracia.

Haciendo una analogía con la nomenclatura civil sobre la condición, puede hablarse de condiciones suspensivas o condiciones resolutorias relacionados con el indulto.

La doctrina nacional alude con esta clasificación al criterio de las condiciones que se requieren para que el indulto sea otorgado. En este sentido, es indulto puro y simple, “el que se otorga sin limitación ni condición alguna, no estando sujeto su otorgamiento y validez al cumplimiento de determinadas normas por parte del agraciado”⁵⁵⁸. Por su parte, es indulto condicional, “aquel que se concede bajo ciertas condiciones que el agraciado debe cumplir y a cuyo cumplimiento se subordina la eficacia de la gracia”⁵⁵⁹.

ii.iii).c) Generales y particulares: La clasificación atiende a la extensión de los beneficiados con la medida de gracia y la autoridad competente para su otorgamiento.

Son Indultos generales, los que benefician a todos los condenados por ciertos delitos o a todos los que se encuentran en determinadas circunstancias. El planteamiento implícito es la consideración de categorías plurales, delitos o beneficiados. Los particulares, son aquellos que se otorgan a uno o más sentenciados, basados en razones de carácter individual de los mismos, a petición de estos o de la autoridad penitenciaria.

Nos avocaremos, a continuación, a analizar cómo se regula en Chile el otorgamiento de indultos particulares a la luz del texto vigente en la materia, la ley 18.050.

⁵⁵⁵ **STONE VALENZUELA**, Sergio, “Indulto y amnistía”, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Sociedad Editora Italiana, Valparaiso, 1940, pág.49.

⁵⁵⁶ **STONE VALENZUELA**, Sergio, 1940, pág.54.

⁵⁵⁷ **STONE VALENZUELA**, Sergio, 1940, ídem.

⁵⁵⁸ **STONE VALENZUELA**, Sergio, 1940, pág.55.

⁵⁵⁹ **STONE VALENZUELA**, Sergio, 1940, ídem.

I)C).1).La Ley 18.050 sobre concesión de indultos particulares.

)C).1).i).Requisitos necesarios para el otorgamiento de indultos particulares.

a) Referidos al tipo de delitos (Art.1 ley 18.050)

-Regla general: Todo tipo de delitos.

-Excepción: Los delitos contemplados en la Ley 18.314 que tipifica conductas terroristas, de acuerdo al mandato establecido en el art.9 de la Constitución Política del Estado.

b) Referidos al estado procesal de la causa.

Ya se mencionó que sólo puede decretarse indulto particular respecto de sujetos con sentencia condenatoria ejecutoriada. No se contempla en la ley chilena la posibilidad de que se decrete la suspensión de la ejecución del fallo condenatorio por causa de haberse presentado una solicitud de indulto particular, como sí se produce en otros sistemas legales, por ejemplo, en el caso del sistema español, según veremos más adelante.

c) Referidos a circunstancias relacionadas con el cumplimiento de la condena.

c.1. En relación al lugar en que se encuentre el condenado:

No se concederá este tipo de indulto cuando el condenado no se encuentre cumpliendo condena en el respectivo establecimiento penitenciario si se trata de pena privativa de libertad (presidio, reclusión, prisión), o bien cuando el condenado se encuentre en una localidad distinta de aquella que se señaló en la sentencia en el caso que esté cumpliendo pena de relegación.

c.2 . En relación al tiempo transcurrido desde la presentación de una solicitud de indulto anteriormente.

En caso de que se haya efectuado con anterioridad una solicitud de indulto anterior y esta haya sido denegada, debe transcurrir, a lo menos, un año desde dicho hecho, a fin de que prospere, eventualmente, la nueva solicitud.

c.3.En cuanto al tiempo transcurrido desde que el condenado empezó a cumplir su condena.

La extensión del tiempo mínimo que el condenado debe haber cumplido de su condena, varía de acuerdo al tipo de conductas delictivas cometidas, la gravedad de las penas impuestas y, además, circunstancias personales referidas a la peligrosidad del sujeto. Las menciones de la ley de indultos operan sobre la base de una pena privativa o restrictiva de libertad, por lo que queda por determinar cómo operan estos requisitos respecto de otro tipo de penas (multas, inhabilidades especiales para ejercer ciertos cargos o ejercer profesiones titulares, o privativas o restrictivas de otros derechos).

c.4.En cuanto a las actividades delictivas y su incidencia en el tiempo de cumplimiento mínimo que se impone como requisito para obtener indulto

particular, podemos establecer la siguiente escala, ordenada de mayor a menor extensión de tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de condena:

c.4.i) Deben haberse cumplido, a lo menos, dos tercios de la pena impuesta, en caso de reincidentes, y de los que hubieren sido condenados por dos o más delitos que merezcan pena aflictiva, y por los delitos de parricidio, homicidio calificado, infanticidio, robo con intimidación en la hipótesis prevista en el número 1 del art.367 del Código Penal, y elaboración o tráfico de estupefacientes, dichos condenados (art.4 letra e).

c.4.ii) Para ser beneficiado por el indulto particular el condenado debe haber cumplido al menos la mitad de la condena impuesta, cuando haya sido sancionado como autor de los delitos comprendidos en los párrafos 5 y 6 del título V⁵⁶⁰, en los títulos VII⁵⁶¹ Y VIII⁵⁶², y en los párrafos 2, 3, 8 y 9 del título IX del Libro II del Código Penal. Se exceptúan de esta última exigencia, los que hubieren sido condenados por delito a los que la ley asigna una pena no superior a presidio, reclusión, confinamiento o relegación menores en su grado mínimo (art.4 letra d).

c.4.iii) Respecto de los que hubieren obtenido libertad condicional, y esta les hubiere sido revocada y no fueren merecedores del indulto según el parecer del Tribunal de Conducta del respectivo establecimiento (art-4 letra f),

c.4.iv) Regla de clausura: No obstante lo mencionado, puede solicitar cualquier condenado a quien le faltaren para cumplir menos de tres meses de su condena.

c.5.En cuanto a circunstancias referidas a la conducta anterior del solicitante de indulto.

No debe tratarse de delincuentes habituales, ni tampoco de sujetos que hubieren recibido con anterioridad un indulto particular.

Este tipo de consideraciones se fundamentan en la peligrosidad del agente, lo que el legislador estima como argumento de prudencia para rechazar la solicitud de indulto.

I).D).El derecho de gracia y los delitos de terrorismo en Chile .

Efectuado el análisis del marco general del derecho de gracia en Chile, corresponde pasar a examinar la procedencia de estas medidas respecto de quienes se vieren involucrados en conductas tipificadas como terroristas.

Como se recordará, hemos caracterizado al terrorismo como una calificada forma de violencia política ilegítima. En dicho entendido, concordantemente con las modalidades que

⁵⁶⁰ Título V, párrafo 5 libro II Código Penal: “Malversación de caudales públicos”, arts.233 al 238 del Código Penal;

párrafo 6°: “Fraudes y exacciones ilegales”, arts.239 al 241 del Código Penal.

⁵⁶¹ “Hímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”

⁵⁶² “Violación de secretos “arts 246 a 247 bis.

el terrorismo como acción política puede representar, nos referiremos a la procedencia de las medidas de gracia respecto de las modalidades insurgente y vigilante del mismo, en especial respecto de esta última, en su modalidad especial de terrorismo de Estado.

La contingencia histórica de los últimos treinta años amerita el examen particularizado de la materia que nos ocupa, para determinar cómo se ha plasmado en el texto constitucional y en los concretos actos legales de gracia, la consagración de estas medidas, y en especial las modificaciones legales y constitucionales que ha experimentado la materia en nuestro sistema legal.

Para ello dividiremos nuestro examen en dos partes, de acuerdo a como se ha concretizado el terrorismo insurgente y el terrorismo de Estado en Chile, a partir del 11 de septiembre de 1973, momento que marca el advenimiento de la dictadura militar del General Augusto Pinochet. Para el caso especial del terrorismo de Estado en Chile, en la contingencia histórica nacional reciente, nos avocaremos a analizar el fundamental texto pertinente en la materia, el Decreto Ley 2191 del año 1978.

I).D).1).El Derecho de gracia respecto de conductas de terrorismo de Estado.

Recordaremos que en el capítulo segundo, hemos caracterizado el terrorismo como una calificada forma de violencia política ilegítima. Además, al ocuparnos de las clasificaciones del terrorismo, primacía hemos conferido a aquella clasificación que distinguía entre dos formas elementales del fenómeno, en atención al elemento ideológico: terrorismo insurgente y terrorismo vigilante. Dentro de esta segunda forma de terrorismo, especial interés hemos otorgado a la consideración del terrorismo de Estado. Siguiendo dicho esquema conceptual, nos referiremos en este apartado a la procedencia de la amnistía respecto de ambos tipos de terrorismo en Chile.

La práctica legislativa a lo largo de la historia nacional, se ha encargado de desvirtuar las motivaciones con que históricamente surgió la amnistía, desplazándose éstas desde fines exclusivamente políticos, de restablecimiento de la paz social con posterioridad a graves situaciones de conflicto, hasta derivar a una variedad de fines de importancia notoriamente menos apremiante para la estabilidad político institucional de las sociedades en que se aplica. Ejemplo de estos usos extraconflictuales lo constituyen varias leyes dictadas en Chile. Pueden mencionarse al respecto, distintas amnistías dictadas para favorecer a infractores de la ley de reclutamiento, amnistías destinadas a solucionar irregularidades en materia de inscripción de hijos, en materia de delitos funcionarios, ley de abusos de publicidad, por nombrar algunas.

No obstante lo señalado, la historia legislativa nacional puede dar cuenta del uso de este instrumento en momentos posteriores al acaecimiento de grave conflicto en la arena política. Los estudios históricos sobre la amnistía y el indulto en Chile lo confirman, pudiendo referirse en este sentido al uso de estas instituciones en el marco de políticas legislativas insertas en procesos de reconciliación o pacificación.

Jean Michel Simon⁵⁶³ en un reciente estudio, señala que responsabilidad criminal y reconciliación presentan perspectivas de contacto y relación, en términos positivos y negativos. En términos positivos, la responsabilidad criminal es condición de la reconciliación; en términos negativos, la exclusión de la responsabilidad criminal no es óbice de la posibilidad de reconciliación. Dicha relación ha tenido plasmación concreta en procesos históricos específicos a lo largo del siglo pasado y en el presente siglo en la

⁵⁶³ SIMON, Jan Michael, “Violencia masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad Criminal y Reconciliación”, Max Planck Institute for Foreign and International Law, Freiburg, 2003, págs.5 a 11.

perspectiva comparada. Las opciones han sido variadas, pudiendo establecerse distintos modelos de solución. Sin embargo, la sola constatación de la diversidad de modelos de tratamiento del problema no dice nada acerca de la bondad o virtud de cada enfoque

No ha sido uniforme la forma en que en los procesos de reconciliación nacional se ha hecho uso de la amnistía en Chile. Sin ser aventurados, es posible afirmar la existencia de tendencias claramente distinguibles en cómo las amnistías tradicionalmente se habían dado en la historia nacional, en relación con las situaciones de grave conflicto político, con anterioridad a la dictación del Decreto Ley de amnistía 2191 de 1978.

La conexión del Decreto Ley 2191 de 1978, en un reciente período de grave violación a los derechos humanos en nuestro país, hace necesario para efectos de este trabajo, abordar su procedencia en cuanto al terrorismo de Estado llevado a cabo durante dicho período de la historia nacional. Concretamente, el advenimiento de la dictadura militar en Chile durante la década del setenta, hizo uso del recurso a la amnistía en el conocido Decreto Ley 2191 de 1978, por lo cual su análisis constituye punto obligado al cual nos referiremos a continuación. De la dictadura militar legalizada arranca la legislación antiterrorista orientada ideológicamente en la perspectiva de sus autores a combatir un enemigo definido: el marxismo. La interrogante a explorar es, qué postura es posible tener respecto de la implementación de medidas de gracia, tales como la amnistía, en el caso de circunstancias relacionadas a terrorismo de Estado.

I).D).1).a)El decreto Ley de amnistía 2191 de 1978 y los actos de terrorismo de Estado .

El ámbito de aplicación temporal del período que pretende cubrir esta normativa, se extiende a los hechos delictivos comprendidos entre los días 11 de septiembre de 1973 y 11 de marzo de 1978. Se extiende en cuanto a los sujetos beneficiados por esta medida de gracia, a los autores, cómplices y encubridores de delitos cometidos entre las fechas citadas anteriormente, con la excepción de determinadas figuras penales que el propio decreto ley se encarga de señalar, entre las cuales se encuentran los “delitos terroristas”, en el sentido de actos de terrorismo insurgente.

I).D).1).a.i) Problemas de legitimidad y aplicación del Decreto ley 2191.

Se ha discutido en contra del Decreto Ley de amnistía 2191 y su legitimidad, desde variadas perspectivas, atendiendo a distintos argumentos.

SZCZARANSKI⁵⁶⁴ ha resumido los argumentos contrarios a la aplicabilidad del Decreto Ley 2191, en los siguientes términos: “Para algunos la aplicación de la amnistía es sinónimo de impunidad y cuestionan el origen o génesis del Decreto Ley 2.191 de 1978, negando su vigencia ante el ordenamiento jurídico interno. Se señala críticamente, además, que aplicar la amnistía decretada en el 1978 es denegación de justicia; que es un arbitrio unilateral de los propios culpables, quienes se habrían autoamnistiado contraviniendo los Convenios de Ginebra. Se observa, también que la aplicación del Decreto Ley 2191 significa una contravención de los tratados internacionales que tutelan los Derechos Humanos y que se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno vía artículo 5 de la Constitución Política del Estado”.

⁵⁶⁴ SZCZARANSKI, Clara Leonora, “El Perdón Social”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°10, Diciembre de 2003, Andros Impresores, Santiago, 2003, págs. 76 y 77.

Las ideas centrales de la que denominaremos “Tesis Szczaranski”, que sustentan su discrepancia respecto a las críticas a la amnistía mencionadas en el párrafo anterior, descansan fundamentalmente en la distinción de los siguientes elementos: i) Estimación de la amnistía como un caso de excusa legal absoluta; ii) Distinción entre amnistías propias e impropias, y caracterización de la amnistía del DL 2191, como un caso de amnistía impropia; iii) Una determinada postura en torno a los fines de la pena (prevención especial positiva); iv) El rechazo a los elementos de carácter internacional relevantes en contra de la amnistía del año 1978, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, y su entendimiento que el castigo penal no importa necesariamente cumplimiento de condena.

Nuestro objetivo explícito, será refutar ciertos argumentos contenidos en la “tesis Szczaranski”. En lo posible seguiremos para ello, su mismo esquema de argumentación, que distingue entre razones de carácter interno⁵⁶⁵ y razones de Derecho Internacional. Respecto al Derecho Interno, asumiremos la validez simplemente legal del Decreto Ley 2191, pero sosteniendo su ilegitimidad, a la sola luz del Derecho nacional, concentrando nuestra refutación en los aspectos de carácter internacional. En relación a este último aspecto, en especial, en cuanto a cuestiones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en lo relacionado a problemas de Derecho Humanitario, nos extenderemos con mayor profundidad cuando lo estimemos pertinente.

En lo relativo al carácter de excusa legal absoluta de la amnistía, creemos suficientemente descartada tal conclusión, atendiendo a los argumentos señalados con anterioridad, cuando nos ocupamos de la característica del carácter general de la amnistía, y la incompatibilidad de dicho carácter, con el fundamento personal de la excusa legal absoluta.

Pasemos ahora a los elementos de carácter internacional involucrados. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, prescribe a los Estados obligaciones de distinto carácter, las que estos deben cumplir en atención al denominado “deber de garantía” que les compete a los mismos en la protección de los derechos humanos. Dicho deber de garantía se traduce en cuatro obligaciones específicas⁵⁶⁶:

- a) La obligación de investigar;
- b) La obligación de traducir en justicia y sanción a los responsables en las violaciones a los derechos humanos;
- c) La obligación de brindar justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares;
- d) La obligación de la establecer la verdad acerca de los hechos.

⁵⁶⁵ Expresivo de este tipo de cuestionamientos lo constituye el parecer de Mera, en el sentido que, desde el comienzo, el Decreto Ley 2191 de 1978 fue percibido por la unanimidad de las fuerzas políticas y sociales del país opositores a la dictadura de Pinochet, no como una verdadera amnistía, sino como una violación más de derechos humanos: “un abuso del autoconcedido Poder legislativo que desnaturalizaba el recto sentido de la institución”. Frente al innegable cúmulo de hechos que no permitían seguir negando la existencia de violaciones a derechos humanos, señala Mera, se habría utilizado el recurso de argumentar su justificación en los supuestos contextos en que ellas se habrían producido: una supuesta guerra civil o el combate contra la sublevación armada.; así en **MERA FIGUEROA**, Jorge, “El Decreto Ley de amnistía N°2191 de 1978 y la exigencia de la justicia por la violación a los derechos humanos”, en Revista de Ciencias Penales, 5ª Época, Tomo XLI, Volumen 2, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, págs.88 y 89.

⁵⁶⁶ **RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO**, Hugo, y **ANDREU-GUZMÁN**, Federico, “Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del decreto Ley de amnistía N° 2191 de 1978 de Chile y el Derecho Internacional”, en **A.A.V.V.**, CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL PUEBLO, Codepu, Serie Opinión y Perspectivas N°7, Lom Ediciones, Santiago, 2001, pág.11.

Nos referiremos en particular a la obligación señalada en la letra b), por su importancia en cuanto a su carácter de Derecho Penal Sustancial, núcleo de interés de nuestra investigación. En atención a la obligación contenida en la letra a), concordamos con SZSZARANSKI, así como con la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales de Justicia, en el sentido que el DL 2191 no es obstáculo para investigar. Por su carácter eminente procesal no nos referiremos sin embargo a ella.

SZSZARANSKI, comentando el parecer de MERA sobre la evolución de la Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al rechazo de ciertas amnistías dictadas en Latinoamérica por constituir infracción a la normativa regional en materia de Derechos Humanos, conclusiones que a partir de dichos fallos, extrae el autor comentado, en el sentido un obstáculo al cumplimiento de dicha obligación. Se habla en esta dirección de la amnistía como categoría de impunidad jurídica, en oposición a la categoría impunidad fáctica. Se pregunta en este punto respecto del alcance del deber de penalizar que emana de la obligación que comentamos, según se extienda sólo a la imposición de la pena o a su efectivo cumplimiento.

Independiente del reconocimiento de cuestiones de carácter filosófico susceptibles de esgrimir, en torno al papel meramente retributivo o preventivo de la pena, analicemos de lege lata, a la luz del Derecho Interno, si es correcta la afirmación de que punición no importa necesariamente cumplimiento de pena.

Tomemos como referencia la pena privativa de libertad, por su preeminencia en los sistemas penales en cuanto medio de intervención punitiva. Asumimos la existencia de instrumentos alternativos a la pena, tales como los contenidos en la ley 18.216 sobre medidas alternativas a la pena.

La pregunta que surge en este punto es si importa en algo para efectos de prescindir del cumplimiento de la pena, en el sentido de prisionización, la gravedad de la conducta cometida. La mera lectura de la Ley 18.216 es concluyente. No toda conducta punible es susceptible de los beneficios contenidos en ella. Se establecen límites, en cuanto a que su aplicación no procede cuando se trate de ilícitos penales que tengan asignada una pena superior a cinco años, en el caso de la libertad vigilada, la medida alternativa establecida en el límite superior de los ilícitos penales.

El examen efectuado nos lleva a concluir, que no es indiferente la gravedad de la conducta para efectos de prescindir de pena y, en concreto, de pena privativa de libertad. La exclusión no es ciega, y se orienta en una jerarquización de las conductas entre más graves y menos graves, dentro de límites que consideran máximos posibles de pena que ameritan el uso de la alternativa a la pena. Excedidos los límites máximos, no hay medidas alternativas al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

Avoquémonos al punto que nos merece mayor polémica respecto a la tesis que pretendemos controvertir, y que se refiere a la conexión de la amnistía del Decreto 2191 y el derecho Humanitario. SZSZARANSKI⁵⁶⁷ resume los problemas que se plantean al efecto en los siguientes:

Aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Se requiere determinar sobre el particular, la existencia en Chile de un conflicto armado de aquellos regulados por dichos Convenios.

Determinar si la amnistía del DL2191 constituyó un acto de autoamnistía.

⁵⁶⁷ SZSZARANSKI, Clara Leonora, "El Perdón Social", en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°10, Diciembre de 2003, Andros Impresores, Santiago, 2003, pág83.

La tesis a refutar señala, en relación al primer punto que, en el caso chileno, no existió un conflicto armado de la naturaleza de aquellos que regulan los Convenios de Ginebra, en el período comprendido por el Decreto Ley de amnistía 2191 de 1978. El argumento se basa en el ámbito de regulación de los Convenios de Ginebra. Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se refieren, en concepto de la tesis que comentamos, a las guerras entre Estados y solo el art.3 común y el Protocolo Adicional II de 1977 se referiría a conflictos armados de carácter interno. El art.1º del Protocolo Adicional II establece su campo de aplicación a determinados conflictos armados de carácter interno, en razón de elementos estructurales y funcionales presentes en el conflicto armado.

En concreto, señala la autora citada: “Esta precisión del protocolo que, como veremos complementa e interpreta el referido artículo 3 común, sin constituir nueva normativa, excluye los hechos sucedidos en Chile entre 1973 y 1978 de su aplicación, en cuanto ninguna fuerza con dominio de parte del territorio nacional y con mando responsable capaz de asumir por su parte las obligaciones de Ginebra se enfrentó a la ocupación del país por las Fuerzas Armadas de Chile. Los hechos de violencia se vivieron en el marco de una guerra unilateral de ocupación a la cual resistieron diversos grupos, cada uno celular o pequeño, y personas aisladas”⁵⁶⁸.

Prosigue la tesis contraria, argumentando en torno a la existencia de sólo la existencia de una fuerza que se hallaba en condiciones de cumplir con los requisitos de la normativa de Ginebra, señalando que, la ocupación efectiva de todo el territorio nacional y el mando responsable correspondiente, sólo se encontraba en manos de las fuerzas armadas del Estado de Chile, no sin dejar de reconocer esta tesis, la falta de acuerdo respecto a la existencia de una “guerra formal” en los términos propuestos por los Convenios de Ginebra, citando pareceres jurisprudenciales disímiles al efecto⁵⁶⁹.

En cuanto al carácter de autoamnistía que se predica respecto del Decreto Ley 2191 de 1978, la tesis contraria niega tal carácter, en atención al sentido temporal de los distintos momentos de dictación y aplicación del citado decreto, por autoridades distintas, de manera tal, que, atendido el hecho de tratarse dicho cuerpo legal de un caso de “amnistía impropia”, “excluyente de pena pero no de proceso ni de condena”, “la amnistía decretada en Chile no es de aquellas que el hechor aplica así mismo excluyendo la función jurisdiccional posterior”.

De lo señalado, deduce SZCZARANSKI: “la amnistía decretada en Chile involucra condenas impuestas por un tercero, distinto de quien dictó la amnistía y distinto de los mismos infractores: el Poder Judicial del nuevo Estado y, ello, en nuestro concepto, impide considerar como autoamnistía o autoexoneración la amnistía impropia decretada en nuestro país”⁵⁷⁰.

Sigamos el razonamiento citado y hagámonos algunas preguntas: ¿cuál es el Estado que dictó el DL 2191 de 1978? ¿Cuál es el Estado que lo aplica en causas judiciales concretas? Seguramente, el lector responderá: un mismo Estado, el Estado de Chile. Otra cuestión es que sean autoridades distintas (el decreto ley 2191 de 1978 fue dictado por el Ejecutivo de la época; se ha aplicado, en cambio, por parte del Poder Judicial con posterioridad a su dictación), pero sigue tratándose del mismo Estado. El gobierno,

⁵⁶⁸ SZCZARANSKI, Clara Leonora, “El Perdón Social”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°10, Diciembre de 2003, Andros Impresores, Santiago, 2003, pág. 85.

⁵⁶⁹ SZCZARANSKI, Clara Leonora. Ídem, pág.86.

⁵⁷⁰ SZCZARANSKI, Clara Leonora. Ídem, pág.90.

entendiendo por tal el Ejecutivo, es un “poder del Estado”, lo mismo puede decirse del Poder Judicial. ¿Es lógica la interpretación que comentamos? Categóricamente no lo es.

A continuación, haremos algunos alcances de carácter general respecto a Derecho Humanitario, que serán ilustrativos para fundamentar la incorrección de la tesis contraria.

E *x*curso :Algunas consideraciones sobre derecho Derecho Internacional Humanitario y el DL 2191 de 1978.

Por Derecho Internacional Humanitario, entendemos, en términos generales, aquella rama del derecho que se preocupa de la regulación de los “conflictos armados” y que, por tanto, se aplica, “toda vez que se recurra a la fuerza armada entre los Estados, a los enfrentamientos armados de baja intensidad entre autoridades estatales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado⁵⁷¹”.

El Comité Internacional de la Cruz Roja refiriéndose al Derecho Humanitario ha señalado: “el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados significa las reglas internacionales, establecidas por tratados o costumbres, las cuales están dirigidas específicamente a resolver directamente los problemas humanitarios que surgen en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y las cuales, por razones humanitarias, limitan el derecho de las partes en un conflicto a utilizar métodos y medios de guerra de su elección o a proteger a personas y propiedades que son o pueden ser afectados por el conflicto⁵⁷²”.

Si el terrorismo es concebido como un método de combate, una estrategia, lo lógico sería buscar las reglas que lo regulan, en cuanto uso de la fuerza, en el derecho aplicable a los conflictos armados⁵⁷³. Las conclusiones que es posible derivar de la aseveración anterior son objeto de serias objeciones entre los autores y no están exentas de polémica, en la cual buena parte de los tratadistas se manifiestan contrarios a la misma, atendidas las consecuencias que implicaría la aceptación de aseveraciones de este tipo, por ejemplo, el status conferido a las partes en conflicto por aplicación de las normas de Derecho Humanitario.

La no aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las situaciones de terrorismo se produciría en atención al hecho de que el Derecho Internacional Humanitario no reconocería a los terroristas el carácter de “combatiente”, por no cumplir los terroristas los requisitos para que se les otorgue tal calidad. En este sentido se ha señalado: “Para que el Derecho considere como combatientes a los miembros de un grupo guerrillero, están que actúen identificándose como tales, que obedezcan a una organización con jefe responsable, que ataquen sólo a objetivos militares⁵⁷⁴”.

Se excluyen de la aplicación de las normas humanitarias, situaciones de conflicto o tensión interna, como las manifestaciones sin un plan concertado regidos por el ámbito

⁵⁷¹ **ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS**, “Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos”, 2002, pág.57

⁵⁷² **COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA E INSTITUTO HENRI DUNANT**, “Bibliography of Internacional Humanitarian Law aplicable in armed conflicts”, 1987, pág. XVIII, citado por **CAMARGO**, Pedro Pablo, “Derecho Internacional Humanitario”. Tomo I, Jurídica Radar Ediciones, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág.25.

⁵⁷³ **SWINARSKI**, Cristophe, “Del Terrorismo en el Derecho Internacional Público”, en **A.A.V.V.**, **VALLADARES**, Gabriel Pablo (compilador), “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos”, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, pág.536.

⁵⁷⁴ **VIERA GALLO**, José Antonio y **SÁNCHEZ ORTÚZAR**, Domingo, “Reflexiones sobre el Terrorismo: Exigencias de una política democrática”, Centro de Estudios del Desarrollo, Materiales de Discusión, Santiago, 1987, pág.4.

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no por el Derecho Humanitario al no cumplirse en dichas situaciones con los requisitos espaciales y estructurales de los conflictos armados, ya sean de carácter internacional o de carácter no internacional, calificación que es objetiva, y que se basa en elementos tales como la naturaleza y el grado de las hostilidades, y para lo cual no es relevante al efecto la interpretación que las partes en conflicto hagan sobre el carácter del conflicto o las motivaciones que dichas partes manifiesten en el mismo⁵⁷⁵.

En opiniones como las anteriores se sustenta la “tesis Sczsaranski”, entendiéndose que el art.3 Común de los Convenios de Ginebra sólo se aplica en caso de conflicto interno que cumpla con determinados caracteres: ocupación efectiva del territorio, existencia de dos bandos en conflicto y mando responsable respecto de cada bando. Sin embargo, dicha interpretación, que puede ser caracterizada como la tradicional sobre la materia, ha sido objeto de polémica entre la doctrina.

Un parecer distinto al que hemos denominado “tradicional”, han sustentado IRIGOIN Y ESPALAT. Dando cuenta de la evolución en la interpretación de la norma del art.3 Común de los citados Convenios, señalan dichas autoras, que en una primera época la interpretación sobre dicha norma giró en los términos del sentido de una guerra civil, en sentido clásico. Esta primera postura, se sustentaba fundamentalmente en la exigencia de control de una de las partes del territorio por las partes del conflicto, mientras que otros retomaban el criterio subjetivo del reconocimiento de beligerancia, en tanto reconocimiento del conflicto interno por parte del Gobierno establecido, como requisito de aplicación del art.3 Común. Tales interpretaciones habrían sido desplazadas posteriormente, en el seno de las discusiones internacionales⁵⁷⁶.

Las autoras cuyo opinión comentamos, al analizar la jurisprudencia de los últimos años en materia de Decreto Ley 2191 y aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, y constatando la discrepancia de doctrina entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Militar chilena sobre el punto, reparan en la importancia que para ambas sedes jurisdiccionales tiene el punto relativo a la existencia de un estado de guerra en Chile, durante el período cubierto por la amnistía, para solucionar el problema de la aplicación de los Convenios de Ginebra.

En este punto IRIGOIN Y ESPALAT, rechazan la importancia de dilucidar si dicho estado de guerra se produjo, para que proceda la aplicación del art.3 Común. Ello es innecesario, señalan, atendido el carácter humanitario del propósito y contenido del art. 3 Común, el que procuraría beneficiar a la mayor gama de personas que se encuentre en la situación de conflicto, erigiéndose las prohibiciones contenidas en él en tan fundamentales, que no admiten una interpretación que restrinja su aplicación sólo a aquellos casos en que exista “una guerra, esto es de un conflicto armado interno en el que deban darse copulativamente un enfrentamiento entre las fuerzas armadas con fuerzas armadas disidentes o grupos organizados, existencia de un mando responsable de estas últimas,

⁵⁷⁵ **ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, “Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos”, 2002, págs.57 y 58.

⁵⁷⁶ **IRIGOIN BARRENE**, Jeannette, y **ESPALAT LARSON**, Astrid, “Las normas sobre de Derecho Internacional Humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile”, en **A.A.V.V., VALLADARES**, Gabriel Pablo (compilador), “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos”, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, págs.351 a 353.

realización de operaciones militares sostenidas y concertadas, así como control de una parte del territorio del Estado por parte de los disidentes”⁵⁷⁷

El uso del terrorismo, en conflictos armados de carácter internacional o no internacional, se produce en circunstancias que la violencia terrorista organizada de lugar a un conflicto de dicho tipo, o bien en que las fuerzas armadas de un Estado libran combate contra grupos armados de relativa organización en el territorio de un Estado, en ocasiones con el apoyo de terceros Estados⁵⁷⁸.

En ambos casos, tratése de conflicto internacional o de carácter no internacional, se activan las normas de Derecho Humanitario, inclusive si la violencia terrorista se produce fuera de combate, mientras la violencia terrorista mantenga su vinculación con el conflicto armado.

Es posible reconocer la condena del terrorismo como método de guerra, ya en las instrucciones Lieber impartidas para las fuerzas armadas de los Estados Unidos de Norteamérica durante el siglo XIX. Más adelante en el tiempo, en el proceso de codificación del Derecho Humanitario se consagran otras reglas específicas sobre el uso del terror en conflictos armados. Así en la regla de prohibición general de combatir sin cuartel, en el art.23 (d) de las Reglas de la Haya de 1907, lo cual es confirmado en el art.40 del Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra de 1977; En los Convenios de Ginebra de 1949, en especial el Convenio IV (art.33.1); en caso de conflicto armado internacional con la referencia expresa de los Protocolos Adicionales de 1977, donde se prohíben los actos o amenazas de violencia con el objeto principal de aterrorizar a la población civil (art.51.2); finalmente, en los arts.43.1 y 44.2 del mismo Protocolo, con idéntica finalidad⁵⁷⁹.

A los conflictos armados de carácter no internacional se refiere, sin definirlos, el art. 3 Común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el cual consagra una serie de reglas mínimas de protección que deben respetar las partes en conflicto. Señala la norma en cuestión: *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto, tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

“1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los Miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquiera otra causa, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio.

A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañen a las personas arriba mencionadas:

⁵⁷⁷ **IRIGOIN BARRENE**, Jeannette, y **ESPALIAT LARSON**, Astrid, 2003, pág.358. Un camino alternativo a la tesis de estas autoras, puede sostenerse en base a la dictación de la legislación sobre estados de excepción constitucional que rigió para el período que cubre el Decreto Ley 2191, la que haría presumir que las autoridades de la época operaron sobre la base del estado de guerra, en atención a lo dispuesto por ejemplo por el 418 del Código de Justicia Militar, los Decretos Leyes 5 y 640 y 641 de 1974. Para un análisis en dicha línea argumental, **ZÚÑIGA URBINA**, Francisco, “Amnistía ante la Jurisprudencia (Derechos Humanos como límite al ejercicio de la Soberanía), en Revista Ius et Praxis. Derecho en la Región, .Monográfico” Constitución y Tratados Internacionales”, Año2, N°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca, 1997, págs.190 a 198.

⁵⁷⁸ **ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, “Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos”, 2002, pág.72.

⁵⁷⁹ **SWINARSKI**, Cristophe, “Del Terrorismo...”, en **VALLADARES**, Gabriel (compilador), 2003, pág.537.

a) *Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.*

b) *La toma de rehenes;*

c) *Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos crueles y degradantes;*

d) *Las conductas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2) *Los heridos y los enfermos serán reconocidos y asistidos”.*

Por su parte, el Protocolo adicional II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra al señalar el campo de aplicación de dicho protocolo, establece:

“1. El presente Protocolo... se aplicará a todos los conflictos que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre un aparte de dicho territorio un control tal, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia, y otros análogos que no son conflictos armados”.

La relación entre el citado art. 3 Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de 1977, permite concluir que el Protocolo II adiciona y desarrolla las reglas generales señalados en el art. 3 común, sin modificar sus condiciones de aplicación. Esto quiere decir que, en caso en que se cumplan las condiciones señaladas en el Protocolo II, dichas situaciones se rigen conjuntamente por ambas normas. En cambio, en caso de conflicto armado no internacional que no cumpla los requisitos contemplados en el Protocolo II, conserva su vigencia el art. 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁸⁰.

De importante valor son las observaciones que sobre esta materia manifiesta Gasser⁵⁸¹ en el sentido que, ni el Art. 3 Común de los Convenios de Ginebra ni el Protocolo Adicional II de 1977, contienen ninguna disposición sobre la responsabilidad penal por los comportamientos (delictivos) en un conflicto armado interno. Incumbe a las jurisdicciones nacionales enjuiciar a las personas que han cometido crímenes en esos contextos.

Ahora bien, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), en una importante decisión⁵⁸², llegó a la conclusión de que los crímenes más atroces cometidos en un conflicto no internacional deben ser considerados crímenes internacionales. Por lo tanto, las normas internacionales son aplicables para enjuiciar a una persona acusada de haber cometido un crimen en un conflicto interno. Esto significa que los actos de terrorismo cometidos en un conflicto no internacional pueden constituir infracciones graves tal y como

⁵⁸⁰ GOLDMAN, Robert K., “Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y conflictos armados internos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos N°12, Julio –Diciembre de 1990, San José de Costa Rica, 1990, págs.27 y 28. En igual sentido, BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, “Los Crímenes de Derecho Internacional y los conflictos armados no internacionales”, en Revista de Derecho, Año 1, Diciembre de 2000, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2000, pág.152.

⁵⁸¹ GASSER, Hans-Peter, “Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 847 ,2002, en www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList521/200E562FAB1CB42AC1256DE2003426A9

⁵⁸² *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Caso n° IT-94-1-AR 72, Sala de Apelaciones del TPIY, 2 de octubre de 1996.

se definen en los Convenios de Ginebra de 1949. En estos casos son aplicables las mismas normas relativas a la jurisdicción de los Estados o de la Corte Internacional Penal.

Respecto a las amnistías respecto de delitos cometidos en contextos de conflicto armado, el Derecho Humanitario no excluye, a priori, la validez de tales medidas. Señala AMBOS⁵⁸³, que esta rama del Derecho está de acuerdo, en principio, con una amnistía luego de la finalización de un conflicto no internacional, de acuerdo a lo que prescribe el propio Protocolo Adicional II, en orden a que las partes del conflicto deben esforzarse por garantizar una amnistía lo más amplia posible. La orientación señalada, sin embargo, debe entenderse en concordancia, con su compatibilidad respecto de las normas que establecen penalizar los crímenes de guerra. De todo lo cual, se extrae como conclusión, que dichas amnistías sólo pueden extenderse a aquellos hechos que no se encuentren cubiertos por el deber de penalización.

Respecto a las denominadas “autoamnistías”, ha de mencionarse que el Derecho Humanitario no las admitiría, pero las razones de tal rechazo no son claras en la doctrina. Podría sostenerse, como lo hace AMBOS⁵⁸⁴, que las amnistías que consisten en “favorecimiento externo” (esto es, aquellas que favorecen a terceros que no tienen vinculación con la autoridad que decreta la medida), sólo constituyen un acto de poder soberano, consistente en imponer una sanción y luego retirarla, mientras que las autoamnistías son ilegítimas por actuar en ellas la autoridad como “juez en asuntos propios”, es decir, en forma interesada a objeto de excluir intencionadamente la sanción de las conductas amnistiadas. Sin embargo, ello no nos parece suficiente.

Un buen punto de fundamentación del rechazo de las autoamnistías puede ser construido en base a consideraciones de teoría de la pena. Sobre el particular, reconocemos como válidas algunas observaciones de MAÑALICH⁵⁸⁵, sobre la amnistía del DL 2191 de 1978.

En cuanto causal de impunidad jurídica, MAÑALICH, en base a elementos traídos desde la teoría de los actos de habla y orientado en una visión normativizada del derecho penal, con evidentes referencias a JAKOBS, habla de un equivalente funcional de la amnistía respecto de la pena y el sentido expresivo de esta última, en cuanto acto comunicativo. Si la pena es confirmación en el reconocimiento de la vigencia de la norma, dirigida a solucionar el conflicto (acto contrario a dicha vigencia y vigencia de la norma), que la amnistía sea equivalente funcional de la pena, significa que la amnistía debe solucionar el conflicto anotado sin pena.

La amnistía del DL 2191 de 1978, en conceptos del autor citado, constituiría una contradicción performativa del sentido de la pena. Lo anterior no puede significar, en términos de dicho autor, que “la expectativa de garantía del ciudadano en contra de actos de terror estatal era infundada”; luego, la expectativa defraudada “debe ser mantenida, a pesar y en contra de su defraudación”. Finalmente, el autor citado, se opone al sentido performativo de la amnistía del DL 2191 por cuanto el carácter de auto-amnistía de dicho cuerpo legal, defrauda el carácter ilocucionario de equivalente funcional de la pena, (en

⁵⁸³ AMBOS, Kai, “Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico sobre Colombia, Perú, Chile y Argentina”, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck, Comisión Andina de Juristas, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997, págs. 281 a 283.

⁵⁸⁴ AMBOS, Kai, Medellín, 1997, págs. 284 a 287.

⁵⁸⁵ MAÑALICH, Juan Pablo, “El secuestro como delito permanente y el DL de amnistía”, en Revista de Estudios de la Justicia”, N°5, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 2005, págs. 25 a 28.

otros términos, defrauda la expectativa de indemnidad frente a actos de terror estatal) y por tanto debe desecharse en cuanto a cuerpo válido.

A lo ya mencionado, en nuestra opinión, la inaplicabilidad del DL de amnistía en caso de graves violaciones de los derechos humanos, cometidos durante el período cubierto por el Decreto Ley 2191 de 1978, constituye la única vía posible de armonización de las medidas de derecho de gracia con la evolución que ha experimentado el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Humanitario, dado la falta de voluntad política eficaz, a nivel legislativo, para acometer dicha tarea⁵⁸⁶.

El Estado es uno sólo y el poder soberano, correspondientemente, también lo es, independiente de la separación que para su ejercicio sustenta la división del mismo en tres funciones, con ejercicio preeminente pero no exclusivo en órganos diferenciados. Si el Poder Legislativo no ha sido capaz en Chile de encarar, con efectos generales, la tarea de armonización que señalamos con anterioridad corresponde al Poder Judicial, llevar a cabo dicha tarea, caso a caso.

I).D).2).Aplicación de actos de gracia respecto de actos de terrorismo insurgente en Chile.

El examen se orientará a la distinción de períodos temporales definidos. En primer lugar, se examinará la procedencia de medidas de gracia para esta clase de delitos durante el período 1973-1990. Respecto de este período, se constan regularidades en la política criminal de la autoridad de turno en torno al ejercicio de gracia a favor de sujetos involucrados en terrorismo insurgente, tendencia que habrá de plasmarse en definitiva en el texto de la Constitución Política de 1980. La segunda parte, abarcará el examen del período posterior hasta el año 2004. El examen de ambos períodos, tiene por finalidad destacar las diferencias existentes entre la política implementada por las autoridades de cada época, respecto al otorgamiento de medidas de gracia en beneficio de sujetos involucrados en actos de terrorismo insurgente.

I).D).2).a). Actos de gracia por conductas de terrorismo insurgente durante el período 1973-1990.

No se otorgaron durante este período amnistías ni indultos por actos de terrorismo insurgente. Representativa de esta tendencia fue la exclusión que respecto de delitos de terrorismo contiene el Decreto Ley 2191. Por su parte, respecto del uso del indulto, los indultos generales dictadas durante el período que va desde 1974 a 1980, se preocuparon explícitamente de excluir de dicho beneficio a tales delitos.

La explicación de la política criminal de la época es comprensible atendiendo el sentido general del uso del derecho de gracia durante este período, que dividió a la delincuencia en dos núcleos de sujetos, de los cuales excluyó a los responsables por conductas de terrorismo insurgente. En este sentido, se siguió una determinada política criminal respecto de la delincuencia común y otra referida a actos de violencia política.

⁵⁸⁶ Con carácter excepcional y sin concreción posterior en tanto texto legal, se consigna la “Moción de los diputados señores Aguiló, Bustos, Robles, Accorsi, Tapia, Saffirio, Navarro, Ascencio, Rossi y Riveros. Proyecto de ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. (boletín N° 3345-07). La Aludida moción a través del recurso de una ley interpretativa, armonizar el indulto, las causales de extinción de la responsabilidad penal, en concreto , el indulto y la amnistía con el Derecho Internacional , prescribiendo que respecto de los crímenes internacionales no era procedente el uso del Derecho de Gracia.

Respecto del primer grupo de delitos, se observa en el período que media entre el 11 de septiembre de 1973 a 1990, una política encaminada, preferentemente, al uso de medidas de derecho de gracia como parte de una política de mayor alcance destinada a introducir cambios en el sistema penitenciario de la época, con fuerte énfasis en la prevención especial positiva para efectos de determinar los sujetos merecedores de indulto. Los sujetos beneficiados serán aquellos que aparecen como eventualmente “recuperables” y son elegidos en relación a variados criterios, entre los cuales podemos señalar, la gravedad de los ilícitos cometidos y las penas impuestas por ellos, la calidad de “delincuentes primarios”, consideraciones de carácter etareo, de género, por nombrar algunos⁵⁸⁷.

Respecto al segundo grupo de conductas, conformadas por actos de violencia política, como destacan Loveman y Lira⁵⁸⁸, producto de la actividad represiva de la dictadura militar luego del golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973, numerosas solicitudes de indulto, conmutaciones de pena y amnistía por las condenas impuestas a la disidencia política serían presentados al gobierno en el período 1973-1981. La política gubernamental de la época paralelamente buscó la reparación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y civiles víctimas de actos de violencia política durante la década del setenta.

Se genera así una política gubernamental de doble vía respecto de la oposición: medidas represivas a los opositores que no se rindan y medidas de reconciliación a los que abjuraran de las creencias y actividades “herético-subversivas” y se sumaran al acatamiento del régimen triunfante. En cuanto a las medidas concretas de gracia se resucita el uso de los indultos generales y se dictan algunas amnistías (la más importante, el denominado Decreto Ley 2191 de 1978, que excluyo a los delitos de terrorismo), así como también se hace uso del instituto del indulto particular.

Como ejemplos de actos de gracia, respecto de esta segunda categoría de conductas, pueden mencionarse los siguientes:

⁵⁸⁷ Así, por ejemplo, el Decreto Ley N°213 de 24 de diciembre de 1973, concede indulto general a personas condenadas por primera vez, por crímenes o simples delitos, a penas cuya duración no exceda en total de tres años de presidio o reclusión, que se encuentren privadas de libertad en los establecimientos penales del país o estén gozando de libertad, y hayan cumplido a lo menos un año de la pena a que fueren sancionadas. Respecto de los reclusos condenados a presidio o reclusión de tres años y un día a 5 años, se les reduciría de la condena impuesta tres años por cada año o fracción superior a seis meses, y los condenados a penas de cinco años y un día a veinte años de presidio o reclusión serían objeto de una rebaja de dos meses por años o fracción superior a seis meses. Idéntica regla se aplicaría a aquellos que se encontraran sujetos a libertad condicional. Penas superiores a veinte años: se reducirán en su duración a veinte años, estando afectas a rebaja ya mencionadas respecto de condenados a penas entre cinco años y un día y veinte años. Todos los indultados quedarían afectos a régimen de vigilancia por parte del Patronato Nacional de Reos, por el tiempo que comprendiera la pena indultada. Por su parte, con el Decreto Ley N°1805, publicado en el Diario Oficial de 28 de mayo de 1977, se concede indulto general a las madres de hijos menores de dieciocho años, condenadas por sentencia firme, por crímenes simples delitos o faltas a penas privativas de libertad cuyo plazo de duración expirara el 31 de diciembre de 1977 o con anterioridad a dicha fecha. De la misma forma, se concede indulto a los que fueren condenados siendo menores imputables y que se encuentren en la situación a que se refiere el inciso anterior. Requisito indispensable para el otorgamiento del indulto, es que el beneficiado se encontrare cumpliendo condena en algún establecimiento penal del país a la fecha de publicación del decreto Ley en comento. Los beneficiados quedarían sujetos a vigilancia del Patronato de Reos durante el tiempo que les restare para cumplir la condena. Se establecen condiciones de revocabilidad del indulto, en caso que el beneficiado vuelva a delinquir durante el período de vigilancia a cargo del Patronato de Reos respectivo, por el tiempo que le restare para cumplir la pena originalmente impuesta.

⁵⁸⁸ **LOVEMAN**, Brian y **LIRA**, Elizabeth, “Leyes de reconciliación en Chile: Amnistías, indultos y reparaciones” (1973-1999), Colección Fuentes para la Historia de la República, Obra realizada con la colaboración de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, la Universidad Alberto Hurtado y el Centro de Documentación Barros Arana, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago, 2001, pág.189.

Decreto Supremo 504.

Desde el 11 de septiembre de 1973 hasta abril del año 1975 a los sentenciados por tribunales militares en tiempo de guerra en Chile, sólo les cabía someterse al cumplimiento de sus penas. Con la dictación del Decreto Supremo 504, de fecha 10 de mayo de 1975, se procede a reglamentar las solicitudes de conmutación de penas impuestas por tribunales militares, a objeto de conmutar estas penas por las de extrañamiento.

Se establecía para tal efecto, un procedimiento al cual se daba inicio por solicitud dirigida al Presidente de la República, firmada por el peticionario, algún miembro de su familia o por abogado. Requisito indispensable para la consideración de la solicitud era que el sujeto sentenciado se encontrare cumpliendo la condena impuesta, debido a que la petición debía ser entregada al Jefe del establecimiento en que éste se hallare cumpliendo condena o a la autoridad gubernativa local, dependiendo si se tratase de pena privativa o restrictiva de libertad, luego de los cual dicha solicitud debía ser entregada al Ministerio de justicia dentro de los cinco días hábiles siguientes, acompañándose certificado de la conducta observada por el peticionario y la fecha desde la cual se encontrare cumpliendo condena . La solicitud podría ser presentada también directamente al Ministerio de Justicia, señalándose en ella el lugar en que se encontrare el condenado cumpliendo su pena.

El estudio de las solicitudes de conmutación de penas señaladas (privativas o restrictivas de libertad impuestas por Tribunales militares chilenos), se encargaba a una Comisión integrada por un representante del Ministerio del Interior, uno del Ministerio de defensa Nacional y uno del Ministerio de Justicia, miembros nombrados por los respectivos ministros de dichas carteras.

Luego del estudio de los antecedentes, la Comisión formularía caso a caso cada proposición, recomendando el rechazo o aceptación de la petición, pudiendo además sugerir una rebaja de la duración de la pena impuesta que se pretendía conmutar.

Posteriormente, los antecedentes debían ser remitidos al Ministerio de Justicia, quien conjuntamente con su proposición los remitía al Ministerio del Interior y éste al Presidente de la República. El Decreto Supremo que se dictara, debería llevar las firmas del Presidente de la República y del Ministro del Interior.

Entre marzo de 1975 y marzo de 1978, se acogieron a los beneficios del Decreto Supremo 504 la cantidad de 1878 procesados, dejando el territorio nacional un gran número de personas a otros países tales como Francia, Noruega, Suecia, Finlandia, por nombrar algunos⁵⁸⁹.

I).D).2).b). La Democracia tutelada de la transición en Chile y el derecho de gracia respecto de actos de terrorismo insurgente (1990-2004)

Nos referiremos en este punto a dos actos concretos de derecho de gracia otorgados por vía legislativa: la ley 19.055 y la ley 19.965, la primera de las cuales se dictó en el inicio de la transición democrática a principios de los años noventa, y la segunda, durante el año 2004.

Ley 19.055.

Parte integrante del conjunto de iniciativas legislativas designadas bajo la denominación “Leyes Cumplido”, en atención al ministro de Justicia de la época, don

⁵⁸⁹ SECCHI AZOLAS, Liada y TORRES MORENO, Sandra, “La facultad presidencial de indultar “ , Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales , Universidad de Concepción , Facultad de Derecho, Concepción, 1994,pág.222.

Francisco Cumplido Cereceda. Publicada con fecha 1 de Abril de 1991, la tramitación de la ley fue iniciada con el mensaje presidencial que su excelencia el Presidente de la República, don Patricio Aylwin Azócar, remite al Congreso nacional, con fecha 13 de diciembre de 1990, proyecto relativo a la reforma constitucional sobre indulto, amnistía y libertad provisional.

Los objetivos del proyecto estaban claramente definidos, y orientados a “flexibilizar” las rigideces contenidas en la Carta fundamental sobre la materia. De esta forma se persigue como objetivos específicos, a saber: “por una parte, flexibilizar la improcedencia del indulto, la amnistía y la libertad provisional, establecida actualmente en el artículo 9 de la Constitución Política de la República para el caso de delitos calificados como terroristas y, por la otra, permitir al Presidente de la República conceder el beneficio del indulto en aquellos delitos de esta especie, cometidos con anterioridad al 11 de marzo de 1990”⁵⁹⁰.

De esta forma, en un proyecto de ley de artículo único, se sustituía el inciso 3º del art.9º quedando éste en los siguientes términos: “Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales”. Se modificaba el art.32 N°16 de la Constitución, señalando que “no procedería el indulto particular respecto de los delitos señalados en el art.92, salvo para conmutar la pena de muerte por presidio perpetuo”. Finalmente, el texto de la disposición transitoria N°31 quedaba redactado en términos que hacían procedente el indulto presidencial (o sea, indulto particular) y la amnistía respecto de delitos calificados de terroristas.

La discusión del mencionado proyecto fue objeto de amplio debate en el Parlamento. Representativo de la crítica más radical al objetivo y sentido de la reforma fue el parecer del Senador Sr. Jaime Guzmán Errázuriz, líder del Partido Unión Demócrata Independiente, entidad política que se opuso a la reforma.

Los argumentos esbozados por el Senador Guzmán para fundar su posición frente al proyecto de ley en comento, fueron los siguientes⁵⁹¹:

a) La iniciativa de reforma constitucional constituía un “debilitamiento de la normativa constitucional relativa al terrorismo”, “en momentos en que ésta se alzaba como una de las más serias amenazas tanto en nuestro país como en el mundo entero”.

b) El problema que revestía la reforma constitucional respecto del marco constitucional vigente en Chile, que luego de las reformas constitucionales del año 1989 debería mantenerse sin modificaciones por un tiempo relativamente razonable

La suerte que en definitiva corriera la reforma constitucional en comento podría repercusiones respecto a futuras iniciativas de reforma del texto fundamental.

c) La adecuación de la normativa interna a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en lo atinente al proyecto de reforma constitucional, quedaba suficientemente satisfecha con la posibilidad de que se concediera al Presidente de la República la facultad para indultar a personas condenadas a pena de muerte.

Ley 19.965.

⁵⁹⁰ “Mensaje de S.E el Presidente de la República con que inicia un proyecto de reforma constitucional sobre indulto, amnistía y libertad provisional”, Mensaje N° 123-321, 13 de diciembre de 1990, en: <http://sil.congreso.cl/docsil/proy1402.doc>, pág.2.

⁵⁹¹ **CONGRESO NACIONAL, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO**, N°229-07, “ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto sobre reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre indulto, amnistía y libertad provisional”, 3 de enero de 1991, en : <http://sil.congreso.cl/docsil/info1707.doc>, pág.2.

Publicada en el Diario Oficial, con fecha 25 de agosto de 2004, y bajo el título “Concede beneficios a condenados”, tuvo su origen en una moción parlamentaria⁵⁹², ingresada con fecha 19 de noviembre de 2002, por los Honorables Senadores Señores Fernando Flores Labra, Mariano Ruiz-Ezquide Jara, Gabriel Valdés Subercaseaux y José Antonio Viera Gallo.

A. Argumentos fundantes de la moción parlamentaria.

i) Argumentos de carácter general:

i.a) Consideraciones socio históricas: La necesidad y conveniencia de adoptar medidas concretas que permitan “restañar heridas que aún permanecen” con posterioridad a un “periodo de fuerte confrontación social y política, aún después del restablecimiento de la democracia”⁵⁹³.

i.b) Fundamentación político criminal: “Que la política criminal debe estar dirigida a obtener el objetivo de la paz social, siendo los procesos judiciales y la aplicación de sanciones un instrumento al servicio de dicho fin”. Dicha paz social se obtendría, de acuerdo al texto, a través de la confluencia en la obtención de variados objetivos. Tales objetivos atienden a la satisfacción de necesidades de distintos sujetos: los involucrados en el conflicto (las víctimas, a través de la reparación de los daños sufridos; los culpables, mediante su resocialización), y el resto de la sociedad (intimidación general negativa)⁵⁹⁴. Nada se sugiere respecto a la prevención general positiva.

ii) Argumentos de carácter particular.

ii.a) Respecto a los posibles beneficiados con estas medidas: Los fines de la pena impuesta a los posibles beneficiados con estas medidas (personas condenadas o procesadas por infracciones a la legislación terrorista y otras disposiciones penales, relacionadas con actos de violencia con motivación política) se habrían cumplido, dado el cambio de circunstancias históricas en Chile y el tiempo de cumplimiento efectivo de las condenas, en condiciones de precariedad.

ii.b) Respecto a los procedimientos judiciales que dieron origen a las condenas: Se fundamenta la necesidad de la medida de gracia, en atención a la existencia de errores judiciales, “procesos con duplicidad de imputación criminal, al fundar unos mismos hechos la incriminación particular y colectiva, así como otros errores judiciales”⁵⁹⁵.

B. Sujetos beneficiados por la medida

“Las personas que hayan sido condenadas o procesadas por el delito de asociación ilícita terrorista, contemplado en el art.2 numeral 5, de la Ley 18.314 o por las conductas

⁵⁹² CONGRESO NACIONAL DE CHILE, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO N°3134-07, “Moción de los honorables senadores señores Flores, Ruiz-Esquide, Valdés y Viera-Gallo con la que inician un proyecto de ley que concede beneficios a condenados o procesados por infracciones a la legislación antiterrorista y a otras disposiciones penales sobre violencia con móviles políticos, en <http://sil.congreso.cl/docsil/proy3422.doc>. Las referencias a este texto se entenderán realizadas a la numeración del mismo en su versión electrónica.

⁵⁹³ CONGRESO NACIONAL DE CHILE, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO N° 3134-7, “Moción de los honorables senadores...”, Considerando 1º, pág.1.

⁵⁹⁴ CONGRESO NACIONAL DE CHILE, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO N°3134-07, “Moción de los honorables senadores...”, Considerando 2º, págs.1 y 2.

⁵⁹⁵ CONGRESO NACIONAL DE CHILE, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO N°3134-07, “Moción de los honorables senadores...”, Considerando 5º, pág.2

descritas en el art.8 del decreto 400 de 1978, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la ley 17.798 y que también hayan sido condenadas o se encuentren procesadas por delitos sancionados en el Código Penal, en el Código de Justicia Militar o en otras disposiciones de las citadas leyes 17.798 o 18.314”(art.1)

C. Límites temporales de las conductas punibles cometidas por los beneficiados de la medida de gracia.

Los hechos punibles deben haberse cometido entre el 11 de enero de 1989 y el 11 de enero de 1998(art.1).

D. Modalidad de gracia concedida.

Se dispone que los sujetos beneficiados respecto de los delitos mencionados en la moción, cumplirán una única condena de 10 años de presidio, por la totalidad de los delitos cometidos , dentro de las fechas que se menciona , procediendo un indulto general, respecto del saldo de las penas de privación de libertad a que hubieran sido condenados y que excedieran de dicho plazo (art.1).

E. Autoridad competente para conocer de la solicitud de indulto y plazo para pronunciarse respecto de la procedencia del otorgamiento de la misma.

El proyecto se pone en la hipótesis de que varios tribunales hubieren dictado condenas, o que pluralidad de tribunales hayan intervenido en los procesos judiciales incoados en contra de los sujetos beneficiados por la medida. Si tal fue el caso, será competente para conocer la solicitud de la medida, el último tribunal que hubiere dictado sentencia definitiva o el que estuviere actualmente a cargo de la causa (art.2 inciso 1º). El tribunal que corresponda, conforme a lo señalado, deberá pronunciarse en un plazo de 30 días contados desde que se haya formulado la petición (art.2 inc.3º)

F. Condiciones de la medida de gracia.

F.i) Condiciones para el otorgamiento.

Acreditar haber sucrito una solicitud dirigida al Ministerio de Justicia, en forma previa a la presentación de la solicitud de otorgamiento de indulto, de un compromiso explícito de renuncia al uso de la violencia como método de acción política (art.2 inc.2º).

F.ii) Condiciones de subsistencia de la medida.

Que los beneficiados con la medida no reincidan en los hechos sancionados en la ley 18.314 y 17.798, durante el tiempo de sus primitivas condenas. En caso contrario, los beneficiados deberán cumplir el tiempo que les faltaba por cumplir en virtud de la condena original y que se les hubiera reducido en conformidad a esta ley y, adicionalmente, el tiempo de la condena por el nuevo delito.

G. Modificaciones introducidas en el proyecto original, y texto definitivo de la ley 19.965.

El texto definitivo de la ley 19.965 experimentó variaciones respecto del texto del proyecto original, derivadas de la discusión parlamentaria, la cual fue llevada a cabo en un enconado debate.

Correspondientemente, el texto original del proyecto habría de experimentar modificaciones y adiciones, que atendían, entre otras razones, a considerar la necesidad de reparación concreta de las víctimas de los delitos cometidos por aquellos beneficiados con el indulto general cuyo otorgamiento se discutía. Se seguía de esta forma la tendencia de complementar el otorgamiento de medidas de gracia para los infractores y el

establecimiento de medidas indemnizatorias para las víctimas de los delitos cometidos en tanto actos de violencia política.

Las modificaciones introducidas en el Parlamento durante la tramitación del proyecto de ley, decantaron, en definitiva, en un texto final, que pasamos a exponer.

En cuanto a los beneficiados con la medida, esta se extiende a los condenados por ciertos delitos que se detallan: Delito de asociación ilícita, contemplado en el art.2º numeral 5º de la ley 18314, o por las conductas descritas en el art.800 del decreto 400, de 1978, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la 17.798, sobre control de armas, o en el decreto N°890 de 1975, que fija el texto actualizado de la ley 12.927, sobre Seguridad del Estado.

Dichos condenados deben haberlo sido, además de las conductas descritas, por otros delitos contemplados en el Código Penal, el Código de Justicia Militar o en otras disposiciones de la Ley de control de armas o de la Ley de Seguridad del Estado.

El texto definitivo de la ley es acertado en este punto, y corrige el defecto en que incurría la moción parlamentaria, al soslayar una materia sobre la cual existe consenso en la doctrina nacional, respecto a la oportunidad en que el indulto puede operar respecto de la sanción penal impuesta, esto es, sólo cuando exista sentencia definitiva ejecutoriada. El punto fue objeto de la pertinente indicación parlamentaria, durante la discusión general del proyecto⁵⁹⁶.

En cuanto a las condiciones previas a la aplicación de la medida gracia a los beneficiados por las mismas, se extiende la necesidad de que estos efectúen previamente a ser beneficiados por la misma, una declaración de renuncia al uso de la violencia, en términos amplios, y ya no sólo referida al uso de la violencia como método de acción política (art.2).

Se sujeta al indultado a medidas de control de libertad ambulatoria (arraigo y libertad vigilada), por el plazo de cinco años desde que hubieren cumplido condena. Para la libertad vigilada, sólo se deberá cumplir con los requisitos de la letra b) del art.17 de la ley 18.216, referidos al cumplimiento de instrucciones impartidas por el delegado asignado al sujeto al que se concede esta medida de tratamiento en libertad⁵⁹⁷.

En cuanto a los requisitos de mantenimiento del beneficio concedido, se conserva la necesidad de que los beneficiados no reincidan en ciertas conductas delictivas, señalándose un plazo determinado, en que dichos sujetos no deben volver a reincidir en conductas de la ley de conductas terroristas o delitos contemplados en la ley de control de armas, a lo que se agregan, en el texto definitivo, delitos que tengan asignadas pena de crimen: cinco años, desde que hayan cumplido condena. En caso de reincidencia durante dicho plazo, se mantiene en el texto definitivo la sanción al reincidente de hacerle cumplir la pena que le correspondiere por el nuevo delito, agregándose a dicha condena el tiempo que se le hubiere reducido en virtud de esta medida de gracia (art.4).

⁵⁹⁶ CONGRESO NACIONAL, *Boletín de indicaciones*, “Indicaciones formuladas durante la discusión general del proyecto de ley que concede beneficios a los condenados o procesados por infracciones a las disposiciones penales relativas a la violencia con móviles políticos”, 8 de julio de 2004, en: [http:// sil.congreso.cl/ docsil/indi843.doc](http://sil.congreso.cl/docsil/indi843.doc), pág.1. La indicación fue presentada por el Senador Sr. Vega.

⁵⁹⁷ Ley 18.216, art.17 letra b):“El tribunal al conceder el beneficio impondrá las siguientes condiciones:..b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el término del período fijado, debiendo el condenado cumplir las normas de conducta e instrucciones que aquél le imparta respecto a educación , trabajo , morada , cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libe libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad”.

Una vez examinada la legislación nacional sobre derecho de gracia en Chile, tanto respecto de todo tipo de delitos como respecto de delitos de terrorismo, podemos constatar las patentes diferencias que en el uso de estas medidas presentan los gobiernos democráticos en relación a los gobiernos autoritarios en Chile, a partir de 1973.

Dichas diferencias aparecen tanto en las modalidades de derecho de gracia utilizada respecto de conductas terroristas, como en la modalidad de terrorismo que se vea beneficiado por la implementación de medidas de gracia y, además, en la eficacia de la implementación respecto de los objetivos explícitamente buscados.

Se establecen así opciones político criminales contrapuestas. Mientras la dictadura militar, optó por el recurso a la amnistía respecto de actos de terrorismo de Estado, con un fin de pacificación nacional, que no se cumplió, y que vino a constituir, por mucho tiempo, un obstáculo al deber de garantía de los Derechos Humanos y el respeto del Derecho Humanitario que pesa sobre el Estado de Chile en virtud de la normativa internacional relevante, los gobiernos democráticos han optado por el uso del indulto respecto a las conductas de terrorismo insurgente, en atención a su papel de correctivo del rigor de la ley penal y los vicios judiciales.

El tratamiento diferenciado es comprensible, dada la dicotomía de los actos de violencia involucrados por ambas formas de terrorismo a partir de 1973. En caso de haber incurrido ambas partes en conflicto, en conductas de igual gravosidad en tanto crímenes internacionales, nuestra conclusión sería categórica, en términos valorativos: ni el terrorismo de Estado ni el terrorismo insurgente que experimentó Chile durante dicho período merecen el uso de la amnistía; a lo sumo, el ejercicio de medidas individualizadas, vía indulto, condicionado al cumplimiento de medidas de resocialización. Sin embargo, las conductas de terrorismo insurgente en el período mencionado en Chile, no contaron con los elementos estructurales necesarios para que se hubiera dado lugar a su consideración como crímenes internacionales.

El ejercicio de la potestad de indultar, respecto a su aplicación respecto de terrorismo insurgente en Chile merece algunas observaciones. Debe tenerse en cuenta la restricción que impone el texto de la Constitución Política en el art. 9, que permite respecto del indulto solo la vía del indulto general, con elevado quórum necesario para su otorgamiento vía legislativa, y niega la procedencia del indulto particular para los sujetos responsables de conductas terroristas.

Los gobiernos de la transición Chile, en la década pasada y también en la presente, han respetado el marco de reglas mencionadas y han operado en consecuencia. Se han optado, en el último tiempo, por la vía del indulto general, como equivalente funcional del indulto particular dadas las restricciones existentes para éste último, delimitando períodos temporales respecto de las conductas que merecieron condenas por delitos de terrorismo. Ejemplo de lo mencionado lo constituye el último indulto general, otorgado en virtud de la ley 19.965 el año 2004, que lo hacía aplicable respecto de delitos cometidos entre el 11 de enero de 1989 y el 11 de enero de 1998.

Respecto a este último indulto general, es de destacar además las conductas que se hacen objeto del beneficio, referidas a comportamientos que importan conductas organizativas (asociación ilícita terrorista), o conductas de la Ley de control de armas.

La autoridad con tal enfoque, en cuanto a las conductas susceptibles de indulto general, viene a asentar implícitamente el núcleo de conductas que estima no susceptibles de peligrosidad actual, en cuanto a la existencia de entes colectivos que signifiquen un peligro real para la estabilidad política institucional nacional. Si tales entes, no constituyen un

riesgo necesario de ser neutralizado por la vía de cumplimiento estricto de las condenas impuestas y, si además se suma el elemento del carácter polémico de la imposición de sentencias condenatorias en dichos procesos judiciales, nos resulta comprensible la actitud del legislador sobre la materia.

Esto permitiría deducir una regla de prudencia, respecto de la aplicación de medidas de gracia en relación a conductas de terrorismo, que desaconsejaría su ejercicio en tanto los procesos de violencia no hayan evolucionado hacia el inicio de procesos de pacificación de las entidades colectivas involucradas en ellas, con su consecuente desactivación y renuncia al uso de la violencia como instrumento de acción política.

No obstante lo mencionado nos resulta, en cierto sentido, discutible la regulación constitucional de la prohibición constitucional del indulto particular, respecto de las conductas terroristas en Chile. Si lo que pretende el Constituyente es impedir el uso arbitrario del uso de la medida por parte del Ejecutivo, con criterios de satisfacción de clientelas políticas eventuales, la restricción puede resultar comprensible. Sin embargo, no nos resulta coherente que, si el Constituyente permite una disposición del *ius Puniendi* de efectos mayores, como lo es la amnistía, respecto a estas conductas, no se permita una medida de renuncia al *ius Puniendi* de carácter menor, como lo es indulto particular.

La inconveniencia mencionada se acentúa, si se estima la circunstancia que respecto de la amnistía en Chile, no se establece una restricción legal que impida su dictación respecto de sujetos que ni siquiera se encuentren condenados por sentencia firme, pudiendo dictarse amnistía, en cualquier momento con posterioridad a la comisión del delito, lo que no sucede en el caso del indulto particular, por expreso mandato legal, que exige sentencia condenatoria ejecutoriada para que éste proceda.

Lo anterior, nos lleva a sugerir una reestructuración de la potestad de gracia en el art.9 de la Constitución Política de la República. En primer lugar, prohibir el uso de la amnistía y el indulto respecto de conductas reconducibles a crímenes internacionales; cualquiera sea el sujeto que los cometa, y en el caso del terrorismo, se trate de terrorismo insurgente o terrorismo de Estado, no es procedente el derecho de gracia. En segundo lugar, en casos de terrorismo insurgente que no sean reconducibles a crímenes internacionales, permitir la vía del indulto particular para conductas terroristas, previniendo mecanismos de control del ejercicio de la medida, por parte del Ejecutivo, a fin de evitar un uso arbitrario de la misma. Si lo que se pretende es despolitizar, en la medida de lo posible, tal uso, entregar su control a instancias judiciales, previo cumplimiento de requisitos que aseguren el abandono de actividades terroristas y la renuncia al uso de la violencia como instrumento de acción política, otorgando el indulto en carácter de condicional, en tanto se verifique la resocialización efectiva del sujeto.

Las sugerencias planteadas ya existen respecto de delitos de terrorismo en otras legislaciones, y específicamente en España, como veremos a continuación, al tratar el Derecho de Gracia respecto de delitos de terrorismo.

II. DERECHO DE GRACIA EN ESPAÑA.

II..A. Marco general del derecho de gracia en el sistema penal español vigente.

El derecho de gracia en España, presenta puntos de contacto y puntos de separación, en comparación a la regulación de la materia en Chile, tanto en lo que se refiere a las modalidades consagradas positivamente (ya sea en la Constitución como en otros cuerpos legales), como en cuanto a las autoridades competentes para su ejercicio, atendida la específica forma de organización del poder soberano en España, en cuanto Monarquía constitucional. Se establecen además, importantes diferencias en cuanto al procedimiento establecido para su ejercicio.

Respecto a la modalidad que actualmente se contempla expresamente para el ejercicio del derecho de gracia, sólo se consagra el instituto del indulto particular, existiendo respecto de los indultos generales, expresa prohibición constitucional. Respecto a la amnistía, tanto la Constitución Política como el Código Penal guardan celoso silencio, de lo cual, como veremos, parte de la doctrina extrae importantes conclusiones.

Distintos cuerpos jurídicos se preocupan en la actualidad del instituto del indulto en España. En primer lugar la Constitución española de 1978 (en adelante, CE). En segundo lugar, el Código Penal de 1995, dentro de las causales de extinción de la responsabilidad señala solo al indulto, en contraste a los Códigos Penales anteriores, que señalaban también como causal de extinción de la responsabilidad penal a la amnistía. Una ley especial que data del año 1870 (en adelante, LI), reformada en el año 1988, se refiere específicamente a las reglas especiales que sigue el indulto.

Desde la perspectiva procesal, se hace alusión al indulto a propósito de la fase de ejecución del proceso penal, estableciendo normas pertinentes al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr) en los arts.664.4 y arts.675, 676 y 902. Finalmente , deben agregarse la Orden de 10 de septiembre de 1993 del Ministerio de Justicia por la cual se dan instrucciones para la tramitación de las solicitudes de indulto, el Real Decreto 1879/1994 de fecha 18 de septiembre por el cual se aprueban normas procedimentales en materia de justicia y de seguridad interior (art.6), y la ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y de orden social (disposición adicional vigésimo novena).Establecido el marco normativo aplicable al derecho de gracia en España, pasamos a ocuparnos del examen particular de la institución a nivel Constitucional.

598

II.B.El derecho de gracia en la Constitución de 1978

El art.62 letra i) de la Constitución Española (en adelante, CE), indica que “corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”. Se contempla de esta forma el ejercicio del derecho de gracia con sujeción al principio de legalidad. La ley a que se refiere el art. 62 letra i) CE es la ley de 18 de junio de 1870.

Adicionalmente, complementa al texto constitucional citado, lo dispuesto en el art.102.3 CE, que excluye la posibilidad de ejercicio del derecho de gracia respecto a las responsabilidades penales contraídas por el Presidente y por los miembros del Gobierno.

De lo dispuesto en el art.62 letra i) CE, extrae la doctrina española algunas conclusiones, en relación al sentido de la prohibición constitucional señalada y si esta importa o no una prohibición de la potestad de amnistiar, planteándose dos posturas:

598

Para la regulación de la amnistía y el indulto en el constitucionalismo español, previo a la Constitución Política de 1978, ver: “Amnistía e indulto en el Constitucionalismo histórico español” en: <http://hc.rediris.es/dos/articulos/html/indulto.htm>.

a) La prohibición de otorgar indultos generales se extiende a su vez a la posibilidad de dictar amnistías. En este sentido, el argumento es simple: si no se permite dictar indultos generales (lo menos) no pueden dictarse amnistías (lo más). Puede argumentarse en este mismo sentido, de acuerdo al catálogo de las causales de extinción de la responsabilidad contenidas en el Código Penal vigente, cuyo art.103 no señala en sus numerales a la amnistía sino sólo al indulto como causal de extinción de responsabilidad penal. El Código Penal tácitamente ha entendido el silencio del Constituyente respecto a la amnistía como una exclusión del carácter de causal de extinción la responsabilidad criminal admitida. En caso contrario, la habría consagrado como se hacía en los textos de los Códigos Penales anteriores.

b) La prohibición de los indultos generales no se extiende a la posibilidad de amnistiar. El silencio del constituyente no constituye una prohibición de la amnistía, la que en su regulación deberá seguir la que en cada caso determine la ley que la conceda⁵⁹⁹. El texto constitucional alude al derecho de gracia y la forma en que se debe ser ejercido por el Rey. El derecho de gracia históricamente se ha concretado en dos modalidades, amnistía e indulto. La referencia constitucional dice relación con la forma en que debe ser ejercida el derecho de gracia: con sujeción al principio de legalidad.

II.C. El derecho de gracia como causal de extinción de responsabilidad penal en los Códigos penales españoles ⁶⁰⁰ - - .

Conocido es el hecho de la diversidad de Códigos Penales que ha tenido España a lo largo de su historia. Correspondientemente, la mayoría de ellos se ha hecho cargo del derecho de gracia como forma de extinción de la responsabilidad criminal. Para el examen particular de la materia, nos referiremos a las modalidades de gracia que en cada Código Penal se contemplaba al efecto, y los ámbitos objetivos y subjetivos establecidos para el otorgamiento de dichas medidas. Con la denominación ámbito objetivo, denominamos para estos efectos, aquel que alude a las figuras delictivas que pueden ser objeto de estas medidas. Por ámbito subjetivo, hacemos alusión a los posibles sujetos beneficiados por la misma.

II).C).3).Código Penal de 1822.

II.C.3.a. Modalidades de derecho de gracia consagradas.

El Capítulo X del Código Penal de 1822, denominado “de los indultos”, se ocupa en sus artículos 156 a 170, de esta modalidad del derecho de gracia, entregando el carácter de “facultad” a esta prerrogativa del Rey, a través de la modalidad de indultos generales o particulares.

⁵⁹⁹ En este sentido, **SOBREMONTÉ MARTÍNEZ** “Indultos y amnistías”(n°23), Universidad de Valencia, Valencia,1980, pág.63;**LANDROVE DIAZ**, “Las consecuencias, 4ª Edición pág.137; **COBO VIVES**, “Derecho Penal, Parte General” , 5 Edición , pág.952; **MIR PUIG**, Santiago, “Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Barcelona, 1995, pág.779.; todas las obras citadas por **A.A V.V.**, **GRACIA MARTÍN**, Luis (Coordinador), “ Las consecuencias jurídicas del delito”, 2ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid , 2002.pág.283, cita n°33.

⁶⁰⁰ El texto de los Códigos Penales españoles anteriores al Código Penal de 1995 puede consultarse en extenso en **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo, **RODRÍGUEZ RAMOS**, Luis, **RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ**, Lourdes, “Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias”, Ediciones Akal S.A, Madrid ,1988.

Ambas categorías de indultos (generales y particulares), son definidas por el Código en atención a la determinación de las causas judiciales respecto de las cuales había de operar y de los sujetos beneficiados por la medida⁶⁰¹. La distinción entre ambos tipos de indulto (particulares y generales), redundaba además en los efectos que se podían adscribir a cada cual, como se verá mas adelante.

II).C).3).b). Delitos susceptibles de indulto.

El ámbito de requisitos que se establecía en este Código para la concesión de indultos particulares, acotaban el campo posible de delitos que permitían su otorgamiento. Se excluían de la medida, una variedad de delitos que constituyen atentados en contra de bienes jurídicos colectivos (en especial, aquellos relacionados a figuras relacionadas con delitos políticos), como también bienes jurídicos individuales, entre ellos ciertos delitos contra la vida, ciertos delitos contra la propiedad, así como también contra el honor.

El mismo cúmulo de conductas delictivas estaba proscrito de la posibilidad de concesión de indultos generales. Respecto de estos últimos, se contemplaba además entre los motivos que ameritaban su otorgamiento, el acaecimiento de determinados hechos que en nada tienen relevancia específica desde una óptica política criminal. Ejemplo de lo mencionado, lo constituía el art.167 que permitía al Rey en “las faustas ocasiones de su advenimiento al trono, o de su casamiento, ó el del Príncipe de Asturias, ó del nacimiento de algún Infante o de la conclusión de algún tratado de paz, puede conceder, oyendo también al Consejo de Estado, otorgar indulto general a todos los que han delinquido...”.

II).C).3).c). Requisitos referidos a la conformidad de terceros ajenos al beneficiado con la medida.

El art. 162 contemplaba requisitos que atendían a la consideración de los intereses del ofendido por el delito. No puede concederse indulto particular, respecto “del reo condenado por delito que hubiera cometido contra particulares, sin que preceda el perdón del agraviado y de sus herederos”. Tampoco podía concederse, “en las causas por acusación sin que intervenga el consentimiento del acusador, ó sin que este se haya desistido anteriormente”.

II).C).3).d).Efectos del indulto.

Los efectos del indulto varían según se trate de indultos generales o particulares, siendo mayores los efectos de los primeros que los de los segundos.

Para los indultos generales, el art.168, en relación a los efectos penales de este tipo de indultos, disponía que podían comprender “un perdón absoluto o remisión de toda pena”; en cuanto a los efectos civiles, se dejaba a salvo lo relativo a “las restituciones, reparaciones, resarcimientos é indemnizaciones, sobre lo cual quedará siempre a salvo el derecho de la causa pública y de terceros interesados”.

Por su parte, los indultos particulares, señalaba el art.159, sólo podían comprender “una disminución de la pena señalada por las leyes, conmutándola a voluntad de S.M en otra pena de las prescritas en este código”; en relación a los efectos civiles del indulto particular, el artículo 163 contemplaba una norma análoga a la del art.168, relativa a los indultos generales, dejando a salvo de los efectos del indulto, adicionalmente, lo relativo a las multas y costas.

II).C).4).Código Penal de 1870.

⁶⁰¹ Art.157: “Los indultos generales son los que en alguna causa sobre delito determinado se conceden al reo o reos comprendidos en ella. Los generales son los que S.M. concede sin determinación de causas ni de personas, a todos los que hayan delinquido, ó las rebajas que con esta excepción otorga de las penas temporales que estén sufriendo los delincuentes”.

El art. 132 del este Código señalaba entre las causales de extinción de la responsabilidad penal en su numeral 3º a la amnistía, señalando que ella “extingue por completo la pena y todos sus efectos”. Por su parte, el numeral 4º del art.132 se refería al indulto, estableciendo ciertas condiciones a las que quedaba sujeto el indultado durante el tiempo de duración de la pena. Dichas condiciones se establecían con el objeto de proteger la seguridad del ofendido por el delito. En caso de ser incumplidas tenían como consecuencia dejar sin efecto el beneficio concedido⁶⁰². No se extiende mayormente el Código Penal sobre la materia, producto de la dictación de la ley de 18 de junio de 1870 que entra a regular, específicamente, el ejercicio del derecho de gracia.

II).C).5).Código Penal de 1928.

II).C).5).a).Modalidades consagradas.

Se consagran como causales de extinción de la responsabilidad penal a la amnistía y el indulto, en el art.191 N º 2 y 3, respectivamente.

II).C).5).b).Efectos de la amnistía y el indulto.

Respecto de la amnistía, el Código dispone que ésta “extingue la responsabilidad criminal personal, con todas sus consecuencias”. Respecto a los efectos civiles de la amnistía, se presenta la particularidad de que si bien se reconoce la subsistencia de esta, se admite la posibilidad de que el acto que decreta la amnistía se extienda a la responsabilidad civil derivada del actuar dañoso (art.193).

Los efectos del indulto no se conectan, en este Código, con la distinción entre indultos generales y particulares, como sí se hacía en el Código Penal de 1822. El Código de 1928 clasifica los indultos, en cambio, en totales y parciales. Ambos tipos de indultos extienden sus efectos sobre la pena impuesta, pero no sobre los demás efectos de la pena, en relación a la reincidencia (art194)

II).C).6).Código Penal de 1944.

Sólo se refiere a la amnistía y el indulto, en el catálogo de causales de extinción de la responsabilidad penal (art.112 numerales 2º y 3º). Se limita a señalar los efectos de la amnistía (“extingue la pena y todos sus efectos”) y, respecto del indultado, durante el tiempo de la pena, contempla limitaciones a su libertad de locomoción, en términos similares a aquellas que se imponen al desterrado sobre lugares de entrada prohibida.

II).C).7).Código penal de 1995 (L.O 10/1995).

El art.130.4 del Código Penal español vigente, sólo señala como causal de extinción de la responsabilidad penal al indulto, no agregando regulaciones especiales al efecto en dicho apartado. No distingue la norma citada entre indulto total o parcial.

No obstante la falta de distinción que se observa en el Código Penal de 1995, respecto a la forma que puede revestir el indulto, el art.130.4 dicho texto legal debe ser interpretado armónicamente con el texto de la CE que, en su art.62 letra i, contiene la prohibición constitucional de dictar indultos generales. Por tanto, en el sistema penal vigente en España, sólo pueden dictarse indultos particulares.

⁶⁰² Art. 132 Nª4, inciso 2º: “El indultado no podrá habitar por el tiempo que , á no haberlo sido, debería durar la condena , en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de éste; quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado”.

II).D). El indulto particular y su regulación en la ley de indultos de 18 de junio de 1870.

II).D).1).Tipo de delitos susceptibles de indulto.

La ley de indultos no contempla limitaciones en cuanto a las figuras delictivas que puedan ser materia de indulto. De esta forma, pueden ser indultados toda clase delitos (art.1 Ley de indultos).

II).D).2). Sujetos susceptibles de ser indultados.

Regla general: Los sujetos condenados por sentencia condenatoria firme. La ley española no utiliza la expresión anterior , sino que señala ,en su art. 1º, a “Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados...”, pero del examen de la primera de las excepciones que contempla la misma ley, se llega a la conclusión que sólo condenados por sentencia firme pueden ser indultados.

Excepciones: se establecen dos tipos de excepciones, unas de carácter general para toda clase de delitos y otras referidos a ciertos tipos penales concretos.

Las excepciones de carácter general, dicen relación con el estado procesal de la causa, la posibilidad de ejecución efectiva de la sentencia condenatoria, además de consideraciones que atienden a la peligrosidad del autor y que hacen estimar al legislador como poco prudente el otorgamiento del indulto. En este sentido, señala el art. 2º de la ley de indultos: “Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior:

Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.

Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.

Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme”.

El inciso segundo del mismo artículo, establece una contra excepción a las excepciones de carácter general señaladas. El fundamento de esta contra excepción se funda tanto en razones de justicia material como también en razones de utilidad social. Señala el aludido inciso: “Se exceptúan, sin embargo, al caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia”.

Las excepciones de carácter particular, dicen relación con los penados por ciertos tipos penales: los delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal. La referencia de la LI a la que se hace alusión es de carácter histórico, y no presenta utilidad actual, dada su referencia a textos penales derogados (la referencia alude al texto del Código Penal Español de 1973).

II).D).3).Clasificaciones y efectos del indulto en la LI.

La ley de indultos (art.4), establece distinciones construidas en relación con la extensión de las penas impuestas respecto de las cuales operará el indulto.

Se distingue así entre dos clases de indulto: indulto total e indulto parcial. Cada clase de indulto presenta efectos distintos en cuanto a las penas a las cuales se extiende y la forma u modalidad que puede revestir, ya sea remisión o conmutación de penas.

Sólo el indulto total puede significar la remisión de todas las penas impuestas y que aún no haya cumplido el delincuente (art.4 inciso 1º,LI). El indulto total es de carácter excepcional, y sólo se otorgará por el tribunal sentenciador, cuando razones de justicia material así lo ameriten (“...tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”, señala el art.11 LI).

Por su parte, el indulto parcial puede consistir en la remisión o de alguna o algunas de las penas impuestas y que no haya cumplido el delincuente, reputándose también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente por otras menos graves (art.4 incisos 1º y 2º LI). El indulto parcial constituye la forma general de concesión de indulto particular (“En los demás casos...”, señala el art.12 LI, esto es, en los casos que no proceda indulto total, que es excepcional de acuerdo a lo ya mencionado).

Para el otorgamiento de indulto parcial, el tribunal sentenciador aplicará con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual (art.12 inciso 1º). Puede el tribunal, señala el art.12 inciso 2ºLI, conmutar la pena impuesta por otra de distinta escala gradual, estableciéndose un doble requisito al efecto: a) existencia de mérito suficiente a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado; b) conformidad del penado con dicha conmutación (art.12 inciso 2º LI).

Respecto del efecto del indulto respecto de la extensión de las penas que son afectadas por él, pueden establecerse dos ámbitos:

-Regla general para toda clase de penas:

El indulto de la pena principal se extiende a las penas accesorias. El efecto no es imperativo en todos los casos. La ley de indulto reconoce la posibilidad de que se indulten autónomamente las penas accesorias sin que indulte las penas principales y, viceversa, a menos que, las penas accesorias sean respecto de las penas principales, indisolubles en cuanto a su naturaleza y efectos (art.7).

-Reglas especiales para ciertos tipos de pena, atendida la naturaleza de las mismas.

Ciertos tipos de penas sólo se entienden afectadas por el indulto particular, cuando el acto que otorga la gracia expresamente así lo disponga.

Se produce el señalado efecto respecto de la Inhabilitación para ejercer cargos públicos y ejercicio de derechos políticos, así como también respecto de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

La pena de multa presenta efectos particulares en relación a cómo incide sobre ella el indulto particular. En este caso, el indulto sólo opera para lo futuro, en cuanto a que exime del pago de la parte de la multa que aún no haya satisfecho el condenado, más no da derecho a la devolución de lo que ya se haya pagado, a menos que se diga lo contrario en el acto que dispone el indulto.

II).D).Procedimiento de otorgamiento de indulto particular en el sistema español.

El procedimiento contemplado en la ley de indultos, contempla variadas vías en cuanto a la iniciativa reconocida para “solicitar” o “promover” el indulto. Se reconocen, de esta forma, la iniciativa de los sujetos interesados con el otorgamiento de la medida, algunas autoridades administrativas y, también, autoridades judiciales, incluso el otorgamiento oficioso de la medida en ciertos casos.

Puede “solicitarse” el indulto a instancia del propio condenado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación (art.19 LI)

Puede “promover” el indulto, el tribunal de la causa en que se dicta la sentencia condenatoria, el tribunal Supremo⁶⁰³, o el fiscal actuante ante cualquiera de dichos tribunales, el Gobierno de oficio o el juez de vigilancia penitenciaria. El art.4.3 del Código Penal de 1995, señala las hipótesis en que el Juez o el Fiscal pueden proponer la concesión de indulto: “cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio, del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendido el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

El procedimiento que se contempla respecto del indulto particular cuenta con varias fases, a cargo de diversos órganos, unos de carácter judicial y otros de carácter administrativo.

La solicitud de indulto se debe dirigir al Ministro de Justicia, por conducto del tribunal sentenciador, del Jefe del Establecimiento o del Gobernador de la Provincia en que el condenado se encuentra cumpliendo la condena.

La etapa judicial que se requiere a continuación, consiste en el informe que se solicita evacuar al tribunal sentenciador, pronunciándose sobre la conveniencia o no del otorgamiento del indulto, y la modalidad que éste debe revestir.

La etapa judicial del procedimiento de indulto reviste una función de control. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado: “El control es doble y reforzado, en cuanto que se extiende por un lado a comprobar las condiciones impuestas al indultado y por otro a la posibilidad de valorar y examinar todas las estipulaciones que contiene el indulto, valoración que incluso puede determinar que el Tribunal, como hemos dicho, decida que la naturaleza de una condición no permite su cumplimiento, ordenando que, sin necesidad de que se cumpla, se aplique el beneficio”⁶⁰⁴.

Posteriormente, se contempla una fase de carácter administrativo, a cargo del Consejo de Ministros del Gobierno, quienes deben adoptar un acuerdo respecto del otorgamiento del indulto, el cual se torna irrevocable una vez concedido.

Finalmente, se contempla la fase de concesión del indulto a cargo del Rey, por medio de Real Decreto, acto que es refrendado por el Ministerio de Justicia.

II.E.El uso del derecho de gracia respecto de delitos de terrorismo en España .

Nos referiremos al ejercicio de actos concretos de derecho de gracia respecto de sujetos condenados por delitos de terrorismo. Dividiremos el comentario en tres partes, que se

⁶⁰³ Respecto al tribunal Supremo, la doctrina señala que sólo podrá promover el indulto cuando, actuando como tribunal de casación, conozca de causales de fondo. Así en **MORENO CATENA**, Víctor, (Director), **COQUILLAT VICENTE**, Angela, **JUANES PECES**, Angel, “El Proceso Penal. Doctrina Jurisprudencia y formularios. Recursos y Ejecución”, Volumen V, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pág.3631.

⁶⁰⁴ **TRIBUNAL SUPREMO**, Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 18 de enero de 2001, sobre el indulto en el caso “Gómez de Liaño”, N° de Recurso: 2940/1997, Ponente Excmo. Sr. D.- José Antonio Martín Pallín, Razonamiento jurídico Primero, N°2, párrafo 2º, en: <http://www.uv.es/~ripj/7se.htm>

corresponden con la realización de actos terroristas en España, tanto en períodos de gobiernos autoritarios como de gobiernos democráticos durante el siglo XX. La primera parte tratará del uso del indulto durante el período franquista. En la segunda parte, nos referiremos al otorgamiento de indultos y amnistías durante el período post franquista previo a la Constitución española de 1978. Finalmente, trataremos el uso del derecho de gracia, con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha Carta Fundamental.

La elección de los períodos históricos señalados presenta un punto de interés adicional. El examen del uso de estas medidas de gracia a favor de miembros de una determinada organización terrorista en España: ETA.

II.D.1. Actos de Derecho de gracia durante la dictadura franquista respecto de delitos de terrorismo.

Se caracteriza este período por la profusión del uso de los indultos generales , dentro del sentido general del decreto de abril de 1938 que establece que la concesión de toda clase de indultos compete al Jefe de Estado, remitiéndose en cuanto al trámite señalado para su otorgamiento a la ley de indultos de 1870, no obstante presentarse la particularidad de que cada uno de los indultos generales dictados a partir de 1938 hasta la muerte de Franco, introducen en su articulado normas especiales referentes al procedimiento contemplado para su otorgamiento⁶⁰⁵ .

En relación a la concesión de indultos particulares durante el período franquista, nos referiremos al caso paradigmático de uso de medidas de gracia respecto de actos terroristas durante dicho período: El proceso de Burgos.

“El Proceso de Burgos”

Especial mención merece destacar respecto del ejercicio del derecho de gracia en España en las postrimerías del franquismo, la situación suscitada con el denominado “proceso de Burgos”, procedimiento sumarísimo de consejo de guerra, llevado a cabo entre los días 3 y 18 de diciembre de 1970, dirigido en contra de 16 personas⁶⁰⁶ , acusadas entre otros delitos de pertenecer a la entidad terrorista ETA y estar involucrados en la muerte del jefe de la policía política de Gipuscoa (Melitón Manzanos) y otras dos personas (el guardia civil José Pardines Azcay y el taxista Fermín Monasterio Pérez), y que les habían reportado un botín de más de 30 millones de pesetas. Los hechos juzgados se remontan al año 1968.

Entre los acusados se encontraban dos sacerdotes (Julián Calzada Ugalde y Juan Echave Garitacelaya), lo que dará pie al surgimiento de una disputa entre el Gobierno y la autoridad eclesiástica respecto a la forma en que los procesos debían ser llevados a cabo. Especial relevancia cobra en este sentido, la Carta pastoral dada a conocer con fecha 22

⁶⁰⁵ Por vía ejemplar, y sólo en la década 1940-1950 pueden citarse los siguientes: a) Decreto de la presidencia del Gobierno de 12 de septiembre de 1945;b) Decreto del Ministerio de Justicia de 9 de octubre de 1945;c) Decreto del Ministerio de Justicia de 17 de enero de 1947;d) Decreto del Ministerio de Justicia de 9 de diciembre de 1949.El contenido y un comentario detallado de los indultos generales dictados durante la dictadura franquista, hasta la década de 1950, puede consultarse en **MUÑOZ SÁNCHEZ**, José, “Indulto”, en Nueva Enciclopedia Jurídica ,Tomo XII, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950, págs.381 a 394.

⁶⁰⁶ Entre los acusados se encontraban Xabier Izko, al que se lo inculpaba de ser el autor de la muerte de Melitón Manzanos y además: Teo Uriarte, Jokín Gorostidi, Xabier Larena, Unai Dorronsoro y Mario Onaindia como instigadores al asesinato, para todos ellos el Fiscal solicitaba la pena de muerte.

de noviembre firmada conjuntamente por el Obispo de San Sebastián Jacinto Argaya, y el Administrador Apostólico de Bilbao, José María Cirarda⁶⁰⁷.

Ya en el escrito de acusación del fiscal en contra de los acusados aparece claramente el sentido simbólico del enjuiciamiento de los acusados. El enemigo de mayor alcance que persigue el régimen de Franco es ETA, caracterizada como una organización «separatista-terrorista-comunista».

Destacan entre otros elementos relevantes del proceso, la gravedad de las penas solicitadas (seis condenas de muerte y 752 años de cárcel), así como la acción tanto de la sociedad civil española como de la comunidad internacional a favor de los acusados, en aras del otorgamiento de clemencia para los mismos. ETA, por su parte, tampoco queda inactiva ante los acontecimientos, y en la víspera al inicio del juicio procede a secuestrar, en la ciudad de San Sebastián, al embajador de la República Federal de Alemania como medida de presión.

Finalmente ante las presiones señaladas, el régimen franquista accede a las peticiones de indulto, procediendo a la conmutación de las penas de muerte, “por las inmediatamente inferiores en grado”.

El proceso en comento habrá de tener decisiva influencia en las fuerzas políticas que, con posterioridad a la muerte del “caudillo”, se verán abocados a la construcción del régimen surgido en base a los acuerdos de la Moncloa, y la actitud que adoptarán respecto de la propia ETA. En este sentido, del proceso de Burgos surge la imagen de un proceso en contra del propio régimen franquista y la imagen de ETA conformada por “heroicos luchadores contra una dictadura brutal que tras torturarlos despiadadamente les sometía a la farsa de un Consejo de Guerra”⁶⁰⁸.

II.D.2. Actos de Derecho de gracia durante el período postfranquista anterior a la Constitución Política de 1978 respecto de delitos de terrorismo.

Múltiples medidas de gracia fueron adoptadas en España por la renaciente democracia española post- Franco. Con fines de pacificación nacional, en el período previo a la promulgación de la CE, se otorgaron tanto indultos generales como amnistías del mismo carácter.

Deben entenderse estas medidas de gracia, en armonía con la legislación antiterrorista de la época y sus modificaciones, las circunstancias concretas de aumento de la criminalidad ejecutada con fines políticos que se produce en dichos años, la grave crisis económica que sufría España, y la orientación general del nuevo régimen plasmada en los llamados “ Pactos de la Moncloa”, celebrados con fecha 27 de octubre de 1977, el cual en el acápite VIII del N° 2 (“ORDEN PÚBLICO”), se refiere concretamente a las nuevas líneas orientadores de la lucha antiterrorista en democracia:

“Nueva definición del concepto de orden público, depurándolo de contenidos no democráticos y asentando su fundamento esencial en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y el respeto de los derechos humanos. El orden público tendrá una proyección concreta y actual en cuanto protección del avance en la consolidación de la democracia y defensa frente a las agresiones de todo orden y especialmente las terroristas.

⁶⁰⁷ En concreto, el aludido documento solicitaba: a) Que las audiencias del Consejo de Guerra fueran de carácter público y no secreto, como se pretendían realizar; b) Que se efectuara el juzgamiento a través de tribunales ordinarios ; y c) Que se indultaran las condenas de muerte que se pretendía imponer.

⁶⁰⁸ MUÑOZ ALONSO, Alejandro, “El terrorismo en España. El terror frente a la convivencia pluralista en libertad”, Primera Edición, Editorial Planeta, Barcelona, 1982, págs.17 y 18.

*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 generalmente aceptados en los Convenios internacionales y en los países de Occidente*⁶⁰⁹”.

Con anterioridad a dichos acuerdos, se establecieron algunas medidas de gracia, entre las cuales mencionamos las siguientes:

1). Con fecha 30 de julio de 1976 se aprobó una amnistía que afectó a los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión, a las infracciones administrativas y a los delitos de rebelión y sedición militar. Quedaron excluidos los delitos de sangre⁶¹⁰, los de contrabando monetario y las infracciones tributarias. El perdón fue total para las penas de hasta tres años y parcial para las que excedía este límite. Supuso la salida de 287 presos.

2) Indulto General de 25 de noviembre de 1976: Otorgado con motivo de la proclamación del Rey Juan Carlos I de España, se concede indulto general que beneficia a más de doce mil personas, entre ellas a 700 condenados por delitos políticos. No obstante lo anterior, no se beneficiaron con la medida aquellos involucrados en hechos de sangre.

3) Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general.

Se concede indulto general del resto pendiente de cumplimiento de las penas impuestas o que pudieran imponerse a los incursores en responsabilidad penal por delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión no amnistiados conforme al Real Decreto-Ley 10/1976, de treinta de julio, e incluidos en su ámbito temporal, salvo que fueren responsables en concepto de autores (art.1).

Se concede asimismo indulto general de hasta doce años de las penas impuestas o que pudieran imponerse por delitos de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y leyes penales especiales cometidos hasta el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis, sin que la pena resultante pueda exceder de dieciocho años. En caso de pluralidad de penas, se aplicará la reducción establecida en el párrafo anterior a la más grave, quedando indultadas totalmente las demás.

No obstante lo dispuesto en los dos apartados precedentes, si entre las penas figurara como única o juntamente con otras la de privación de libertad por conmutación de la de muerte, la pena única resultante será de veinte años.

Todos los indultos concedidos por este Real Decreto, se otorgan bajo la condición de que quienes resulten favorecidos por ello no cometan, en el plazo de cinco años, a contar desde su concesión, o desde su puesta en libertad, si fuese posterior, otro delito de análoga naturaleza al que haya sido objeto de indulto, debiendo en otro caso cumplir la pena indultada. La existencia o no de analogía, será apreciada por el tribunal o juez sentenciador.

La ampliación promulgada por el decreto del 14 de marzo de 1977 hizo salir de las cárceles a 1.940 personas.

4) En Mayo de 1977 se promulgaron dos reales decretos que supusieron una ampliación de la amnistía y un indulto general, complementario en parte de la amnistía y referido también a los delitos que, sin haber sido amnistiados, se hubieran cometido hasta el 15 de diciembre de 1976, fecha del referendum para la Reforma Política. Extienden la amnistía también a los delitos que "hubieren puesto en peligro" la vida o la integridad de

⁶⁰⁹ ACUERDOS DE LA MONCLOA, N°2 acápite VIII, “Orden Público”, en:<http://www.vespito.net/historia/transi/pactos.html#67>.

El destacado es nuestro.

⁶¹⁰ Por delitos de sangre, se hace alusión a delitos contra la vida y la integridad física.

las personas, entendiéndose que quedaban excluidos los que hubiesen causado muertes. Fueron indultadas 3905 personas. En mayo de 1977 se aprueba una medida de gracia para algunos presos de ETA condenados por delitos de sangre y como consecuencia de esa medida a varios de dichos sujetos se les concede extrañamiento fuera de España⁶¹¹.

5. Ley de Amnistía general de 15 de octubre de 1977 (Ley 46/77)

La amnistía que las Cortes democráticas finalmente aprobaron el 14 de octubre de 1977 sólo afectó, sin embargo, a 89 presos. Pero tanto por su valor simbólico, como su mayor alcance, unido al hecho de que fuese pactada por prácticamente casi todos los partidos con representación parlamentaria, la convirtieron en la amnistía definitiva, reconocida y aceptada públicamente como tal.

Señalaba el art.1º de la Ley 46/ 77: “I. Quedan amnistiados:

a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de Diciembre de mil novecientos setenta y seis.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de Diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de Junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de Octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

Agregaba el artículo 2º del mismo texto legal: “En todo caso están comprendidos en la amnistía:

a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ellos, tipificados en el Código de Justicia Militar.

b) La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.

c) Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.

d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación.

e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.

Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”.

II.D.3. Indultos otorgados por delitos de terrorismo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política Española de 1978.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la CE, distintos gobiernos han hecho uso del indulto particular respecto de sujetos involucrados en conductas terroristas. La opción por

⁶¹¹ DIARIO EL MUNDO, “Amnistía e indultos durante la democracia española”, artículo publicado el 1º de diciembre del 2000 ,

en: <http://www.elmundo.es/noticias/2000/12/1/espana/975688338.html>

el indulto particular, se efectúa en consideración al respeto de la prohibición constitucional de dictar indultos generales.

El recurso al ejercicio del indulto se enmarca dentro de la problemática de mayor alcance, constituida por las actividades de las organizaciones terroristas militarizadas, en especial, el accionar de la organización separatista ETA (Euskadi Ta Abatazuna, Patria libre Vasca). El Estado español tampoco se ha visto exento del reproche de haber incurrido en conductas ilícitas en su lucha antiterrorista, en específico, a través del accionar de entes determinados tales como los denominados GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación). No obstante lo señalado, sólo nos referiremos al examen de los indultos otorgados a miembros de ETA.

La solución de la cuestión vasca, como se comprenderá, excede con creces el contexto de esta investigación. Sin embargo, algunas menciones debemos hacer respecto a la específica consideración jurídico penal del problema de la violencia terrorista generada a partir de dicha materia. En virtud de la prohibición de dictar indultos generales y el silencio que sobre la amnistía se presenta en la CE, el objeto de examen se restringe en España, a la posibilidad de dictar indultos particulares.

La experiencia respecto al quebrantamiento del extrañamiento otorgado en virtud indulto a presos etarras, ha calado hondo en cómo se han enfrentado en los últimos años la consideración del indulto particular respecto a miembros de ETA.

La finalidad político criminal del indulto particular reside en su rol orientador para la resocialización del sujeto. Esta conclusión debe entenderse acentuada en un sistema penal que presente una decisión político criminal en torno a los fines de la pena y que admita dentro de dichos fines, a la prevención especial positiva.

Las medidas de reinserción social de etarras, durante la década de los ochenta, consistieron en un modelo de medidas individualizadas, condicionadas a la declaración pública de rechazo al uso de la lucha armada y la aceptación del sistema democrático por parte de los interesados. El objetivo final del uso del indulto respecto de miembros de ETA se dirigió, desde 1983, a optar por la exclusión de “una opción remisoria total...de un modo total y terminante a quienes estén directamente vinculados a acciones de sangre”, y trató de otorgar una vía de solución al problema de las responsabilidades criminales pendientes de declaración a la espera del juicio respectivo y, en su caso, condena e indulto particular por parte del Consejo de Ministros⁶¹².

Idéntica distinción entre indultos entre hechos de sangre y hechos de no sangre, ha realizado la doctrina para la orientación de la política gubernamental de concesión de indultos particulares respecto de presos etarras. En este sentido, puede citarse la propuesta de Pérez Cepeda⁶¹³, consistente en el cumplimiento de cuatro puntos básicos: a) Exigencia de que el sujeto abandone totalmente el uso de las armas; b) terminación de la “política de dispersión”⁶¹⁴ en cuanto a tratamiento penitenciario de presos etarras; c) Distinción entre quienes hubieren cometido “hechos de sangre” y los que hubieren cometido otros

⁶¹² **FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**, “Memoria elevada al Gobierno de S.M”, Madrid, 1985, pág.162, citado por **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, Julio, “Atenuación, remisión e indulto de miembros de grupos terroristas”, en Cuadernos de Política Criminal, N°30, Madrid, 1986, pág.585, nota N°110.

⁶¹³ **PÉREZ CEPEDA**, Ana, “Reinserción de terroristas”, ponencia presentada “El Derecho Penal ante el terrorismo”, Congreso de alumnos de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad Castilla La Mancha, 7 al 9 de noviembre de 2000, citada por **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna, 2001, pág.975.

⁶¹⁴ Sobre el significado de la expresión “política de dispersión”, nos referiremos más adelante.

delitos(por hechos de sangre se alude a aquellos hechos en que se vean involucrados atentados en contra de la vida o la integridad física) ;d) Otorgamiento de indultos particulares a quienes hubieren cometidos “hechos de no sangre”.

En los casos que se cumplieran las condiciones anteriores, la autora citada propone que se proceda a la revisión judicial de las sentencias, en orden a eliminar la cualificación de delitos de terrorismo, a objeto de que dichos sujetos cumplan penas correspondientes a tipos penales de carácter común, con consecuente rebaja de penas.

El sentido de la resocialización de condenados por delitos de terrorismo en España se ha entendido vinculado a circunstancias concretas referidas a la conducta de los agentes en relación a la realización de actividades delictivas en el futuro, como ya se mencionó, a lo que se ha agregado, la cooperación que estos sujetos puedan aportar para la desarticulación de las organizaciones terroristas a la que pertenecen. Son las tendencias particulares en materia de política criminal respecto a la cuestión del terrorismo en España, las que nos permiten vislumbrar la escasa posibilidad de que se implementen medidas de gracia, en el futuro cercano, que no atiendan a dichas consideraciones.

En este sentido, consideramos con carácter prospectivo, que la introducción de medidas de orientación premial, ya en materia de cumplimiento de penas, habrá de influir en el otorgamiento de indultos particulares, respecto de etarras condenados por delitos de terrorismo. Dos elementos son relevantes, a nuestro juicio, para aseverar lo anterior:

i) Consideración de la política penitenciaria respecto de presos etarras.

Respecto a las condiciones de confinamiento de presos etarras, España ha implementado desde el año 1989 la denominada “política de dispersión”, tanto respecto de los detenidos provisionalmente como de los condenados, a lo largo de todo el territorio nacional. Tal medida ha estado destinada a cumplir determinados objetivos: evitar la concentración de presos etarras, romper el control de ETA sobre sus miembros recluidos, prevenir la planificación desde dentro de las prisiones de nuevos atentados terroristas y evitar la victimización secundaria de las víctimas de atentados terroristas⁶¹⁵.

La implementación de la política de dispersión iniciada durante el Gobierno de Felipe González, fue continuada por la administración de Aznar.

ii). Nueva orientación en materia de cumplimiento de penas.

Adicionalmente a lo mencionado, debe considerarse la incidencia de recientes reformas en materia de cumplimiento de penas en España que inciden en el tratamiento penitenciario de presos etarras y la posibilidad de que estos accedan a beneficios de tal carácter. Nos referimos a la reforma consagrada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de marzo de 2003, de medidas de reforma para el cumplimiento efectivo de las penas. Especial relevancia reviste esta reforma al sistema de aplicación de penas en caso de delitos terroristas.

Situada en el contexto de “la lucha contra la criminalidad”, pretende obtener la mayor eficacia de dicho cometido a través de la “ infalibilidad” de la pena asociada a la certeza de su cumplimiento como elemento condicionante de la reducción delictiva, y acentuar, de esta forma, el rol protector del Estado respecto de la Sociedad, en caso de los delitos más graves, “en concreto, terrorismo, criminalidad organizada y los que revisten una

⁶¹⁵ HUMANS RIGHTS WATCH, “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España”, Volumen 17(1D) Enero de 2005, en:<http://hrw.org/spanish/informes/2005/spain0105/spain0105sp.pdf>, pág.67.

gran peligrosidad”⁶¹⁶. En particular, se introducen reformas al Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/79).

En cuanto a las reformas de carácter sustancial, se modifica el art.36 del Código Penal de 1995, estableciendo su numeral 2 que, en caso de que se imponga una pena superior a cinco años de prisión al condenado, éste no podrá acceder al “tercer grado de tratamiento penitenciario”⁶¹⁷, sino hasta cumplir la mitad de la pena impuesta.

La posibilidad que se otorga al “juez de vigilancia penitenciaria”⁶¹⁸ para que, en consideración a las circunstancias personales del condenado y la evolución de su tratamiento resocializador, acuerde razonadamente (previa audiencia del Ministerio Fiscal, las autoridades penitenciarias y de las demás partes) su inclusión en el régimen general de cumplimiento, no es permitida respecto de condenados por ciertos delitos de terrorismo (aquellos de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal).

Se modifica el art.76 del Código Penal, incluyéndose situaciones de excepción que permiten exceder el máximo de 20 años de privación de libertad, establecido como regla general. Las reglas de excepción se establecen en consideración al número de delitos cometidos (dos o más delitos), llegando al límite máximo de 40 años, en caso de sujetos condenados por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II de este Código, cuando alguno de dichos ilícitos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años (art.76.1 letra d). No obsta a los límites señalados, que las penas se hayan impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión o por el momento de su comisión, pudieren haber sido enjuiciados en un mismo proceso (art.76.2).

En cualquiera de los casos, en que los límites señalados en el art. 76.1 del Código Penal signifiquen que la pena a cumplir fuere inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas, “el tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias”. Es obligatoria dicha disposición respecto, entre otros, de los supuestos del art.76.1 letra d), a los que ya nos referimos.

Respecto de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II, sólo será posible el acuerdo de beneficios, considerando el juez, la suma total de

⁶¹⁶ LEY ORGÁNICA 7/2003, Exposición de motivos, II, párrafos primero y segundo.

⁶¹⁷ El cumplimiento de penas privativas de libertad, se sujeta en España a un sistema de individualización, dividido en cuatro grados, el último de los cuales corresponde a la libertad condicional. El tercer grado de tratamiento penitenciario, corresponde “a los internos que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad, al que corresponde el régimen abierto, con una amplia posibilidad de movimiento del penado, el cual podrá salir del Establecimiento a desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo que faciliten su integración social y disfrutar de salidas de fin de semana y permisos ordinarios hasta 48 días por año”. Así descrito el “tercer grado de tratamiento” en: **A.A,V.V.**, “Los Procesos Penales”, Tomo VII, artículos 846 bis al 988, Editorial Bosch S.A., 1ª Edición, Barcelona, 2000, pág.614.

⁶¹⁸ En España, en la fase de ejecución de la sentencia penal tienen ingerencia tanto órganos jurisdiccionales como también órganos administrativos. Entre los primeros, se encuentran el Juez o Tribunal Sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. La Fase de ejecución del fallo es de competencia exclusiva del Juez o Tribunal sentenciador, quien se encuentra obligado a disponer de la ejecución en los términos contenidos en el fallo condenatorio y sin dilación. Adicionalmente a la intervención del juez sentenciador, interviene en el ejercicio de la potestad antedicha, otro órgano, también de carácter jurisdiccional, denominado “Juez de Vigilancia Penitenciaria”. La competencia de este último, comienza con el ingreso efectivo del sentenciado en el Centro Penitenciario o en el recinto médico que se determine.

las penas impuestas, previa audiencia del Ministerio Fiscal, las autoridades penitenciarias y las demás partes, de tal manera que dichos presos, sólo podrán acceder al tercer grado de tratamiento, cuando les queden por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.; mientras que para el otorgamiento de la libertad condicional, sólo podrán acceder a ésta, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena(art.78.3 letras a) y b)).

Correlativamente, se modifica el art.90 del Código Penal, en torno a los requisitos necesarios para optar a la libertad condicional de la pena privativa de libertad, los que se orientan a la consideración de circunstancias particulares de peligrosidad y evolución de la readaptación del sujeto condenado. En este sentido, el nuevo art.90, en su apartado 1 letra c) párrafo 3º, es la señal concreta de la introducción de la lógica de derecho premial en el otorgamiento de un beneficio como la libertad provisional, al señalar qué elementos debe cumplir el sujeto condenado para estimar cumplida su resocialización.

Señala la referida norma: *“Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”*.

Todo lo anterior, nos lleva a pensar la escasa posibilidad de que la autoridad central del Estado Español opte por la vía del indulto particular, respecto de presos etarras. Una vía alternativa para obtener el otorgamiento de indultos a presos etarras, sólo sería posible mediante un vaciamiento jurídico de la competencia del Estado Español, en materia de indultos particulares, en favor de la autoridad autonómica del País Vasco.

Tal vía ya ha sido propuesta por dicha autoridad, en un plan presentado por el Lehendakari Ibarretxe⁶¹⁹, líder de la autoridad del País Vasco, el 27 de septiembre de 2002. Señala el art.24.2 de dicha iniciativa: “La aprobación del derecho de gracia respecto de las ciudadanas y ciudadanos vascos, corresponderá al Gobierno Vasco, y lo ejercerá con arreglo a lo que disponga el ordenamiento jurídico”.

⁶¹⁹ El texto del “Plan Ibarretxe”, puede consultarse en **EUSKO LEGIBILTZARRA. PARLAMENTO VASCO**. Erakunde Eta Herrizaingo Batzordea. Comisión de Instituciones e Interior, “Dictamen: Estatuto político de la Comunidad de Euskadi”, en: http://www.nuevoestatutodeeuskadi.net/docs/dictamencomision20122004_cas.pdf. El Estatuto fue aprobado por la mayoría absoluta del Parlamento Vasco el 30 de diciembre de 2004.

CAPÍTULO VI El “arrepentimiento eficaz” como figura legislativa

Ya hemos analizado en el Capítulo I el concepto de “derecho penal premial”, el concepto de “arrepentimiento eficaz” y vimos someramente la naturaleza jurídica de esta figura y su evolución histórica. También anunciamos las principales críticas de las que ha sido objeto esta figura.

Recordando lo señalado en el primer capítulo como concepto de derecho penal premial, nos referimos a *“aquél fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, viene aplicado un premio consistente en una despenalización. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, independientemente de la producción del mismo de un determinado estado psicológico que efectivamente de cuenta de su reinserción social”*⁶²⁰.

Este fenómeno tuvo aceptación por el lado de la eficacia que se suponía en la desmantelación de grupos terroristas y por otro tuvo muchos detractores que le hicieron críticas desde el punto de vista sustantivo penal como desde una perspectiva político criminal.

Como señalamos en el Capítulo primero, esta figura específica fue tomada de los planteamientos del derecho italiano, basados en conceptos utilitaristas. Por lo que podemos reconocer que dentro de los que aceptan estas formas de colaboración se encuentran los impulsores de esta doctrina como BENTHAM que defienden esta institución argumentando su eficacia en el combate contra el terrorismo. También opina algo similar STORY⁶²¹ que señala que *“el derecho de perdonar es una consecuencia necesaria que está incorporada en la facultad de castigar y que tiene como finalidad corregir errores humanos en que incurren las instituciones”*. Por lo que se puede apreciar, además de los italianos que fueron los primeros en incorporar la figura de los “pentitis”, la idea de la utilidad de la figura se encuentra en la idiosincrasia del sistema de negociaciones norteamericano incorporando al sistema penal el concepto de eficacia y eficiencia. Dentro de los que no están de acuerdo con esta figura, señalan que incorporar estos criterios económicos dentro del sistema penal produce un debilitamiento de las garantías del imputado en un proceso penal.

Desde un punto de vista crítico a este sistema de colaboración, uno de los primeros en plantear sus dudas éticas y morales fue BECCARIA⁶²², que señaló que *“el Estado no ha de autorizar la traición”*. En el derecho penal premial el Estado premia al delator, y a la vez promueve su degradación moral. En el fondo lo que se le pide al terrorista es que traicione

⁶²⁰ RESTA, Eligio, “Il diritto penale premiale: Nuove strategie di controllo sociale”, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.941.

⁶²¹ Story, Comentario sobre la constitución federal de los EEUU, 4º edición, tomo III, pág.39, citado por FIERRO, Guillermo, 1999, pág. 66.

⁶²² BECCARIA, Césare, “De los delitos y las penas”, traducción español de Juan Antonio de las casas, Alianza Editorial, 9º impresión, 1996, pág. 99.

a sus excompañeros⁶²³. Posición que toman también ciertos legisladores chilenos al criticar el proyecto de la ley 19.172 en Chile, lo cual se explicará más adelante al hablar de esta figura en la legislación nacional.

La mayor parte de las objeciones que se dirigieron a aquellos institutos se pueden desglosar en dos grandes grupos:

Aquellas que atienden a lo que es el aspecto penal sustantivo;

Disfunciones que este tipo de medidas pueden representar desde el punto de vista de los principios procesales.

Empezaremos tratando las de derecho penal sustantivo:

Se critica que la legislación premial supuso la huida hacia un derecho penal de autor, porque lo importante era qué conducta colaboradora realizaba el autor y según eso se determinaba la pena sin importar el verdadero injusto típico que había realizado. La intensidad de la atenuación y la misma concebibilidad de los demás beneficios está en proporción directa al tipo de colaboración y a su utilidad.⁶²⁴ Su carácter ex post facto y privilegiado, distorsionan el conjunto del sistema punitivo y ponen en riesgo fundamentales valores de seguridad e igualdad jurídica.⁶²⁵

También se puso en duda que la legislación sobre los “pentitis” cumplía o no con el principio de legalidad: Existía mucha vaguedad en las distintas leyes, lo cual permitió dar cabida a todo tipo de interpretaciones en orden a admitir o negar la existencia de la disociación. La misma jurisprudencia comenzó a realizar sentencias contradictorias. En España y en Chile existe una crítica similar porque la legislación utiliza conceptos vagos e indeterminados.⁶²⁶

También se señaló que había una vulneración del principio de igualdad, las distintas Constituciones de los países que han adoptado estas medidas: Esto se dijo porque este tipo de beneficios estaba previsto solamente para los delitos de terrorismo. No obstante, éste fue un planteamiento minoritario y no fue compartido por la Corte Constitucional Italiana y también el tribunal Constitucional español. Dicho Tribunal viene manteniendo la idea que sólo puede hablarse de vulneración del principio de igualdad cuando la discriminación de que se trata carezca de fundamento, implicando, por tanto, un tratamiento irrazonablemente diferenciado para dos situaciones idénticas. Sin embargo, las notas de excepcionalidad que rodeaban a la delincuencia terrorista y que, a juicio de la Corte Constitucional, justificaban la legislación de emergencia⁶²⁷, no parecían estar presentes en el ámbito de la delincuencia común. La misma opinión la sostiene BRICOLA⁶²⁸, aceptando la supuesta vulneración del

⁶²³ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “La reacción político criminal del Estado y de la comunidad internacional frente al terrorismo”, texto inédito, sin publicar, pág. 13.

⁶²⁴ PADOVANI, Tulio, “Los instrumentos Jurídicos y la lucha contra el terrorismo en la experiencia Italiana”, en Derecho y sociedad: revista de Ciencias Sociales (Santiago, Chile). Año 1, n°1, (Mayo /Junio 1988), págs. 17-31, SH 1120/emp.azul/vol.1/Sede Huérfanos, pág. específica 27. ⁵⁹¹ CAMPO MORENO, Juan Carlos, “Represión Penal del Terrorismo. Una visión Jurisprudencial”, Edit. General de Derecho, S.L, Primera Edición, 1997, pág.152.

⁶²⁵

⁶²⁶ CAMPO MORENO, Juan Carlos, 1997, pág.151.

⁶²⁷ Sentencia de 1º de febrero de 1982, n°15 (Considerandos 4,5 y 7), Giurisprudenza Costituzionale, 1982, I, pág. 85 y ss.

⁶²⁸ BRICOLA, Franco, “El arrepentimiento del terrorista, el perdón al evasor y los silencios de la ley n°646 del 1982”, en Cuadernos de Política Criminal, n° 51, 1993, págs. 961-965, específicamente pág. 964.

principio de igualdad siempre que sea sostenido por una razonable justificación que, en la especie, parece poderse individualizar en la ya mencionada exigencia de lucha contra el “crimen organizado” (cuestión que según vimos no es pacífica en cuanto a clasificar de ese modo a los delitos de terrorismo). La misma opinión la sostiene CUERDA-ARNAU cuestionando una supuesta vulneración del principio de igualdad, entendido éste desde una perspectiva moderna.⁶²⁹ Sin embargo, esta autora señala además que es imprescindible a la hora de enjuiciar la razonabilidad de la diferenciación, precisar cuál sea el fin que persigue la norma diferenciadora y ver, además si es o no un fin lícito.⁶³⁰

No fue menos polémico el hecho de que aquellas disposiciones favorecieran indirectamente a quienes habían tenido en la organización un papel de superior importancia, en detrimento de quienes ocuparon las capas inferiores de la misma. No está de acuerdo con esta crítica CUERDA –ARNAU quien señala que *“es descabellado reprochar al legislador el que deje de tomar en consideración lo que es una desigualdad de situaciones cuando ambas son contrarias al ordenamiento jurídico..”* *“el principio de igualdad no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad”*⁶³¹

También en el caso Chileno, al momento en la discusión del proyecto de ley sobre arrepentimiento eficaz, BUSTOS RAMÍREZ⁶³² plantea la misma objeción, señalando que todas las personas deben ser tratadas en forma igual ante la ley penal, lo que con esta figura no pasaría porque sólo se aplicaría a un tipo de delitos. Además dentro de los propios delitos de terrorismo se vulneraría el principio de igualdad en la organización porque sólo el imputado que tiene más información va a ser mejor “premiado” que el que tiene menos.

Además se criticó que la legislación estudiada no respetaba el principio de proporcionalidad, el cual contiene dos exigencias básicas: Por un lado que el recurso a la pena sólo tenga lugar donde ésta es estricta y absolutamente necesaria; de otro lado, el principio de proporcionalidad exige que la pena establecida sea la adecuada a la finalidad de tutela que de aquella debe predicarse. En los delitos de terrorismo, primero el legislador planteó penas elevadísimas, pero paralelamente, introdujo medidas a favor aplicables a los mismos. Todo ello suponía por un lado, el reconocimiento implícito de la inutilidad de la exacerbación de la pena en orden a la consecución de la finalidad de tutela; de otro, parecía darse a entender que la realización de aquellas conductas que se pretendían favorecer hacia disminuir la necesidad de tutela perseguida a través de la pena.⁶³³ Con lo anterior se rompe la tradicional relación entre delito y pena.⁶³⁴

Desde el punto de vista de los principios procesales se planteaba lo siguiente:

Se habló de una *alteración del objeto procesal*, que ya no quedaba limitado al análisis de los hechos sino que se extendía también a la indagación de la personalidad del imputado. La legislación italiana parecía favorecer esa ampliación desde el momento en que sujetaba la concesión de los beneficios no al mero hecho del abandono por el sujeto de su vinculación

⁶²⁹ CUERDA- ARNAU, M^a Luisa, 1995, págs. 564 -568.

⁶³⁰ CUERDA- ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág. 568.

⁶³¹ CUERDA- ARNAU, M^a Luisa, 1995, págs. 572-573.

⁶³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Seminario reformas penales en 1992”, en AAVV, Revista de Derecho y Humanidades, números 3 y 4 tomo XVI, 1993, págs. 118-120.

⁶³³ CUERDA- ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág. 215.

⁶³⁴ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 990.

criminal, sino al abandono que iba acompañado de un comportamiento que debía tener reflejo en el proceso.

También se dijo que esta legislación supuso la ruptura del modelo contradictorio y una alteración del papel procesal de los distintos sujetos implicados. La normativa delatoria supone “*la quiebra del proceso acusatorio y la introducción de elementos inquisitivos*”⁶³⁵. La nueva posición del Ministerio Fiscal se caracteriza por la ausencia de conflictividad procesal con el imputado colaborador. Se vulnera así además, el derecho a no autoincriminarse, con lo que se estaría retrocediendo al principio inquisitivo, en donde el acusado representaba un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos con posibilidad de defensa, con lo que se obligaba a incriminarse a sí mismo.⁶³⁶

Se señaló además una supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 27 de la Constitución italiana.

En el proceso penal la presunción de inocencia juega un doble papel:

1.- Como regla de tratamiento, quiere decir que se prohíbe el otorgamiento de las medidas cautelares y especialmente la prisión provisional sean utilizadas para infligir al imputado anticipadamente una pena. La legislación italiana vulneraba este principio porque por ejemplo, no era infrecuente que la concesión de la libertad provisional quedase condicionada al comportamiento procesal del imputado.

2.- Como regla de juicio, ésta exige que toda condena se funde en pruebas de cargo y que las dudas en el enjuiciamiento se resuelvan a favor del reo. En consecuencia, se hacía necesaria una cautela extrema a la hora de valorar las declaraciones de los imputados-colaboradores que inculpaban a terceros.⁶³⁷

Además algunos autores señalaron que la figura del arrepentimiento eficaz, constituía 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 fiabilidad.⁶³⁸

Se critica la credibilidad privilegiada que se otorga a las declaraciones de los arrepentidos, lo que entra a una inversión de la carga de la prueba para el delatado, y la relevancia que se le otorga al comportamiento procesal, desconociendo el papel del Poder Judicial en nuestro orden político y trasladando a éste unas decisiones políticas, o cuando menos de claro matiz político, que pueden resultar perjudiciales para el desempeño correcto de la misión del juez.⁶³⁹

De otro lado, como expone LÓPEZ GARRIDO, nos encontramos con un fenómeno de inversión en la relación normal entre derecho y proceso penal. La norma penal sustancial

⁶³⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, pág.347

⁶³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Seminario reformas penales en 1992”, en AAVV, Revista de Derecho y Humanidades, números 3 y 4 tomo XVI, 1993, págs. 118-120.

⁶³⁷ CUERDA- ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág. 220.

⁶³⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana, “Reinserción en materia de terrorismo”, en Cuadernos Jurídicos, año 3, n°31, Junio 1995 págs. 24-40, específica pág.27, citado por VILLEGAS DÍAZ Myrna, “La reacción político criminal del Estado y de la comunidad internacional frente al terrorismo”, texto inédito, sin publicar, pág. 14. ⁶⁰⁵ BARATTA, Alessandro, SILBERNAG, Michael, 1985, pág. 593.

⁶³⁹ ⁶⁰⁶ CAMPO MORENO, Juan Carlos, pág.151.

se pone al servicio de objetivos procesales, invirtiéndose el principio clásico de que es el proceso el que sirve para la aplicación del derecho sustancial.⁶⁴⁰

Además otra crítica que se le hizo a esta medida era que los que se “arrepentían” y sus familias quedaban desprotegidos ante lo cual el Estado se encontraba reconociendo su impotencia. A medida que fue aumentando el número de sujetos que abandonaban las organizaciones terroristas, se desató una contraofensiva intimidatoria por parte de las mismas, tanto en las cárceles como fuera de ellas, que culminará con asesinatos como el de WILLIAM VACCHER, a manos de Prima Línea. Esta misma crítica se realizó en España y en Chile en la discusión parlamentaria que analizaremos más adelante.

Por último BARATTA y SILBERNAG⁶⁴¹ señalaron que este tipo de institución se produce como objeto de un “*bargain*” (acuerdo) entre el Estado y los terroristas en una fase del proceso en que existe una intervención directa del ejecutivo sin ningún tipo de control, por lo que en su opinión tales premios constituyen concretamente una especie de amnistía impropia, legitimada mediante la posterior consagración judicial.

Desde una perspectiva ético política, son muchos los tratadistas que han mostrado su repugnancia por un sistema estatal que autoriza la traición, cuando ésta, señalan, es detestable, aún entre los malvados; y como implica, además, la propia incertidumbre y flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende⁶⁴². CARMIGNANI⁶⁴³ fue más radical, reseñando el paralelismo entre delación y tortura. Ambas tienden a fomentar e incitar a la confesión, una por el placer y otra por el dolor, pero ambas son poco apropiadas para el descubrimiento de la verdad. COBO DEL ROSAL, manifiesta *“la figura del arrepentido es un peligro para la ciudadanía honrada, pudiendo convertirse en un cáncer para la justicia. El arrepentido es un coimputado y generalmente está ya condenado y se encuentra en prisión. En consecuencia, lo que diga está mediatizado por la condición en que se encuentra. La figura del arrepentido en su relación con el Poder Judicial es incompatible con el Estado de Derecho y con el principio de certeza jurídica y también con la distancia y falta de contaminación que han de tener aquellos que juzgan y ejecutan lo juzgado, porque se establece una extraña y singular relación de dependencia entre el arrepentido y el juez”*⁶⁴⁴

Desde una perspectiva político criminal se critica la inaplicabilidad de esta normativa a quienes no pueden confesar más que sus propios delitos, favoreciéndose al más informado.

Se resiente el principio nullum crimen sine poena, y se produce por añadidura un componente de desigualdad respecto de otros delitos y sus autores.

⁶⁴⁰ ⁶⁰⁷ 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, págs. 136 y 137, citado por CAMPO MORENO, Juan Carlos, 1997, pág.155

⁶⁴¹

⁶⁴² Esta opinión la tiene BECCARIA, Césare “De los delitos y las penas”, traducción español de Juan Antonio de las casas, Alianza Editorial, 9º impresión, 1996, pág. 99.

⁶⁴³ CARMIGNANI, “Teoría delle leggi della sicurezza sociale, III”, pág.241, citado por CAMPO MORENO, Juan Carlos, 1997, pág.159.

⁶⁴⁴ Declaraciones aparecidas en ABC en la columna “La Llamada” del día 30 de septiembre de 1993; afirmaciones vertidas con ocasión del juicio contra la denominada operación nécora, que se celebraba en la Audiencia Nacional, citado por CAMPO MORENO, Juan Carlos, 1997, pág.160.

Nuestra opinión respecto a estas críticas y las alternativas más convenientes las analizaremos en la conclusión de este trabajo.

Como se ha señalado, esta figura nace en Italia. El terrorismo en este país comienza a sentirse con fuerza a partir de 1969 creciendo paulatinamente hasta 1980. En este período fructifican múltiples organizaciones clandestinas, entre las que destacarán las “Brigadas Rojas” y “Prima Línea”.

A partir de 1980 se producen dos fenómenos de gran relevancia: uno, la disminución de acciones terroristas y, otro, la presencia de factores de crisis al interior de las organizaciones terroristas.⁶⁴⁵ Según FERRACUTI⁶⁴⁶, por estas fechas aproximadamente un 40% de los delinquentes terroristas que se encontraban cumpliendo condena o estaban en prisión provisional habían decidido abandonar la organización.

La labor legislativa no es ajena a los acontecimientos por lo que, tanto en el derecho penal sustantivo como procesal, se distinguen distintas etapas dependiendo de la situación que acontecía en el país.

La primera etapa iría hasta los años 1974/1975 que se caracteriza por una clara tendencia democrática. En esta etapa entran en vigor diversas normas encaminadas a tutelar los derechos del detenido y a reducir los poderes de la policía. Igualmente surge el Proyecto de lo que habrá de ser el futuro Código Procesal Penal, que opta por un modelo más garantista del proceso. Sin embargo a partir de esos años, la escalada de violencia lleva aparejada la proliferación de una legislación que opta por el mantenimiento a toda costa del orden público material. A su vez por el secuestro y posterior asesinato de Aldo Moro surgen leyes contrarias a las garantías antes señaladas que lo que buscan es la elevación de las penas y el incentivo a la colaboración y disociación, estas son: el DL de 15 de diciembre de 1979, convertido en la ley de 6 de febrero de 1980. También aparece la ley de 29 de mayo de 1982 y al final de este periodo, para terminar con la legislación de emergencia, aparece la ley de 18 de febrero de 1987. Sin embargo esta última ley nace en un período diferente, en un momento donde la situación ha cambiado extraordinariamente: el número de atentados terroristas ha disminuido y si bien, aumentan las conductas de abandono de la lucha armada, los disociados no están dispuestos a colaborar. Se trató, por tanto, de favorecer lo que se llamó una “disociación silenciosa”, frente a aquella otra que iba acompañada de la colaboración.

Legislación Positiva de la figura de los “arrepentidos”. Análisis de la legislación Italiana, Española y Chilena:

I.a.- Legislación italiana sobre arrepentimiento eficaz:

⁶⁴⁵ 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, pág. 205.

⁶⁴⁶ FERRACUTI, Franco, “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia”, Revista de la Facultad Complutense de Madrid, Monográfico 11, 1986, pág.396, citado por CUERDA-ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág.205, cita n^o 237.

1.- DL de 15 de diciembre de 1979, nº 625. Ley de 6 de febrero de 1980, nº15:

El origen de lo que se llamaría la “legislación premial de la emergencia” puede encontrarse en el Decreto - Ley de 21 de marzo de 1978, nº 59 convertido con modificaciones en la ley de 19 de mayo de 1978. En virtud de éste, se introdujo en el Código Penal el artículo 289 bis que atenúa la pena del partícipe de un secuestro con finalidad terrorista o de eversión que, disociándose de los otros, actúa en modo tal que el sujeto recobre la libertad.

No obstante lo anterior, las causas de no punibilidad o atenuación de la pena para integrantes de grupos terroristas que disociándose del grupo evitarán la producción del resultado lesivo o cooperasen con la autoridad judicial o funcionarios de policía, no estarán presentes hasta un año después, al dictarse el DL de 1979.⁶⁴⁷

En sede de atenuación (art. 4º) tanto la ley como el DL exigen que la disociación vaya acompañada, alternativamente, de la evitación de las consecuencias lesivas o de la ayuda a la policía y autoridad judicial, pero la ley es menos benevolente porque no establece la necesaria reducción de la pena a la mitad sino que permite al juez que la atenúe sólo en un tercio. Además tanto el DL como la ley contemplan una atenuación indirecta: la no aplicación de la agravante por terrorismo.⁶⁴⁸

En lo que se refiere a los casos de no punibilidad (art.5º), la diferencia es mayor. El DL sólo exigía el impedir voluntariamente el evento lesivo y limitaba la aplicación a los delitos enumerados en el mismo precepto. La ley no limitaba el ámbito de aplicación, pero, junto al hecho de impedir el evento, exigía para beneficiarse de la causa de no punibilidad que el sujeto aportase elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho y la individualización de los concurrentes.⁶⁴⁹

Se introduce en esta ley la colaboración entre el imputado y los poderes del Estado. Aparece también lo que, a partir de entonces denominarán “pentiti”⁶⁵⁰, pasando posteriormente esta expresión al lenguaje jurídico y entendiéndose por tal no el mero terrorista que se disocia, sino que, además de disociarse, coopera de un modo u otro en la desarticulación de planes terroristas, o en el descubrimiento de otros integrantes de la organización.⁶⁵¹

2.- Ley de 19 de mayo de 1982, nº 304, complementada con el Decreto de 1º de octubre de 1982:

2.a - Causas de no punibilidad:

⁶⁴⁷ CUERDA- ARNAU, Mª Luisa, 1995, pág.172.

⁶⁴⁸ BARATTA, Alessandro, SILBERNAG, Michael, “La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal”, año 8, 1985, págs. 559-595, específicamente pág.589.

⁶⁴⁹ BARATTA, Alessandro, SILBERNAG, Michael, 1985, págs. 589-590.

⁶⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, en AA.VV. “La criminalidad organizada ante la justicia, dirigida por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Secretario de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pp.143-155, pág. 148.

⁶⁵¹ CUERDA- ARNAU, Mª Luisa, 1995, pág.174.

Esta ley comienza señalando “causas de no punibilidad”, primero en el art. 1º y después en el art. 5º.

Por lo señalado en el art.1º, los distintos casos de no punibilidad podrán clasificarse del siguiente modo:

Aplicables a quienes fueran meros responsables de diversos delitos asociativos;

Aplicables a quienes, además, de ser responsables de pertenencia a la asociación terrorista, lo fueran también de alguno de los delitos conexos que no excluyen la aplicación de este beneficio;

Aplicables a quienes sin ser responsables del delito asociativo, lo fueran de las diversas modalidades de asistencia o encubrimiento a que el precepto se refiere.

Es necesario observar que la ley no limita el ámbito subjetivo de aplicación a los sujetos pertenecientes a la asociación terrorista sino que lo extiende a quienes, ajenos a ella, hubieren auxiliado y encubierto a persona implicada en delitos caracterizados por la específica finalidad de terrorismo o eversión.

Comenzaremos analizando los de la letra a), los responsables de alguno de los delitos asociativos previstos en los artículos 280, 270 bis, 304, 305 ó 306 del Código Penal. Tales sujetos deberán realizar, alternativamente alguna de las siguientes conductas:

Disolver o determinar la disolución de la banda: Respecto de tal hipótesis se afirmó unánimemente que era letra muerta porque el sujeto que está en condiciones de alcanzar ese resultado, difícilmente no habrá cometido alguno de los delitos conexos que excluyen la aplicación del beneficio.

Retirarse, entregarse sin oponer resistencia o abandonar las armas, y, en los tres casos, dar toda la información sobre la estructura y organización de la asociación o banda.

Impedir que sea llevada a término la ejecución de los delitos para cuya comisión se formó la banda.

Ahora nos referiremos al segundo grupo de sujetos, esto es, aquellos que, integrados en una organización terrorista, hubieren cometido determinados delitos que no excluyen la aplicación del beneficio.

El hecho de que la regla general (consistente en la imposibilidad de beneficiarse de la causa de no punibilidad quienes hubieren cometido delitos conexos al disociativo) tuviera como excepción lo previsto en el párrafo tercero del artículo 1º, respondía al deseo declarado de permitir que se aplicase a quienes ocupaban las capas inferiores de la organización, porque difícilmente, quien ocupase un nivel más elevado no sería responsable de algún delito conexo que, al no ser de los previstos en el apartado tercero, excluía la posibilidad de quedar exento de pena.⁶⁵²

Ahora analizaremos el requisito de “disociación o abandono del terrorismo”. En el precepto específico no se la concibe como requisito suficiente para acceder al beneficio que allí se establece. Ello se debía, según la doctrina, al deseo del legislador de objetivar al máximo este requisito, evitando disociaciones meramente aparentes.

Además se consagraba un beneficio a quien se presentase espontáneamente a la autoridad policial o judicial antes del inicio del procedimiento penal, y cumplierse con las condiciones exigidas en los párrafos primero o segundo para poder acceder a la exclusión de pena.

⁶⁵² CUERDA - ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág.183.

En el artículo 5º de la ley de 29 de mayo de 1982, se consagran otras causas de exclusión de pena.

La primera de ellas, está dirigida a los reos de cualquier delito en fase imperfecta de ejecución, y cometidos “con finalidad de terrorismo o de eversión del ordenamiento constitucional”. En estos casos el autor quedará exento de pena si, acumulativamente, impide voluntariamente el evento y, además, aporta elementos de prueba relevantes para la exacta reconstrucción del hecho y para la individualización de los eventuales partícipes. No basta con impedir el evento sino que es necesario, además, llevar a cabo la conducta de colaboración a que nos hemos referido; de otro, la diferencia frente al régimen general radica en que otorga al sujeto la exención de pena y no la mera atenuación de la misma que resultaría de la aplicación del artículo 56.4 del Código Penal.

La segunda causa de exclusión de la pena, prevista en el mismo precepto, es la aplicable a los reos de determinados delitos de consumación anticipada. Este precepto crea una regla específica de desistimiento voluntario a favor del culpable de uno de aquellos delitos, siempre que tal sujeto coopere para que se evite el objetivo último que persiguen las figuras delictivas a que el precepto se refiere.

Este precepto es el único que no hace una referencia al elemento de la finalidad que deben perseguir los delitos señalados y tampoco alude a la necesidad de que previamente haya existido disociación de ningún tipo, por lo que no puede negarse la posibilidad de aplicar el precepto al terrorista individual.

2.b.- Causas de atenuación de la pena:

En cuanto a las causas de atenuación de la pena (artículos 2 y 3 de la ley de 1982). Cabe señalar que con respecto al ámbito de aplicación, ambas están destinadas a desplegar su eficacia en relación con los delitos conexos al de asociación ilícita.

El comportamiento que se exige con carácter común para ambas atenuantes es acumulativamente lo siguiente:

Que se hubiere realizado alguna de las conductas a que se refieren los párrafos primero o segundo del art. 1º, lo que precisamente implica el abandono de la organización;

La plena confesión, en cualquier fase o grado del proceso, de todos los delitos cometidos.

Estos eran los requisitos comunes. A ellos había que agregarles los previstos en cada una de las atenuantes:

Concretamente el artículo 2º exigía que el sujeto alternativamente:

Se hubiera esforzado o se esforzase eficazmente durante todo el proceso para evitar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito, o bien;

Que tal esfuerzo lo fuera para impedir la comisión de delitos conexos.

En cuanto a los requisitos específicos (que venían a unirse a los genéricos) eran en cada una de las hipótesis los siguientes:

Hipótesis 1ª: Ayudar a las autoridades de policía o bien a la autoridad judicial en la recogida de pruebas decisivas para la individualización o captura de uno o más autores de delitos de terrorismo, o;

Hipótesis 2ª: Aportar elementos de prueba relevantes para la exacta reconstrucción del hecho y el descubrimiento de sus autores.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 3º preveía una atenuante muy privilegiada que, según el tenor literal del precepto, era aplicable cuando cualquiera de los comportamientos contemplados en el párrafo primero revistiere “excepcional relevancia”.

Hay que referirse a los límites temporales de aplicación de esta ley. La aplicación de cualquiera de los beneficios previstos en la ley quedaba limitada a los delitos cometidos antes del 31 de enero de 1982, con tal de que los comportamientos a los cuales está condicionada su aplicación tengan lugar dentro de los 120 días siguientes a la entrada en vigencia de la ley (3 de Junio de 1982)⁶⁵³, aunque tratándose de delitos permanentes, la situación antijurídica se hubiere prolongado más allá de aquella fecha.

Además, todos los beneficios quedaban sujetos a la posibilidad de su revocación cuando aquellos se hubieren obtenido mediante declaraciones falsas o reticentes.⁶⁵⁴

3.- Ley de 18 de Febrero de 1987, número 34:

Esta ley establece una causa de atenuación a favor de quienes se hubieren dissociado del terrorismo. No existe, eso sí la posibilidad de establecer una causa de exención.

La ley de 1987, además de no derogar la legislación anterior, dejó en vigor las medidas de indulto recogidas en el Decreto de 18 de diciembre de 1986 (nº 865) lo que dio lugar a que, en muchos casos, se aplicaran conjuntamente ambos tipos de beneficios, solicitándose el indulto de la pena ya atenuada.

La condición esencial para el otorgamiento de los beneficios era que el sujeto se hubiera dissociado del terrorismo. Por primera vez el legislador de emergencia define la disociación.

Para poder admitir que la disociación ha tenido lugar, la ley exige el abandono de la organización o del movimiento terrorista o eversivo a que hubiera pertenecido el sujeto, y, acumulativamente, la realización de las conductas siguientes:

Admisión de las actividades efectivamente desarrolladas; considerándose unánimemente, que por tal debía entenderse la puesta en conocimiento de la autoridad competente del papel que el sujeto había desempeñado en la organización y de cuantas actividades había desarrollado en su seno, de tal modo que no podía considerarse exigible que el sujeto aportare género alguno de información relativa a la estructura o composición de la organización terrorista.

Con esa interpretación se evitaba dar entrada a la colaboración del imputado en lo referente a la inculpación de otros responsables.⁶⁵⁵

Realización de conductas objetivamente e inequívocamente incompatibles con la permanencia del vínculo asociativo.

Repudiar la violencia como método de lucha política: Este requisito planteó mayores críticas porque favorecía interpretaciones de carácter ético, que exigían un “convencimiento interior del sujeto”.⁶⁵⁶ En opinión de FERRACUTI⁶⁵⁷ no significaba que el sujeto tuviera que

⁶⁵³ BARATTA, Alessandro, SILBERNAG, Michael, 1985, págs. 591.

⁶⁵⁴ CUERDA- ARNAU, Mª Luisa, 1995, pág.194.

⁶⁵⁵ CUERDA- ARNAU, Mª Luisa, 1995, pág.199.

⁶⁵⁶ CUERDA- ARNAU, Mª Luisa, 1995, pág. 201.

rechazar sus ideales anteriores. Ninguno de los arrepentimientos reconocidos en la ley italiana implicaba necesariamente el arrepentimiento en el sentido moral o psicológico.

Ib.- Legislación Española sobre arrepentimiento eficaz:

El anterior fenómeno traspasó las fronteras y entró a la legislación española, con la intención de que así se evitarían mayores atentados terroristas y se desarticularían las organizaciones. Sin embargo esta institución no era totalmente novedosa en la legislación española, porque existen antecedentes históricos que demuestran que al menos instituciones similares se habían aplicado anteriormente. A esto le dedicaremos ahora un apartado especial.

I.b.a.- Evolución histórica de la institución de los arrepentidos en la legislación española:

No sólo en virtud de la influencia de la legislación italiana el Estado Español instaura la institución de los arrepentidos, también encontramos a través de la historia distintas manifestaciones de lo que sería una atenuación de la pena correspondiente en caso de que el acusado colabore con el Estado o confiese su delito.

Uno de los antecedentes más remotos lo encontramos en el Código Teodosiano, donde se recoge la exención de pena que preveía la Lex Cornelia de sicarios et veneficiis, para el que implicado en un delito de lesa majestad lo revelare a tiempo de poder evitar las consecuencias. Idéntica disposición aparece en el Código Justiniano, donde se considera digno de absolución y del perdón al que “aún habiendo servido en la facción, si aunque tarde, pero siendo todavía desconocidos, hubiere descubierto los secretos de los designios”⁶⁵⁸

También en los procedimientos seguidos ante la Inquisición se encuentran varios casos de personas que se presentaban voluntariamente ante la autoridad confesando los hechos, la mayoría de las veces por miedo a ser delatados por cómplices que ya estaban en poder de la Inquisición. En todo caso, la confesión, para ser válida ante la Inquisición tenía que suponer arrepentimiento, petición de readmisión en la unidad católica, y completa. Para que la confesión se considerara completa era necesario denunciar a todos aquellos que el sujeto sabía que eran herejes, o que había llevado a cabo con él prácticas heréticas.⁶⁵⁹

A partir de la codificación se empezaron a vislumbrar en los códigos más relevantes algunas instituciones similares a la de los arrepentidos. Comenzaremos analizando el Código Penal de 1822. En este código se encontraban dos causas de atenuación previstas en el artículo 107. La consignada en quinto lugar atenúa la pena por “*el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su actor impedir o remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido*”. Por su parte, la que le sigue produce el mismo efecto, a condición de “*presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesando con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas*”.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ FERRACUTI, Franco, “Ideología y arrepentimiento: el terrorismo en Italia” en REICHT, Walter, “Orígenes del terrorismo. Psicología, Ideología, Teología, Estados mentales”, Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1994, págs. 76 y 77.

⁶⁵⁸ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 29.

⁶⁵⁹ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 30.

⁶⁶⁰ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág.38. ⁶²⁷ Decretos del Rey Nuestro Soberano Don Fernando VII, Tomo IX, Madrid, 1825, págs. 120 y ss., citado por CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág.42.

Antes del Código Penal de 1848 hubo alguna legislación especial de la cual merece destacar el Real Decreto de Fernando VII expedido el 1 de agosto de 1824 que, tras declarar prohibidas todas las congregaciones de francmasones y demás sociedades secretas (art.1º), en el artículo 2 hace acreedores del indulto concedido por Decreto de 1 de mayo de 1824 a los que hubieran pertenecido a dichas sociedades, “siempre que se presenten espontáneamente a solicitar dicho indulto ante las Autoridades competentes, señalando la Logia o Sociedad a que hayan pertenecido, y entregando sus diplomas y las insignias y papeles que tuvieran relativos a la Asociación dentro de un mes contado desde la publicación de este mi real decreto.”⁶⁶¹

El Código Penal de 1848 regula causas de exclusión de la pena y alguna de atenuación en los delitos que comprometen la paz o independencia del Estado, de lesa majestad, delitos de rebelión y sedición y en el seno de las sociedades secretas. Por ejemplo en el caso de los delitos de conspiración y proposición para perpetrar el delito de lesa majestad, la causa de exclusión de la pena era la siguiente: “queda exento de pena el reo que diere parte de la conspiración y sus circunstancias a la Autoridad pública antes de haber comenzado el procedimiento”.⁶⁶²

Las causas de exclusión de la pena previstas en el artículo 188 para la conspiración o proposición en delitos de rebelión o sedición, párrafo primero señalaba que se exime “de toda pena a los conspiradores o los autores de proposición para los delitos de rebelión o sedición que espontáneamente y de común acuerdo se desistieren de su propósito, abandonando del todo sus resoluciones anteriores”; el párrafo segundo continúa diciendo que: “también se eximirán, aquellos que dieren parte de la conspiración y sus circunstancias a la Autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento”.

El artículo 182 se refiere a los delitos de sedición o rebelión ya consumadas y señala lo siguiente: “*cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la Autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el art. 175 si no fueren empleados públicos*”. Tal conducta, que por primera vez concede la total exención de la pena, se basa en un mero desistimiento ajeno a cualquier tipo de colaboración.

El artículo 204, relativo a las sociedades secretas señalaba lo siguiente: “*Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la de caución, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se espontanearen ante la Autoridad declarando a ésta lo que supieren del objeto y planes de la asociación.*

La Autoridad, al recibir la declaración, no podrá hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad”.⁶⁶³

En 1850 hubo una reforma del Código Penal del 1848, la cual hizo desaparecer las causas de exclusión de la pena de los preceptos en cuestión, pero no las excluyó del Código Penal. Así, se contemplaba un párrafo último que señalaba lo siguiente: “*exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte*

⁶⁶¹ ⁶²⁷ Decretos del Rey Nuestro Soberano Don Fernando VII, Tomo IX, Madrid, 1825, págs. 120 y ss., citado por CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág.42. ⁶²⁸ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 54. En este libro se hace un estudio exhaustivo de cada artículo, lo que excede de nuestro trabajo.

⁶⁶²

⁶⁶³ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, págs. 55-66.

y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haber comenzado el procedimiento”. Lo que se hizo fue generalizar la causa de exclusión de la pena a todos los delitos.

El Código Penal de 1870 planteó un cambio radical en las normas que hemos descrito. Con respecto a los delitos de la conspiración y la proposición, aquellas sólo se castigarán en los casos en que la ley expresamente así lo estableciere, volviendo con ello al código de 1848. La nueva redacción supuso también la supresión del último párrafo que contenía una causa de exclusión de la pena aplicable a todos los casos de conspiración o proposición para delinquir.

Desaparece también la causa de exclusión de la pena que se encontraba prevista para los integrantes de una sociedad secreta, quedando, por tanto, sólo subsistente lo que también en estos Códigos se preveía para los delitos de rebelión y sedición ya consumados. Sobre los cuales en el artículo 258 se señalaba: *“cuando los rebeldes o sediciosos se disolvieren o sometieren a la Autoridad legítima, antes de las intimidaciones o a consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el artículo 251, si no fueren empleados públicos.*

*Los tribunales en este caso, rebajarán a los demás culpables de uno a dos grados de penas señaladas en los dos capítulos anteriores”.*⁶⁶⁴

La aprobación en 1876 de una nueva constitución hace que en los próximos años se realicen una serie de proyectos y propuestas para la reforma del Código Penal, con el objetivo de adecuar éste a la Constitución.

Finalmente se produce el golpe de Estado de 13 de septiembre de 1923 a partir del cual se inicia una intensa actividad legislativa, utilizando la vía del Real Decreto hasta la promulgación del nuevo Código Penal, el 8 de septiembre de 1928. En este código se contemplan diversas causas de atenuación y de exclusión de la pena que son de alguna manera similares a las que hoy se regulan en nuestro ordenamiento. En primer lugar se contemplan atenuantes en el artículo 64 n° 6 y 7 que señalaban lo siguiente: *“Haber precedido, espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño siquiera en parte, con propio sacrificio personal o económico; todo ello antes de dar principio al procedimiento”* y *“Haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción, antes de ser ésta descubierta, o de que hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable”.*

El artículo 47 prevé una causa de exclusión de la pena para los inductores que *“espontáneamente y antes de que se diere principio a la ejecución de la infracción, la impidieren por sí, o lo intentasen, dando cuenta de ello a las Autoridades, con tiempo suficiente para impedirla”.* Previéndose además que *“si el inductor, a tiempo de impedir el delito, se esforzó en persuadir al inducido para que desistiese no pudiendo evitar la infracción, será responsable de inducción, pero se atenuará su responsabilidad a juicio del Tribunal”.*

También se encuentran causas de exclusión de la pena en el caso de los conspiradores, siempre que revelen a la autoridad su plan antes de cometer el ilícito.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, págs.71-72.

⁶⁶⁵ CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 79.

Luego de la proclamación de la República, el 14 de abril de 1931, se declara anulado y sin valor el Código Penal de 1928, restableciéndose el Código Penal de 1870. El 5 de noviembre de 1932 se publica el nuevo texto del Código Penal, que en lo relativo al tema que nos interesa nada difiere del Código Penal de 1870, salvo en lo relativo a la introducción de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. Esta atenuante se refería a quien hubiere procedido “ *por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción, antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial*”.

El Código Penal de 1944 no introduce novedad alguna respecto del tema que nos interesa con respecto al Código Penal de 1932.

En cuanto a las leyes especiales referidas a bandidaje y terrorismo que contemplan ciertas causas de exclusión y atenuación de la pena, pueden destacarse:

El DL de 18 de abril de 1947 contempla una causa de exclusión de la pena a favor de :

“a) Los que hallándose comprometidos a realizar alguno de los delitos castigados en esta ley lo denuncien antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias.

b) Los comprendidos en el número tercero del artículo quinto ⁶⁶⁶ que faciliten eficazmente la captura de la partida.

Los comprendidos en el artículo sexto ⁶⁶⁷ que habiendo obrado solamente por temor avisen sin pérdida de momento a la fuerza pública la presencia de los malhechores. La mera omisión de la pronta denuncia se considerará como auxilio.”

Con el decreto de 21 de septiembre de 1969 queda sin efecto el DL de 1947 y se consigna una causa de exclusión de la pena que señala “Quedarán exentos de pena: *a) los que hallándose comprometidos a realizar alguno de los delitos castigados en este Decreto lo denunciaren antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias*”.

En el decreto ley de 1975 se introduce una causa de atenuación referida específicamente a los delitos de secuestro que señala lo siguiente: “*En los delitos de secuestro de personas se apreciará como circunstancia atenuante su pronta e incondicionada puesta en libertad sin causarles mal*”

Además se incorpora una causa de exclusión de la pena que decía: “*Quedarán exentos de responsabilidad por el hecho de su asociación y por sus actividades proselitistas o de propaganda quienes perteneciendo a una organización de las comprendidas en el artículo anterior ⁶⁶⁸, se apartaren de la misma poniéndolo en conocimiento de la autoridad y confesando espontáneamente su participación en dichas actividades*”.

Con la ley orgánica del año 1981, de 4 de mayo se introdujo una modificación al Código Penal de 1944 en donde se introducía una atenuante a los integrantes de grupos o bandas

⁶⁶⁶ Los sujetos a que se refiere son los que no fueran jefe de la partida, componentes de ésta que hubieren colaborado a la comisión de los delitos castigados en la ley con pena de muerte, o sujetos que de cualquier modo hubiesen tomado parte en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en la ley.

⁶⁶⁷ El artículo sexto sancionaba a “ los que presten cualquier auxilio que no constituya por sí complicidad ni encubrimiento a los componentes de los grupos o partidas a que se refiere el artículo anterior”.

⁶⁶⁸ En el artículo 4 se declaraban ilegales “los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social”.

armadas que colaboraban con la justicia. El artículo 174 bis c) específicamente señalaba lo siguiente: *“El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, se le rebajará en dos grados, la pena que le correspondiera por su participación en dichos delitos.*

Las personas comprendidas en los artículos 174 bis a⁶⁶⁹ y 174 bis b⁶⁷⁰, que colaboren con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial en el descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados, se beneficiarán igualmente con la rebaja de la pena establecida en el párrafo anterior”

Con la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre se estableció el artículo 226 quedando la causa de exclusión de la pena, así como la de atenuación de la misma, del siguiente modo:

“Queda exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión o de sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

A los meros ejecutores, que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas sometándose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado”.

Luego habría que referirse a la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre, la cual es el precedente del siguiente artículo 57 bis del Código Penal Español. Con esta ley se deroga la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre así como los artículos 174 bis a, 174 bis b, 174 bis c, 216 bis a.2 y 216 bis b del Código Penal Español, unificándose, así, en un solo texto los instrumentos jurídicos, tanto penales como procesales de la legislación antiterrorista. Con esta reforma se introduce el artículo 6, cuya vigencia nacería limitada a dos años desde la entrada en vigor de la ley y a cuyo tenor:

“Artículo sexto. Atenuación de las penas en el desistimiento con propósito de reinserción social.

1. En los delitos comprendidos en el artículo 1º, serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presentase a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo 3. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena

⁶⁶⁹ Se refiere a quienes pertenezcan a los grupos o bandas armadas a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre; los que asistieren a cursos o campos de entrenamiento de los mismos y los que mantuvieren relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros.

⁶⁷⁰ En él se sanciona al que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan: a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas, y la organización, planificación o realización de sus actividades; o b) la comisión de cualquier clase de delito por integrantes de dichas bandas en el ámbito de los objetivos y actividades de las mismas.

cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1º y 2º del artículo 420 del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

3. El integrante colaborador o cooperador de grupos o bandas armadas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado 1.b), de este artículo y hubiese cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta”.

La ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo reforma también el código Penal Español y le incorpora artículo 57 bis a) y b) entre las reglas de determinación de la pena.

En el primero, simplemente se dice que se elevarán las penas en los delitos cometidos a través de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes.

El artículo siguiente (57 bis b), señala que la disposición anterior no es aplicable y se tendrá en cuenta para graduar las penas en las circunstancias en las que se especifican estos preceptos, a) que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado; b) que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. Y, finalmente, en un párrafo segundo se dice que en los supuestos mencionados en el apartado anterior, el tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena contenida en el artículo anterior. Asimismo, el tribunal podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes y evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones previstas en los artículos 418, 419 y 421 del CP.

Esta remisión total de la pena quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo anterior, es decir, los delitos relacionados con las bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes.

En opinión de MUÑOZ CONDE⁶⁷¹ es necesario fijar qué se entiende por “abandono voluntario”. Abandono voluntario, se entiende como el desvincularse de la organización criminal delictiva a la que pertenecía. Por lo que este autor considera que las organizaciones terroristas formarían parte de la criminalidad organizada, lo que nos parece discutible según lo señalamos en el capítulo II. En opinión de CUERDA ARNAU⁶⁷² en cuanto al concepto de “abandono” existe cierta unanimidad en cuanto entenderlo como “*la ruptura definitiva de cualquier clase de vínculo que hubiera mantenido el sujeto con las bandas y elementos que nos ocupan, poniendo fin consiguientemente, a las actividades delictivas que, objetiva*

⁶⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, AAVV, “La criminalidad organizada ante la justicia”, Universidad de Sevilla, 1996, pág.151.

⁶⁷² CUERDA-ARNAU, María Luisa, 1995, pág. 404. Para quien quiera profundizar sobre este punto, en este libro existe un capítulo especial en donde se analiza detalladamente cada expresión utilizada en la ley.

y subjetivamente, tendían a la consecución de los fines propios de las citadas bandas o elementos; ya las realizará el sujeto en su condición de miembro, o sin formar parte de grupo alguno, pero en colaboración con los objetivos de éste”.

Hay que detenerse también en lo que se entiende por “voluntariedad”. La Voluntariedad “no es un simple no quiero, aunque puedo llevar a cabo el acto, sino el regreso a la legalidad por motivaciones que no tienen por qué ser éticas, pero sí de respeto y de asunción de la legalidad”⁶⁷³. Esto es muy importante decirlo, porque en Italia se interpretó en una primera fase la fórmula del arrepentido como que se requería una verdadera reconversión ideológica o política del arrepentido.⁶⁷⁴ Este requisito, sería considerado por este autor como Derecho penal de autor. Por esto él plantea que la voluntariedad del abandono debe ser entendida de una forma menos moral, menos ética, puede ser más utilitaria o pragmática; basta con que el sujeto crea que el camino del respeto a las normas democráticas es mejor que el anteriormente elegido; que las circunstancias han cambiado y que ya no tiene sentido seguir en la vía de la violencia y del atentado terrorista.

En el ámbito del derecho procesal el principal problema que se plantea es si se puede entender a esta “confesión” como una violación del derecho a no autoincriminarse que tiene el imputado. Un problema que ve Muñoz Conde sería que se está fomentando por la misma legislación penal una confesión hipócrita y algunas veces falsificada, y se estaría obviando un principio básico del constitucionalismo moderno, que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y, en definitiva a que si es la confesión el único elemento de prueba que después puede haber en un proceso penal contra él, esa confesión no tenga valor procesal alguno.

Lo curioso es que en España la Audiencia Nacional no ha hecho uso casi en ningún caso de este precepto, porque se dio cuenta rápidamente que era muy cuestionable y porque el solo dato de la confesión y de la inculpación de uno de estos arrepentidos contra los demás miembros de la organización terrorista no podía llevar a una condena penal de los denunciados y como para eso no es posible aplicar el art. 57 bis b) del Código Penal. Finalmente ha prescindido de él.

En el Código Español de 1995 se modifican nuevamente estas disposiciones. El artículo 579.3 del Código Penal Español actualmente vigente señala: *“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”.*

En este artículo no se cambia mucho la situación contenida en el antiguo artículo 57 bis del CP salvo que se han limitado los efectos de éste en cuanto a la aplicación de la remisión total de la pena. Además, en la nueva regulación se suprimen dos límites consagrados en el antiguo artículo 57 bis. En primer lugar no se establece límite alguno para su aplicación; incluyéndose todos los contemplados en la Sección Segunda y por remisión, a los delitos más graves del propio Código Penal. En el nuevo artículo además se le quita la limitación

⁶⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco, 1996, pág. 151. ⁶⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, 1996, pág. 151.

⁶⁷⁴

señalada anteriormente que consistía en que quien se sometiera a este beneficio no podía ser imputado de acciones que hubieren producido la muerte de algunas personas o lesiones consagradas en los artículos 418, 419 y 421 del Código Penal. Tampoco existe la limitación de que quien sea beneficiario de esta atenuación quedaba condicionado a no cometer nuevamente algunos de los delitos señalados en este título⁶⁷⁵.

Los requisitos para la procedencia de esta atenuación de la pena son los siguientes:

Abandono voluntario por parte del sujeto de sus actividades delictivas,

La presentación ante las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, y además,

La colaboración activa para con las autoridades en la investigación.

El abandono ya lo analizamos al tratar el artículo 57 bis y en general se refiere al mismo sentido, habría que agregar que lo que se refiere a “la actividad delictiva” dentro del contexto del tratamiento jurídico del terrorismo en el mismo Código Penal, reside en el rompimiento de vínculos que le unen a organizaciones terroristas⁶⁷⁶. En el caso que se refiera al terrorismo individual sería necesario que el sujeto abandonara “sus” actividades delictivas sin tomar en cuenta el elemento organizativo.

El legislador señala además que el abandono debe ser “voluntario” lo que se ha interpretado por la doctrina como libre y ausente de coacción⁶⁷⁷. Las razones que el sujeto ha tenido en mente para abandonar la 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. No es necesario que el sujeto haya abandonado su ideología, ni que su comportamiento sea producto de motivaciones éticas o morales. La opinión anterior no es compartida por VILLEGAS DÍAZ⁶⁷⁸, en su opinión sí es necesario que la persona beneficiada por la atenuación tenga una reconversión ideológica, si tomamos en cuenta que el sujeto debe “creer que el camino del respeto a las normas democráticas es mejor que el anteriormente elegido” según el concepto que vimos de voluntariedad que tomaba en cuenta MUÑOZ CONDE⁶⁷⁹. Si el terrorista cree que ahora es mejor respetar las normas democráticas, está aceptando en su fuero interno el sistema político que antes combatió. Claro es que, reconocer abiertamente que lo que se pide es un cambio de ideología, implicaría en opinión de VILLEGAS DÍAZ, una contradicción con uno de los postulados básicos del sistema democrático: el pluralismo ideológico.

Uno de los puntos delicados en relación con al abandono voluntario de las actividades delictivas es el relativo a la forma a través de la cual debe manifestarse. El abandono voluntario está basado, como ya sabemos, en el instituto premial italiano denominado “dissociazione”, que cobró vigencia a partir de la ley de 18 de febrero de 1987. Esta

⁶⁷⁵ CAMPO MORENO, Juan Carlos, “Represión Penal del terrorismo. Una visión Jurisprudencial”, Editorial General de Derecho, S.L., Primera Edición, 1997, pág.133.

⁶⁷⁶ VILLEGAS DIAZ, Myrna, 2001, pág. 959.

⁶⁷⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág.334, ARROYO ZAPATERO, 1981, pág.418, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, Cuadernos de Política Criminal nº30, 1986, pág. 569, CUERDA-ARNAU, M^a Luisa, 1995, pág.412 y ss., VALLE MUÑIZ, J.-FERNÁNDEZ PALMA, R., 1999, pág.1068.

⁶⁷⁸ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.960.

⁶⁷⁹ MUÑOZ-CONDE, Francisco, 1996, pág.151.

disociación, de acuerdo a la interpretación de LAUDI⁶⁸⁰, 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. 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.

La legislación española, en cambio, no se pronuncia en cuanto a la forma en que debe manifestarse este abandono, por lo que se concluye que el sujeto que quiera verse beneficiado por el artículo 579.3 del Código Penal Español, no tiene necesidad de realizar ninguna declaración pública de retractación de sus ideas políticas.

Pasamos ahora a analizar el segundo requisito que corresponde a la presentación ante las autoridades y la confesión. La presentación ante la autoridad implica que el sujeto debe ponerse a disposición ante alguna de aquellas cuya misión sea la persecución de delitos. Ella puede verificarse en cualquier momento previo a la detención.

No es necesario que la presentación ante la autoridad y la confesión se realicen en el mismo momento. 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*⁶⁸¹.

Para que la confesión sea válida debe ser completa y veraz, del mismo modo a lo señalado cuando nos referimos al artículo 57 bis. Debe referirse a hechos propios, es decir, a aquellos en los cuales el sujeto hubiere participado y fueren relevantes, en principio, en la determinación de “su” responsabilidad penal.

Debe tenerse presente que la confesión supone que el individuo declare contra sí mismo, y en este sentido, se renuncia a uno de los presupuestos básicos del derecho penal: el que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y a inculparse. De ahí que es preferible interpretar restrictivamente la ley penal, y señalar 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.

Para que pueda proceder a aplicar este 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 unas declaraciones efectuadas a cambio de una importante rebaja en la imposición de una pena”*⁶⁸²

⁶⁸⁰ LAUDI, Maurizio, “La dissociazione dalla lotta armata: l’approdo legislativo per una complessa realtà”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 1988, pág. 283, citado por VILLEGAS DÍAZ, 2001, pág. 961, cita nº 972.

⁶⁸¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.963.

⁶⁸² 648 CARBONELL MATEU, “Delitos contra el Orden Público, 6. Terrorismo, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG-ORTS BERENQUER-CARBONELL MATEU-GOZÁLEZ CUSSAC; Derecho Penal, Parte General, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, 1996 a), pág.808, citado por VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág. 965.

El tercer requisito para poder optar por esta atenuación de la pena consiste en la “colaboración activa en las investigaciones”. El artículo 579.3 exige dos comportamientos alternativos: 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.

Con respecto a lo que se refiere con la “colaboración activa” parece ser que se refiere a que la colaboración debe ser *objetivamente adecuada*, en el sentido de que la contribución debe ir seria y decididamente orientada a impedir la producción del delito.

En cuanto a la coadyuvación en la obtención de pruebas “decisivas” debemos entender como aquellas que permiten fundar una acusación por cualquiera de los delitos de terrorismo. Hay que distinguir además dos situaciones:

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.

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”: Aquí el legislador no determina específicamente cuáles son las conductas que integrarían este supuesto, sobre todo si 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 lo anterior es posible afirmar lo que opinaba en su ocasión LAMARCA PÉREZ⁶⁸³, 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”. En ese sentido, no parece existir diferencia entre un arrepentido y un mero “informante”. Si lo que se debe hacer es suministrar informes, la colaboración o ayuda eficaz en la obtención de pruebas no guarda relación con la delación. Además esto sería un trato discriminatorio para un solo tipo de informantes que claramente serían los más informados dentro de la organización, que como bien señalaba MUÑOZ CONDE⁶⁸⁴ 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”.

II.- La figura del arrepentimiento eficaz en Chile:

Como sabemos la Ley de Conductas Terroristas fue creada durante el régimen militar, desde una perspectiva represiva. A comienzo de los años 90 y con la llegada de la democracia era necesario realizar modificaciones a esta ley. En nuestra opinión no se efectuaron las modificaciones radicales necesarias, pero en algunos aspectos mejoró la normativa en comparación a la anterior. Una de las medidas que se incorporaron para “prevenir y descubrir” hechos de terrorismo fue la promulgación de la ley 19.172 de 4 de noviembre de 1992, dirigida a establecer la impunidad de ciertas conductas terroristas cometidas por quienes colaboraran entregando informaciones a la autoridad acerca de las asociaciones ilícitas y ayudar a su desmantelamiento. Esta ley hacía inaplicable al anterior

⁶⁸³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, pág. 345.

⁶⁸⁴ MUÑOZ-CONDE, Francisco, 1996, pág.152.

artículo 4º de la Ley sobre Conductas Terroristas por el plazo temporal de duración de esta nueva legislación. En virtud de la Historia Fidedigna de esta ley⁶⁸⁵ los fundamentos del Ejecutivo para enviar este proyecto de ley eran los siguientes:

“ a) Asegurar el desarrollo normal y pacífico de las actividades propias de cada ciudadano y el pleno ejercicio de sus derechos, adoptando medidas destinadas a desterrar la violencia del país.

b) Perfeccionar la legislación sobre conductas terroristas y su penalidad, estableciendo los mecanismos necesarios para lograr una mayor eficacia en la prevención y descubrimiento de tales actos.

Para los efectos anteriores se propone:

Contemplar delitos contra la seguridad pública, para castigar al que no impida un delito contra la vida, la integridad corporal o la salud, y la libertad de las personas, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o ajeno, o no informe a la autoridad de la comisión de uno de esos delitos. Con tal fin, el artículo 1º agrega un párrafo 17 nuevo al Título VI del Código Penal, con el nombre de “Delitos contra la seguridad pública”, consignando en él un artículo 341 bis, que contempla los referidos delitos de omisión.

Consagrar una causal de impunidad a favor del que voluntariamente tratare eficazmente de impedir la comisión de delitos terroristas, aportando elementos de prueba suficientes para su determinación y para la identificación de los eventuales partícipes.

Aumentar, de dos a tres grados, la rebaja de la pena que puede aplicarse a favor de los que disocien de una asociación ilícita de carácter terrorista y no sean responsables de otros delitos terroristas, cuando lleven a cabo determinadas conductas previstas en la ley, tendientes a evitar o aminorar las consecuencias del hecho inculcado, o a impedir o prevenir la perpetración de otros de estos delitos, o a detener o individualizar a los responsables o asociados.

Facultar al juez para suspender condicionalmente la condena impuesta al responsable de un delito terrorista, si proporciona todos los indicios y pruebas suficientes para el establecimiento de los hechos delictivos y la determinación de la responsabilidad de los culpables y, además, manifieste su voluntad de disociación de la asociación ilícita.

El período de la suspensión condicional de la condena es equivalente a la mitad del tiempo de su duración, o de 15 años, si el acusado fuere condenado a muerte o a presidio o reclusión perpetua. Ella puede resolverse si, dentro de dicho período, el acusado cometiere ⁶⁸⁶ nuevo delito terrorista o se incorpore nuevamente a una asociación ilícita.”

Sin embargo, ya desde los orígenes de esta ley quedó demostrado que esta disposición era muy controvertida, con lo que tuvieron que realizarse varias sesiones parlamentarias hasta lograr discutir el conjunto de las disposiciones quedando de inmediato rechazado la incorporación del nuevo delito de omisión en la legislación Penal.

El artículo 1º de la ley 19.172 estableció una 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

⁶⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.172”, Compilación de textos oficiales del debate Parlamentario. Ley 19.172, 4 de Noviembre de 1992, Modifica el Código Penal y la ley 18.314 que determina las conductas terroristas y su penalidad, págs.1860, 1861.

⁶⁸⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.172”, págs. 1860, 1861.

ámbito de aplicación se extendía a todo aquel procesado por estas figuras que cumpliera copulativamente con los siguientes requisitos:

“No haber cometido ningún otro de los delitos de terrorismo mencionado en la ley 18.314 y haber abandonado la asociación ilícita, y además;

*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 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”*⁶⁸⁷

En opinión de HORWITZ LENNON⁶⁸⁸ *“...podría producirse un problema en el sentido de qué es lo que ocurre con el sujeto que principia la ejecución del hecho terrorista y resuelve no continuar con la actividad delictiva y realiza alguna de las actividades previstas en las letras a) o b) del artículo 1º de la ley. Específicamente en la letra a), se trataría de un sujeto que en definitiva impidió, con su acción, que se consumara un delito terrorista; no podría ser la fundamentación de la exención de responsabilidad criminal este comportamiento, que es generalmente impune; tendría que entenderse, entonces, que la exención de pena proviene del único delito realmente cometido por el sujeto, que sería la integración en una asociación ilícita terrorista”.*

El artículo 2 de la ley ampliaba el beneficio a los que hayan tenido participación en otros delitos previstos en la ley 18.314, a los cuales se le podría rebajar la pena también hasta dos grados, si abandonaba la organización terrorista y realizaba las conductas mencionadas en las letras a) o b) del artículo anterior. Respecto de este artículo 2º se planteaba otro problema interpretativo, de si la rebaja de pena también se producía respecto del delito de integrar asociaciones ilícitas terroristas y de otros delitos o solamente de los otros delitos.

La oportunidad para llevar a cabo estas conductas y acogerse a estos beneficios era antes de la dictación de la sentencia definitiva, y el caso de que no existiera 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 artículo 1 ya transcritas (art.3º).

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española, la ley no aludía en ninguna parte a la voluntariedad del abandono de la actividad terrorista.

Es extraño lo señalado en el artículo 3º de la ley en donde se especifica que se aplicaría el beneficio independiente del resultado, o sea, independiente si el hecho servía o no para el objetivo con que se había pensado esta institución. Estamos de acuerdo con la opinión de VILLEGAS DÍAZ⁶⁸⁹ en cuanto a que esta disposición 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 o con la rebaja de pena. Se abrió la puerta no tanto a la delación sino al falseamiento de la verdad”.*

⁶⁸⁷ artículo 1º de la ley 19.172.

⁶⁸⁸ HORWITZ LENNON, María Inés, AAVV, “El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?”, Revista de Derecho y Humanidades”, nº 3 y 4, 1993, págs. 101-141, específicamente pág.127, tomo XVI.

⁶⁸⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.947.

El legislador chileno reguló además la situación del condenado que se arrepintiere (artículo 4º inc.4, 5 y 6). En tal caso el tribunal “podrá modificar la sentencia de término” ya con la situación descrita en el artículo 1º o la rebaja de pena del artículo 2º y esta nueva sentencia deberá ser consultada ante los tribunales de alzada. En ningún caso estos 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 pena privativa de libertad, el legislador chileno lo benefició concediéndole la libertad vigilada.

Esta institución fue inspirada en las realidades de las legislaciones italianas y españolas de la época (Italia ley nº 304 de 1982 y en España el derogado art. 174 bis c) del Código penal Español). Al igual que en el caso español, se establecieron medidas de protección para quienes colaboren de esta manera. Sus declaraciones tenían carácter de secreto y constaban en un cuaderno separado al expediente principal del proceso (art.4º). Ello constituyó una limitación al derecho a defensa, por cuanto no había posibilidad de impugnar tales declaraciones⁶⁹⁰. Además el legislador fue más allá en la 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). Sin embargo estos beneficios al “terrorista arrepentido” consistentes en resguardar su seguridad y su identidad no estaban regulados conformemente como que se pudieran efectivamente realizar en la práctica, con lo que encontramos acertada la opinión del Diputado Campos quien al momento de la discusión Parlamentaria señaló lo siguiente: “...*Me pregunto: ¿dónde están las normas presupuestarias y el aparato administrativo del Estado que dé seguridad y protección a los terroristas que se acojan a esta disposición?. ¿Dónde están las normas o los procedimientos que permitirán cambiarles su identidad, encontrarles trabajo, proporcionarles una vivienda, etcétera, como ocurre en las naciones desarrolladas, en circunstancias de que bien sabemos que todo nuestro sistema penitenciario y judicial carece de recursos?...este es un proyecto ineficaz, impracticable, y si algún terrorista se acogiera a él, en el fondo, quedará automáticamente condenado a muerte por los propios terroristas que fueron sus cofrades anteriormente, ya que el Estado no le proporciona la seguridad ni* ⁶⁹¹ *los medios para ampararse en términos de relativa certeza”.*

Siguiendo en el tema de la “eficacia” de esta normativa el mismo abogado de esa época del Ministerio de Justicia que estuvo presente en la discusión Parlamentaria señaló lo siguiente: “...*la eficacia está derivada en la medida de que miembros de estos grupos se acojan a la Ley de Arrepentimiento Eficaz, más allá de la situación jurídica y procesal* ⁶⁹² *en que quede la persona...”*

HORWITZ⁶⁹³ señaló en un somero análisis de esta legislación lo siguiente: “Se *prescinde, de toda consideración retribucionista o preventivo especial, para poner el acento*

⁶⁹⁰ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.947.

⁶⁹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.172”, Compilación de textos oficiales del debate Parlamentario. Ley 19.172, 4 de Noviembre de 1992, Modifica el Código Penal y la ley 18.314 que determina las conductas terroristas y su penalidad, págs. 2948, 2949.

⁶⁹² TORO, Luis, “El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?”, Revista de Derecho y Humanidades”, nº3 y 4, 1993, págs. 101-141, específicamente pág.102, tomo XVI.

⁶⁹³ HORWITZ LENNON, María Inés, AAVV, “El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?”, Revista de Derecho y Humanidades”, nº 3 y 4, 1993, págs. 101-141, específicamente pág.124, tomo XVI.

en la finalidad socio-política del Estado. La dimensión individual del sujeto pasa a un segundo plano y el objetivo fundamental es la eficacia..”

En realidad a pesar de toda la discusión que surgió a raíz de esta modificación, su aplicación práctica fue nula porque, en virtud de nuestra investigación, no encontramos ningún caso en la jurisprudencia nacional de algún terrorista que se haya acogido a esta ley. Sin embargo se produjo la paradoja que igualmente se desarticulaban las organizaciones terroristas, uno de los objetivos de esta normativa, sin embargo puede haber sido por cualquier motivo como por ejemplo, el debilitamiento ideológico de las organizaciones armadas, pero sin duda, no fue por efecto de esta legislación.

Durante el debate Parlamentario también se discutió acaso si esta ley debía modificar permanentemente el artículo 4º de la ley 18.314 o si se debía aplicar sólo temporalmente⁶⁹⁴. Esta ley se encontraba limitada temporalmente ya que de acuerdo a lo señalado en el artículo 6º se estableció un plazo de vigencia de la misma, que correspondía a un período de 4 años contados desde su publicación, período durante el cual dejaría de aplicarse el art.4º de la Ley de Conductas Terroristas. Este período fue contemplado como un verdadero período de prueba para esta ley. 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 19.172.

De esta manera se trataba de permitir que el arrepentimiento eficaz sirviera para eximir de toda pena, a quienes asociados ilícitamente buscaban la comisión de delitos que deben calificarse de terroristas; o llegaren 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. El proyecto de ley extendía el beneficio a los condenados 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.

Al final, este proyecto de ley fue dejado sin efecto.

Luego de la aplicación temporal de la ley 19.172, se volvió a la aplicación del artículo 4º de la Ley sobre conductas terroristas. Este artículo 4º señala lo siguiente:

“Podrá disminuirse 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 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 diferencia con lo que disponía la ley 19.172 era que el artículo 4º de la ley 18.314 no considera una remisión total de la pena, sólo considera una remisión de la misma en dos grados (se puede asimilar en eso a lo que sucedió en España con la reforma del Código

⁶⁹⁴ El diputado Schaulsohn, el profesor Garrido Montt y el Ministro de Justicia estaban a favor de hacer permanente esta iniciativa. En general quienes no se conformaban en incorporar elementos de “delación” estaban porque esta normativa fuera temporal. El profesor Juan Bustos señaló que este tipo de leyes debía tener un carácter temporal “...porque evidentemente tienen un peligro, porque se da la tendencia de afectar los derechos humanos y las garantías ...”. AAVV, “El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?”, Revista de Derecho y Humanidades”, n° 3 y 4, 1993, págs. 101-141, tomo XVI

Penal que eliminó lo señalado en el artículo 57 bis en cuanto a que no existiera la posibilidad de remisión total de la pena). Por otra parte, su ámbito de aplicación se extiende a todos los delitos descritos en la ley 18.314, sin restringirse a la asociación ilícita terrorista.

Para poder optar a este beneficio dos son los presupuestos que se le exigen al sujeto:

Llevar a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o

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.

Estos requisitos son exigidos de manera alternativa.

En el caso del primero de los requisitos exigidos por la norma, a saber: “evitar las consecuencias del hecho incriminado”, en opinión de VILLEGAS DÍAZ⁶⁹⁵ se trataría de una conducta similar al “desistimiento”.

En la doctrina más tradicional chilena se distingue entre “desistimiento” y “arrepentimiento” asimilándose en opinión de GARRIDO MONTT⁶⁹⁶. El primero tiene lugar en los delitos cuya concreción requiere de la ejecución de varios actos de parte del autor, lo que le permite, en su decurso, abandonar parte de ellos dejándolos sin realizar (tentativa inacabada) y el segundo tiene lugar cuando el delincuente ha realizado todo lo necesario para que el proceso causal que importa el hecho se desarrolle y provoque el resultado, pero antes de que éste sobrevenga, cesa en su propósito y trata de impedirlo (tentativa acabada). El desistimiento, según esta opinión, se puede dar sólo en la tentativa propiamente tal; el arrepentimiento en la frustración; ambos traen como consecuencia la no punibilidad de lo realizado. El arrepentimiento no se satisface con una simple posición psicológica, interna, en cuanto al resultado; debe consistir en una conducta activa, “en acciones positivas dirigidas a evitar el resultado”, resultado que objetivamente debe ser impedido. En el desistimiento, el derecho se conforma con el simple abandono de la acción iniciada; no le exige que se arrepienta de lo realizado, que haga algo para evidenciar su voluntad de borrar lo que había ejecutado.⁶⁹⁷

Otros autores⁶⁹⁸ de la doctrina nacional no distinguen entre “arrepentimiento” y “desistimiento”, no utilizan la distinta denominación, pero si están conformes con distinguir entre el desistimiento en la tentativa y en la frustración. En ese contexto dan opiniones similares a la de GARRIDO MONTT señalando que en la frustración, el simple “dejar hacer” del agente no es suficiente para configurar la excusa legal, desde el momento que esa pasividad desembocaría en el resultado perseguido, toda vez que el agente ha puesto todo lo necesario para que el delito se consuma. Es necesaria por tanto, una actitud activa del autor, que se conoce como abandono activo o arrepentimiento. Para que sea efectivo el desistimiento en la frustración se requiere que el propio autor evite el resultado, esto es, que la no consumación sea el fruto exclusivo de la propia actividad del actor.

⁶⁹⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.951.

⁶⁹⁶ GARRIDO MONTT, Mario, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación. Edit. Jurídica de Chile, primera edición, 1984, pág.181.

⁶⁹⁷ GARRIDO MONTT, Mario, 1984, pág. 182.

⁶⁹⁸ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis, en “Texto y comentario del Código Penal Chileno”, tomo I, libro primero, Parte General, Coordinador Jean Pierre Matus Acuña, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, págs. 85-92.

El desistimiento en la tentativa requiere que el agente no siga actuando cuando podía hacerlo, sin embargo este actuar se complementa con lo señalado en el artículo 8 del Código Penal⁶⁹⁹ referente al desistimiento en la proposición y en la conspiración, dándole una aplicación general a ésta normativa, señalando que en el desistimiento en la tentativa también se requiere que el agente denuncie a la autoridad el plan y sus circunstancias, esta última exigencia podría asimilarse al arrepentimiento eficaz del cual tratamos, pero igualmente se diferenciaría en el momento del iter criminis al que se refiere.

Para que exista desistimiento el resultado debe haberse evitado, en opinión de GARRIDO⁷⁰⁰, si no se tiene éxito en impedirlo, no obstante la diligencia, su actividad de evitación constituirá una atenuante como la establecida en el artículo 11 n°7, tratar con celo reparar el mal causado o impedir sus consecuencias, pero no podrá calificarse de desistimiento con efecto liberador de pena. Una cuestión que agrega GARRIDO y que sirve también para justificar nuestra postura respecto al desistimiento y su relación con la figura del arrepentimiento eficaz, es que el desistimiento debe tener lugar antes de que el delito se consuma, *“toda actividad que con posterioridad desarrolle el sujeto, aunque evidencie un arrepentimiento de su acción delictiva, solo puede calificarse como reparación del mal o una tentativa de impedir sus consecuencias posteriores, que tiene otros efectos jurídicos, como los señalados, entre otros, en los artículos 11n°7 y 456, que atenúan la responsabilidad”*⁷⁰¹.

A pesar de que la distinción entre tentativa y delito frustrado ya ha sido eliminada dentro de la doctrina y de algunas legislaciones⁷⁰² GARRIDO MONTT⁷⁰³ insiste en que esta distinción sirve para efectos pedagógicos (para distinguir el desistimiento del arrepentimiento), eso sí se debe dejar en claro que en nuestra legislación aún se distingue expresamente estas dos figuras en el artículo 7 del Código Penal⁷⁰⁴.

Para NOVOA MONREAL, CURY URZÚA Y ETCHEBERRY⁷⁰⁵, el desistimiento operaría tanto en la tentativa como en la frustración.

⁶⁹⁹ El artículo 8 del Código Penal Chileno señala lo siguiente: *“La conspiración y proposición para cometer un crimen o simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito. La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas. Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o 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”*.

⁷⁰⁰ GARRIDO MONTT, Mario, 1984, pág. 196.

⁷⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario, 1984, pág. 196.

⁷⁰² En el Código Penal español de 1995 desapareció la distinción entre delito frustrado y tentativa. El nuevo texto del Código, en su artículo 16 unifica los conceptos bajo la noción única de tentativa señalando lo siguiente: *“cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todo o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” (inciso 1°)*.

⁷⁰³ GARRIDO MONTT, Mario, 1984, pág. 182.

⁷⁰⁴ El artículo 7 del Código Penal Chileno señala lo siguiente: *“ Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”*

⁷⁰⁵ NOVOA MONREAL, E, “Curso de Derecho Penal chileno, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pág. 159, ETCHEBERRY, A, 1976, págs.69-71, CURY URZÚA, Enrique, “Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito)”, 1977, pág.108.

La doctrina tradicional chilena califica al desistimiento como una excusa absolutoria, con consecuencia liberadora de pena y radica su fundamento en razones de política criminal, o sea, “*la conveniencia de proporcionar motivos al agente para que abandone su empresa criminal*”⁷⁰⁶. Como excusa absolutoria sólo beneficia a quien se arrepiente y no a los demás participantes.⁷⁰⁷

Existen otras teorías que justifican de distinta forma la exclusión de la pena a raíz del desistimiento, entre ellas se encuentran por ejemplo, la doctrina de la insignificancia de la culpabilidad que pone énfasis en la supuesta menor reprochabilidad del hechor que se desiste. WELZEL⁷⁰⁸ escribe que “*el verdadero sentido del privilegio para el que se desiste consiste en la insignificancia de su culpabilidad, que muestra su desistimiento*”. Esta teoría que significa sobrevalorar el sentido ético del desistimiento, haciéndolo equivalente a una causa de exculpación, no ha encontrado apoyo en la doctrina alemana.

Otra teoría es la doctrina de la ausencia de dolo, defendida por la doctrina italiana que se desinteresa de los motivos que induzcan al sujeto a renunciar a la acción y en donde se dice que el desistimiento impediría el perfeccionar la acción típica de la tentativa, por faltar una voluntad culpable persistente hasta el momento en que la acción se desvincula del control finalístico del sujeto. Una opinión parecida sostiene CURY quien dice que “para que exista una tentativa punible, es absolutamente preciso que la voluntad de consumir permanezca presente hasta el momento en que la acción se interrumpe o el resultado se frustra”. En la tentativa desistida (como en el desistimiento en el delito frustrado) faltaría pues, “la perfección del dolo”⁷⁰⁹. La teoría del dolo como voluntad persistente contradice la concepción generalmente admitida de que el desistimiento es una conducta “posterior al hecho punible”.⁷¹⁰

Otra teoría es la llamada del “puente de oro” conocida por la frase “a enemigo que huye puente de plata”. Se ha argumentado en contra de esta doctrina que “la promesa de impunidad no influye en modo alguno sobre la resolución del autor en el momento decisivo, tanto más cuanto que suele ser ignorada por la población”⁷¹¹. Una crítica semejante le hace CURY quien dice que ese fundamento para la impunidad es irreal, “jamás el sujeto desiste tras efectuar un cálculo como el descrito, entre las ventajas y desventajas jurídicas de consumir”⁷¹²

Otros autores basan el eximente de la pena en la teoría del “premio” o “gracia” por la no consumación. Señalan que en vez de la idea de un estímulo debiera hablarse, más

⁷⁰⁶ GARRIDO MONTT, Mario, 1984, pág. 185.

⁷⁰⁷ La misma opinión la tienen POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis, en “Texto y comentario del Código Penal Chileno”, tomo I, libro primero, Parte General, Coordinador Jean Pierre Matus Acuña, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, pág. 83.

⁷⁰⁸ WELZEL, 9ª edición, pág.176, citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración”, Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1999, págs.218-219.

⁷⁰⁹ CURY, Enrique, “Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito)”, 1977, pág.115.

⁷¹⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración”, Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1999, págs.220-221.

⁷¹¹ LABATUT/ZENTENO, tomo I, pág.186, citado por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, 1999, pág.223, cita específica número 632.

⁷¹² CURY, Enrique, “Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito)”, 1977, pág. 111.

bien, de un premio para el que voluntariamente retorna a tiempo a la conducta socialmente correcta. A esta idea se le objeta que, más que un fundamento de la exclusión de la pena, ella expresa el efecto de la regla sobre el desistimiento.⁷¹³

Para ROXIN⁷¹⁴, la mejor justificación de la exclusión de pena en el desistimiento se explica con la teoría del fin de la pena modificada, señalando esta teoría que “en el desistimiento voluntario un castigo nunca se encontraría cubierto por un posible fin de la pena: ni las necesidades de prevención general o especial, ni tampoco la retribución por la culpabilidad exigen su castigo”. Este autor critica la “teoría político-criminal” o del “puente de oro” primero desde un punto de vista práctico porque *“la circunstancia de que el motivo que debe conformar la razón del desistimiento no tiene lugar en la praxis”*, señala ese autor que en la jurisprudencia alemana no existe ningún solo caso en el que el autor haya retrocedido durante la tentativa, por haber querido beneficiarse con la impunidad. La postura de POLITOFF⁷¹⁵ es similar a la de ROXIN.

En opinión de JAKOBS, en los casos de desistimiento *“no se trata de política criminal, gracia, premio, fin de la pena, atenuación de la culpabilidad, ni de ningún otro de los criterios que se han empleado como clave para resolver esos problemas. Se trata más bien de la particularidad, que presenta la tentativa no fracasada, de ser un hecho todavía actual y, por ello, aún susceptible de modificación”*⁷¹⁶. Con esta opinión señala que *“sólo en la medida en que el autor domine todavía con seguridad, de acuerdo con su plan, todos los riesgos generados por encima del nivel permitido puede quedar completamente exento de pena modificando – voluntariamente- la orientación de su conducta”*⁷¹⁷.

El desistimiento ha sido considerado por el legislador chileno tanto en la conspiración como en la proposición para delinquir, etapas anteriores a la tentativa. Se trata de conductas impunes de conformidad con las reglas generales (artículo 8 del Código Penal) y punibles en caso de terrorismo (art.7 ley 18.314), casos en los cuales se permite rebajar la pena señalada al delito consumado uno o dos grados, produciendo un efecto similar al que señala el art. 4º de la ley 18.314 esto es, rebajar la pena hasta en dos grados.

En opinión de HORWITZ LENNON⁷¹⁸, el artículo 4º de la Ley sobre conductas Terroristas y su penalidad trata de premiar a aquel que tiene un comportamiento posterior a la consumación del delito. Y en tal sentido es completamente diferente a los casos de desistimiento en los casos preparatorios, desistimiento en la tentativa y en la frustración.

En nuestra opinión la norma del artículo 4º de la Ley sobre conductas Terroristas, no fue contemplada con la finalidad de crear un nuevo concepto de lo señalado en la parte general respecto del desistimiento, sino que por lo que hemos podido apreciar, esta norma fue planteada para el caso de que los delitos considerados como terroristas

⁷¹³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, 1999, pág.224.

⁷¹⁴ ROXIN, Claus, “Acerca de la Ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 26 de junio de 2001, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. En este artículo se hace un claro resumen de las teorías más conocidas respecto del desistimiento.

⁷¹⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, 1999, pág. 225.

⁷¹⁶ JAKOBS, Gunther, “El desistimiento como modificación del hecho”, en “Estudios de Derecho Penal”, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág.325.

⁷¹⁷ JAKOBS, Gunther, 1997, pág.345.

⁷¹⁸ HORWITZ LENNON, María Inés, AAVV, 1993, págs. 101-141, específicamente pág.125, tomo XVI.

ya se habían cometido incorporando casos nuevos de atenuación en el caso que el supuesto terrorista se “arrepintiese” cumpliendo con ciertas condiciones planteadas en la normativa. En consecuencia, aunque las teorías en principio son similares para justificar tanto el “desistimiento” como el “arrepentimiento”, consideramos que estamos hablando de momentos dentro del iter criminis distintos, y que aunque la frase señale la palabra “evitar”, el legislador quiso referirse en todo momento a delitos consumados y puede interpretarse esta palabra como evitar los efectos de un delito que ya se encuentra consumado. En consecuencia, en nuestra opinión, no se aplicaría la normativa ni las teorías sobre el desistimiento.

En el caso de que una vez consumado el delito se trate de aminorar sus consecuencias, no tiene mucha diferencia de lo que señala la ley común en la atenuante consagrada en el artículo 11 nº7 del Código Penal que señala lo siguiente: “*Son circunstancias atenuantes: 7ª Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias*”. De considerarse esta atenuante como “muy calificada”, el efecto de la reducción de pena sería casi el mismo y en situaciones como las contempladas en las asociaciones ilícitas, este arrepentimiento tiene la calidad de intensificar la atenuación al punto de contemplar una exención de pena (art.295 del Código Penal)⁷¹⁹.

El segundo de los requisitos para optar a esta atenuación de la pena es el siguiente: “*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*”

Con la palabra “efectivamente” se refiere a 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 Justicia⁷²⁰. Sobre este elemento común se distinguen dos presupuestos:

Otorgar informaciones o antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas:

Esta colaboración con la justicia es problemática porque 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”. Con esa frase resulta evidente que se está legalizando la figura de la “delación” al establecer una rebaja de 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. 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 declaraciones, puede llegar a involucrar a personas ajenas a la actividad delictiva, en aras de conseguir a toda costa su beneficio.⁷²¹ Además en este caso, se rompe la relación entre el delito cometido y la pena designada al mismo, porque no es relevante el delito de quien delata sino que se considera de mayor relevancia la

⁷¹⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, 2001, pág.951.

⁷²⁰ MUJICA MONTES, A. - RIEGO, Cristián, “Ley sobre arrepentimiento eficaz”, Tesis de Licenciatura, Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, 1994, págs. 36-37.

⁷²¹ BARATTA, A. “Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia”, en Democracia y Leyes antiterroristas en Europa, Ipes, Euskadito Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koaderno, 6.zka, Bilbao, 1985 a), pág.45. Para el caso español, PEREZ CEPEDA, Ana; “Reinserción en materia de terrorismo”, en CJ, año 3, nº 31, Junio 1995, pág. 27. Para el caso chileno, MUJICA, A. – RIEGO, Cristián., 1994, Págs. 12-121.

información otorgada, la cual es el elemento que hace necesario e incuestionable, a raíz de esta legislación, la rebaja de pena.

Además se señala por la doctrina que la aplicación de este beneficio solo cuando la colaboración con la justicia diga relación con “otros delitos de terrorismo”, infringe el principio de igualdad, garantía constitucional consagrada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución política de la República, “...*En Chile no hay personas ni grupos privilegiados... ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Aquí se produce una diferencia arbitraria cuando la atenuación se hace aplicable para quien revela antecedentes relacionados con un tipo específico del 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 en delitos comunes.

Otorgar informaciones o antecedentes que sirvieran efectivamente para detener o individualizar a los responsables de esta clase de delitos.

En este caso también queda claro que se está privilegiando la delación y que con la exigencia del artículo, una vez más se está atentando contra el principio de igualdad, porque se está privilegiando al terrorista más “peligroso” que es el único que podría otorgar esta información.

No es conveniente que en un Estado de Derecho se institucionalice una práctica como la delación porque como señaló el Diputado Sr. Naranjo en la discusión parlamentaria de la ley 19.172, “*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 respeto a los derechos humanos*”⁷²².

Al igual que en lo señalado en el número 1), en este número se demuestra que existe una alteración a la relación entre el delito y la pena porque se privilegia la delación sin importar el delito cometido y se obtiene un beneficio correspondiente a la disminución de la penalidad sólo tomando en consideración la información recibida, sin necesidad de sopesarla con el delito que realmente se ha cometido.

Terminando de analizar la institución del “arrepentimiento eficaz” queremos señalar que nuestra toma de postura es la siguiente:

La institución del Derecho Penal Premial, en primer lugar, ya sólo a un nivel semántico es chocante, ya que no calza con el objeto del Derecho Penal que principalmente trata de regular la “pena” de ciertos delitos tipificados en la ley y ¿cómo puede concebirse dentro de la “pena”, un “premio”? ó ¿cómo se podría considerar a la pena como un premio?, realmente no tiene ningún sentido semántico. La única justificación a estas medidas de premio, como es el “arrepentimiento eficaz” se puede dar dentro de un sentido de “eficiencia”, desde un sentido “utilitarista”, para así estimular a que a través de un beneficio de atenuación y hasta, en algunos casos, remisión total de la pena, el acusado por algún delito terrorista confiese su conducta, asuma su responsabilidad y delate a sus compañeros en cuanto a la existencia de una organización terrorista o en cuanto a la ejecución de otro delito de terrorismo. Si tomamos en cuenta esa premisa y ya terminado de analizar todas las experiencias de Derecho Comparado que nos propusimos en este trabajo, nos damos cuenta que en el país en que fue más efectiva esta medida fue en Italia, pero que igualmente se fue modificando la legislación y mejorando sus errores para evitar las represalias que ocurrieron por casos

⁷²² Historia de la ley 19.172, págs. 2260-2262.

de delaciones. En España no ha sido lo suficientemente eficaz y todavía recibe muchas críticas. En Chile, esta medida no cumplió con su objetivo y es más, se desarticularon las organizaciones por diferencias ideológicas y no por la eficacia de las medidas premiales.

Desde otro punto de vista, se critican estas instituciones porque infringen principios básicos del Derecho Penal y Procesal Penal, según lo señalado al comienzo de este capítulo. Sin embargo no con todas esas críticas estamos de acuerdo.

En primer lugar, sí estamos conformes con la crítica de que la figura del arrepentimiento eficaz corresponde a un derecho penal de autor.

Respecto a si infringe o no el principio de legalidad en materia penal, también nos inclinamos a considerar que sí lo infringe por la vaguedad con que se legisla sobre la materia. También consideramos que esta figura infringe el principio de proporcionalidad porque no existe una relación entre el delito y la pena, que en el caso de los delitos de terrorismo son penas muy elevadísimas, y que al mismo tiempo se permita una atenuante que pueda llegar a la eximición total de la pena.

Desde el punto de vista procesal, estamos de acuerdo con quienes critican estas medidas, desde el punto de vista de la alteración del objeto procesal, porque éste se extiende más allá del análisis de los hechos y además se estaría forzando al sujeto de alguna medida, para que confesara, con lo que se vulnera su derecho a no autoincriminarse. Además, en el caso de que se acepte la delación de terceros, se infringe el principio de presunción de inocencia, porque la declaración de estos delatores era considerada como plena prueba.

Por todo lo anterior, consideramos que de “lege ferenda” deberían eliminarse estas medidas premiales de nuestra legislación penal y en el caso de que el acusado confesare o se arrepintiere de su delito, evitando las consecuencias de éste, sólo debería aplicársele las reglas generales de atenuación.

En el caso de que el Estado diera la debida protección a los que confiesan que pertenecen a un grupo terrorista y se demostrare su eficiencia práctica en la lucha contra los delitos de terrorismo, aceptamos la introducción de esta medida especial en estos delitos, siempre que esté debidamente regulada y no incluya una remisión total de la pena y tampoco la delación a terceros, sino sólo algo similar a la “disociación silenciosa” italiana, declarando su pertenencia a un grupo armado, su desvinculación con éste y la denuncia del delito que iba a cometer, demostrando debidamente que se alejó de la actividad terrorista, pero sin la necesidad de tener que delatar a otros para poder optar al beneficio de atenuación.

CONCLUSIONES

Para efectos expositivos, las conclusiones a las que hemos arribado a lo largo de esta investigación, serán expuestas enumeradamente. Se ha preferido exponerlas en acápites de limitada extensión, con el fin de una más fácil y rápida comprensión.

PRIMERA. El sistema Penal, como concreción del poder punitivo estatal, renuncia en ocasiones, en todo o parte, a la imposición o a la ejecución de una pena, considerando para ello, circunstancias posteriores a la comisión del delito, que no dicen relación con el injusto ni con la culpabilidad sino que con los fines de la pena.

Dentro del ámbito de dichas situaciones, se encuentra el ejercicio del Derecho de Gracia y del derecho Premial.

SEGUNDA. Con anterioridad a ocuparnos de los conceptos de Derecho de Gracia y por Derecho Premial, y cómo se conectan estos conceptos en su aplicación concreta respecto de los delitos de terrorismo, fue conveniente adoptar un modelo operativo del sistema jurídico, del sistema penal, de la pena y de sus fines. En este sentido, nos manifestamos proclives a aquellas teorías acerca de los fines de la pena, denominadas teorías mixtas, ya que sólo ellas distinguen los distintos momentos en que la pena se manifiesta en el sistema jurídico penal.

TERCERA. Tanto el Derecho de Gracia, como el Derecho Penal Premial, nacen a la vida del Derecho a raíz de ciertas circunstancias políticas y sociales determinadas que hacen tomar al Estado una decisión política y legislativa de renuncia a su capacidad de sancionar delitos.

Como concepto de Derecho Penal Premial, concordamos con aquel que lo define como “aquél fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, viene aplicado un premio consistente en una despenalización. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el dismantelamiento de las organizaciones terroristas, independiente de la producción en el mismo de un determinado Estado psicológico que efectivamente de cuenta de su reinserción social”.

Una de las diferencias entre ambas instituciones, es que en el Derecho penal Premial existe un actuar del sujeto que va a ser beneficiado. Se requiere su colaboración con el aparato estatal. Por el contrario, en el Derecho de Gracia existe una decisión unilateral del Estado de aplicar el beneficio sin la existencia de una colaboración de parte del beneficiado.

A raíz de la evolución histórica de estas dos instituciones, nos percatamos que ellas han surgido en especial de manos de las personas que poseen el poder soberano, quienes deciden, generalmente luego de un conflicto armado, otorgar un tipo de gracia o negociación con los responsables de algún delito.

CUARTA. Respecto de la Naturaleza Jurídica de las instituciones de Gracia y Premiales, en nuestra legislación la amnistía y al indulto se consagran como causas de extinción de la responsabilidad criminal. En el caso del Derecho Penal Premial se ha incorporado sólo hace algunos años en legislaciones especiales, como en la ley de conductas terroristas, como también en materias relacionadas con tráfico de drogas. En los Códigos generales se encuentra incorporado un tipo de Derecho Premial en el Nuevo

Código Procesal Penal, en materia del juicio simplificado donde se le otorga un beneficio al imputado que reconoce los hechos que se le imputan. En cuanto a la institución del arrepentimiento eficaz es considerado por algunos como una excusa legal absolutoria y por otros como una especial circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal. Nosotros estamos de acuerdo en cuanto a considerarla como excusa legal absolutoria no así a la amnistía.

QUINTA. Planteado en términos generales qué se entiende por pena, Derecho Penal Premial y Derecho de Gracia, correspondió posteriormente ocuparnos del estudio del terrorismo, en un examen que nos permitiera manejar un modelo operativo del mismo y que considere, razonablemente, algunos aspectos relevantes que permitan comprender al terrorismo como fenómeno social.

SEXTA. El examen del fenómeno social del terrorismo exige un enfoque multidisciplinario. Las aportaciones de las Ciencias Sociales sobre la materia son ineludibles de consideración, entre ellas la Ciencia Política, la Sociología, la Criminología y la Historia. Los aportes de las disciplinas mencionadas deben estar orientados a la construcción de un modelo operativo del terrorismo en cuanto acción social, que permita superar la mera recolección de definiciones que destacan aspectos parciales del fenómeno. Un buen punto de partida, lo constituye la distinción en el ámbito semántico entre los términos “terror”, “terrorismo” y “terrorista”.

SÉPTIMA. Para la construcción de un modelo operativo de terrorismo, distinguimos entre un contexto de acción de las relaciones sociales en que éste se desenvuelve y distintos elementos relevantes en dicha acción.

El contexto de acción social del terrorismo viene dado por su naturaleza de acción políticamente orientada. Es dicho contexto, el que dota de sentido a esta forma de acción social. En este sentido, el terrorismo aparece caracterizado como una especial forma de violencia política con expresa referencia a la obtención, mantención o influencia sobre el poder políticamente establecido.

OCTAVA. Es importante distinguir el terrorismo de otras formas de violencia social y política. En este sentido, cabe señalar que lo que permite distinguir el terrorismo de otras formas de violencia social, son algunas circunstancias tales como: su falta de espontaneidad, su inserción dentro de un plan estratégico mayor, y el alcance temporalmente indeterminado de su actuación, por nombrar algunas. La diferencia del terrorismo con otras formas de violencia política se da en el ámbito valorativo. En este sentido, el terrorismo se presenta como una calificada forma de violencia política ilegítima. La ilegitimidad predicada se fundamenta en la infracción del marco normativo de legitimación material del uso de la violencia, tanto a nivel internacional como interno.

NOVENA. Delimitado el contexto de actuación de la acción social que importa el uso del terrorismo, pudimos describir los elementos relevantes del fenómeno. El modelo propuesto se basó en la consideración de los siguientes elementos: a) El carácter violento de la acción; b) un componente psicológico; c) Su carácter sistemático; d) un elemento estructural; e) un componente estratégico. La consideración de los distintos elementos mencionados tiene la ventaja de permitir diferenciar el terrorismo de formas de delincuencia que presentan algunas semejanzas en cuanto a sus formas de actuación. Tal es el caso de la criminalidad organizada. Pese a la tendencia de cierta doctrina en asimilar el terrorismo a una especie de criminalidad organizada, estimamos que ello no es correcto debido a la consideración de dos elementos diferenciadores básicos: el elemento ideológico y la publicidad del acto terrorista.

DÉCIMA. El terrorismo admite múltiples clasificaciones. La clasificación básica y la más importante, es aquella que distingue entre terrorismo insurgente y terrorismo vigilante. La distinción se sustenta en los distintos objetivos sociopolíticos perseguidos con cada una de estas especies de terrorismo, en relación a una posición de poder político dada. Mientras el terrorismo insurgente pretende alterar una determinada distribución y situación de poder, el terrorismo vigilante pretende mantener dicho orden y afianzarlo.

UNDÉCIMA. Dentro de la modalidad vigilante del terrorismo, debe analizarse con especial interés el terrorismo de Estado. La importancia de dicho fenómeno es palmaria en la Historia de los últimos cuarenta años en Latinoamérica, con el advenimiento de distintas dictaduras militares en éste continente, las cuales incurrieron en actos reconducibles a esta categoría de terrorismo. El terrorismo de Estado puede entenderse en variados ámbitos, tanto de carácter interno como de carácter internacional. Un punto de partida para entender el terrorismo de Estado, en su uso en contextos nacionales, constituye englobarlo dentro de un fenómeno más amplio que es el abuso de poder.

El anterior punto de análisis debe complementarse con el examen de la dimensión discursiva de legitimación y la implementación funcional del terrorismo de Estado. En dicha tarea, reconocemos como válidas las reflexiones de Garzón Valdés sobre la materia y los argumentos críticos que dicho autor sostiene para refutar la estrategia discursiva de legitimación de este tipo de actos.

En cuanto a su concreción a atentados específicos, puede sostenerse en Latinoamérica cierta uniformidad a las formas en que se llevó a efecto el terrorismo de Estado. Entre dichos atentados pueden citarse la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, los secuestros, entre otras.

DUODÉCIMA. Un punto de interés en el examen del terrorismo, es la evolución de la reflexión en torno a la idea de delito político, la que se produce a lo largo de la historia en tensión con los delitos de terrorismo. La utilidad práctica del reconocimiento del delito político es conferir un tratamiento más favorable a dichos actos en relación con el denominado delito común.

Los privilegios para el delito político se manifiestan concretamente en su consideración para efectos extraditorios (no procede la extradición en caso de delito político) y en cuanto a la gravedad de la penalidad asignada (la penalidad es más leve en caso de ciertos delitos políticos en relación a otros atentados delictivos de carácter común). Dichos privilegios son negados para los delitos de terrorismo, los que son objeto de regulaciones a nivel interno e internacional que fomentan precisamente la extradición y la imposición de altas penalidades.

Tanto la regulación interna de los Estados como también el Derecho Internacional, niegan el carácter de delito político para los delitos de terrorismo.

DÉCIMOTERCERA. Un interesante punto a examinar, y que resulta ilustrativo para el posterior examen de las legislaciones sobre terrorismo escogidas, lo constituye la evolución de determinados enfoques político criminales relacionadas con graves formas de criminalidad, entre ellas los delitos de terrorismo, y que se pueden sintetizar en la oposición del denominado "Derecho penal del enemigo", versus el "Derecho Penal del ciudadano".

Las características del "Derecho Penal del enemigo" se despliegan tanto en el ámbito sustancial como procesal, entre ellas podemos encontrar el adelantamiento de la punibilidad, agravación sustancial de sanciones, restricción de garantías jurisdiccionales al imputado, entre otras. Las características anteriores, se sustentan en una especial consideración del agente, que llevan a que se considere a éste como "enemigo".

Desde una perspectiva normativista, el enemigo merece un tratamiento especial dado la falta de seguridad cognitiva que significa su conducta para el cumplimiento de la norma, lo que le hace aparecer, en palabras de ciertos autores, como un riesgo.

La legitimación de un derecho penal del enemigo, se sustenta en su supuesta mayor eficacia protectora de bienes jurídicos penales. Lo anterior, supone distinguir entre bien jurídico penal y bien jurídico. La distinción mencionada es fruto de una postura normativizada del derecho penal y de los fines de la pena, que pone énfasis en la prevención general positiva y que ve el delito como vulneración de la norma. Desde una perspectiva como la descrita, fundamental será la protección del bien jurídico penal, entendiendo por tal el aseguramiento de expectativas normativas por parte del ciudadano, circunstancia que el enemigo no puede cumplir.

En cuanto a las circunstancias históricas de aparición del fenómeno pueden rastrearse éstas en el proceso de deslegitimación del Estado de Bienestar en las últimas décadas del siglo pasado. Hay circunstancias económicas definidas que permiten entender el nuevo modelo de tratamiento de la “emergencia penal”, en dicho contexto.

La fundamentación valorativa del derecho penal del enemigo, se sostiene en su función de protección de los valores fundamentales de la comunidad frente a graves atentados en contra de los mismos. En un enfoque normativista, ello supondría un carácter simbólico manifestado por modelos de legitimación que compitan por sustituir dichas valoraciones fundamentales. Modelos alternativos que se expresarían en las formas delictivas adscritas a los supuestos enemigos. No se vislumbran en la actualidad dichos modelos alternativos.

DÉCIMOCUARTA. Otro punto de influencia de la política criminal de los Estados para enfrentar el problema de los delitos de terrorismo, lo constituye la normativa internacional sobre terrorismo internacional, contenido tanto en variadas fuentes normativas, fundamentalmente, en tratados internacionales y resoluciones de organizaciones internacionales. La orientación del Derecho Internacional respecto al tratamiento de los delitos de terrorismo, se despliega en variados aspectos. Distinguimos al efecto cuatro materias en las cuales se produce dicho efecto: Conceptualización de los delitos de terrorismo; coordinación de políticas entre Estados; Conformación de consensos internacionales sobre el carácter de injusto material que encarna el terrorismo; cambio de enfoque en el enfrentamiento del fenómeno desde una lógica de lucha represiva a una de carácter preventivo.

En el ámbito semántico, la expresión terrorismo internacional puede aplicarse tanto a sujetos como a situaciones. Las definiciones de la doctrina sobre la materia nos ilustran, en mayor o menor medida, respecto de la relevancia de los elementos internacionales presentes tanto en cuanto a los actores involucrados (agentes o víctimas) como también a la situación espacial en que se cometen los actos de terrorismo internacional, y al ataque que representan dichos actos a valores fundamentales de la comunidad internacional. El argumento de los derechos humanos es un importante factor de consenso, en torno a la construcción de una fundamentación preventivo general positiva de la legislación antiterrorista. Dicho consenso emana de la regulación internacional y ha influido en las legislaciones internas.

Para efectos analíticos, puede insertarse al terrorismo internacional dentro de la categoría de los crímenes internacionales. En la tipificación de los crímenes internacionales, puede apreciarse una estructura compuesta de distintos elementos, tanto fácticos como normativos. El crimen internacional genera responsabilidad internacional, la que puede ser de variada índole, siendo imputable a Estados o individuos. El núcleo de interés

de este trabajo se relacionó con la responsabilidad internacional en el ámbito individual. Corresponde al Derecho Penal Internacional, en tanto rama especial de Derecho Internacional, establecer los requisitos y la sanción de los crímenes internacionales.

En cuanto a la evaluación comparativa de la regulación internacional en materia de terrorismo, pueden establecerse esquemas de interpretación de tendencias, respecto de ciertos aspectos relevantes presentes en dicha legislación, tomando como punto de referencia el 11 de septiembre de 2001, fecha de la comisión de los atentados terroristas en New York. El énfasis en la actualidad se concentra en la prevención, represión y sanción de actividades de financiamiento del terrorismo, a través de redes de apoyo a éste.

DÉCIMOQUINTA. En cuanto al marco legal general del terrorismo en la legislación chilena, nos damos cuenta que a escala histórica, el comienzo de la legislación anti-terrorista en Chile se relacionó con el concepto de Seguridad del Estado y fueron gobiernos autoritarios quienes instauraron una concepción del terrorismo que se refería solamente a la disidencia política de la época. Se asimilaron los conceptos de “terrorismo” con “marxismo”.

Existe controversia con respecto a si es conveniente consagrar constitucionalmente al terrorismo, porque su incorporación fue hecha en una época histórica antidemocrática y, según opinión de algunos, no sería necesario incorporar este concepto a nivel constitucional. Para otros, el concepto que consagra la Constitución sobre terrorismo, puede ayudar a completar la deficiente legislación que existe en esta materia. En nuestra opinión, es necesario, por la coyuntura actual, seguir con la regulación del terrorismo en la Constitución, tomando como limitación el concepto de ésta y en especial, la frase que señala que el terrorismo es contrario a los derechos humanos. Igualmente pensamos que son necesarias modificaciones a este artículo 9, lo cual lo señalaremos unos puntos más adelante al referirnos al indulto y a la amnistía.

En cuanto a la regulación legal del terrorismo en Chile, consideramos que habría sido más conveniente reemplazar completamente la ley 18.314 con el retorno a la democracia en Chile. Igualmente, desde esos años hasta nuestros días, se han emprendido modificaciones que resultaron apropiadas pero, a su vez, insuficientes para un correcto tratamiento legislativo del tema.

En primer lugar, si queremos tener un moderno sistema penal y una exitosa reforma procesal penal, estimamos que seguir legislando en leyes especiales e incorporándoles a ellas delitos con una gran penalidad, sin ninguna armonía con los principios fundamentales del derecho penal y del procesal penal, no tiene sentido. En nuestra opinión, en una reforma posterior al Código Penal deberían incorporarse, los delitos de terrorismo, cuidando de establecer correctamente un concepto de éste, los tipos específicos y sus penalidades, salvando con esto los problemas concursales que siguen presentes y tomando en cuenta la normativa internacional sobre la materia.

DÉCIMOSEXTA. Respecto del marco jurídico general sobre terrorismo en España hay que señalar que, en sus orígenes, el terrorismo era asimilado a una corriente disidente que fue el “anarquismo” y, posteriormente, en la época franquista, se asimiló a la masonería y al comunismo. Terminada la dictadura y durante la transición democrática, existe una tendencia de despolitización de los delitos de terrorismo, se transforman en delitos comunes y se realizan reformas para terminar con la competencia de los Juzgados Militares. En el año 1977 se producen los “Pactos de la Moncloa”, dejando su tipificación al Código Penal, eliminando las leyes especiales. Además se cambia el concepto de terrorismo, atendiendo más a la naturaleza del hecho (delito común) que a la finalidad (política).

En la Constitución Española de 1978, se reconoce que el terrorismo existe, que no tiene el carácter de delito político y se legisla acerca de la posibilidad de suspender determinados derechos fundamentales. Al comenzar la transición a la democracia siguieron existiendo grupos rebeldes que efectuaban atentados terroristas, con lo cual el Estado Español reaccionó, volviendo a legislar en leyes especiales los delitos de terrorismo, ampliando la lista de materias que pueden ser consideradas como delitos de terrorismo, tomando como relevante la noción de grupo como criterio nuclear de la definición de terrorismo. En 1988 se derogó la ley especial anterior y se introdujeron nuevamente los delitos de terrorismo en la legislación penal común.

El Código Penal Español de 1995 no entrega un concepto de terrorismo, pero sí nos entrega dos elementos, uno teleológico que es la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” y un elemento estructural que se refiere a una organización bajo conceptos de “banda armada” u “organización o grupo terrorista”; sin embargo, este segundo elemento no cobra relevancia en el artículo 577 del Código Penal Español, en donde se incorporó el terrorismo individual.

El Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo fue modificado por la Ley Orgánica 7/2000 y además por la Ley Orgánica 5/2000, la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A raíz de estas modificaciones y según el análisis que realizamos en su oportunidad, se incorporan claramente a la legislación penal en materia de terrorismo, la corriente doctrinaria del “Derecho Penal del Enemigo”.

DECIMOSÉPTIMA. El Derecho de Gracia en Chile y en España presenta ostensibles diferencias, ya en cuanto a la consagración de las reglas generales del mismo, respecto a toda clase de delitos, ya en cuanto a su específica consagración y ejercicio respecto de delitos de terrorismo.

No obstante lo anterior, es necesario un marco de análisis conceptual común para ambas legislaciones, que permita fundamentar la legitimación material del Derecho de Gracia.

El modelo conceptual elaborado, opera sobre la base de dos niveles de argumentación, relativos a las modalidades de derecho de gracia consagradas históricamente en ambas legislaciones, indulto y amnistía. En primer lugar, un nivel de fundamentación histórico, político y constitucional, donde el punto central lo constituye el ejercicio de poder soberano que importa el derecho de gracia. En segundo lugar, un nivel de argumentación jurídico penal, que lo pretende justificar basándose en consideraciones de teoría de los fines de la pena y el principio de necesidad de la pena. En cada nivel, se pretende encontrar fundamentos de legitimación para cada modalidad de gracia, ya sea indulto o amnistía.

Es necesario una clara estructuración del entendimiento de las reglas generales sobre derecho de Gracia, tanto a escala constitucional como legal, ya que ellas nos permitirán resolver aquellas situaciones no reguladas específicamente para la aplicación de estas medidas respecto de sujetos responsables de delitos de terrorismo, en caso de no existir normas especiales en contrario.

DÉCIMOOCTAVA. Para el caso del sistema chileno, es urgente la implementación de medidas de armonización, por vía legislativa, del derecho de gracia con las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario. El punto cobra especial relevancia en el caso de la amnistía y su procedencia eventual en el caso de situaciones reconducibles a crímenes internacionales.

Décimonovena. Respecto del terrorismo de Estado, y su manifestación a partir de 1973 y durante los primeros años de la dictadura militar, debe adoptarse una posición

suficientemente coherente que permita fundamentar el rechazo de la aplicación de la amnistía para tales conductas.

La imposibilidad de la aplicación de la amnistía a los hechos mencionados, puede sustentarse en consideración a argumentos de variada índole, que incluyen tanto razones de carácter interno (una determinada interpretación respecto de las características y de los efectos penales de la amnistía como causal de extinción de la responsabilidad penal) como también argumentos de carácter internacional, en especial, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, en la forma que hemos expuesto.

VIGÉSIMA. Respecto al terrorismo insurgente y la procedencia de las modalidades de gracia, en Chile, la regulación que al efecto provee la Constitución no nos parece coherente, al no permitir la procedencia del indulto particular respecto de conductas terroristas y, sin embargo, permitir la dictación de amnistías respecto de las mismas. Proponemos al efecto, la reforma del art.9 de la Constitución, de tal forma que se termine con el uso de equivalente funcional con que ha operado el indulto general para el caso de conductas terroristas, al existir la prohibición de dictar indultos particulares.

VIGÉSIMA PRIMERA. En el caso chileno, no es posible reconocer al uso del derecho de gracia una labor fundamental en la desactivación y neutralización de organizaciones terroristas insurgentes durante las décadas recientes. Lo anterior, por tanto, sólo importa reconocer la utilidad que podría tener el derecho de gracia para la resocialización de los responsables de delitos de terrorismo.

VIGÉSIMA SEGUNDA. En el caso de España, el ejercicio del Derecho de Gracia se remite a la posibilidad de la dictación de indultos particulares, dado el silencio del Constituyente respecto de la amnistía y la prohibición expresa de la Carta Fundamental respectoa los indultos generales. Tal es el marco de reglamentación que debe considerar, a priori, el ejercicio del derecho de gracia respecto de delitos de terrorismo en dicho país.

Reviste fundamental importancia, por su relevancia histórica a lo largo de la historia de la segunda mitad del siglo XX en España, referirse al actuar de una organización de terrorismo insurgente determinada, y que ha sido objeto de medidas de gracia para sus miembros, tanto en períodos autoritarios como democráticos. Nos referimos a ETA.

Respecto de la organización separatista ETA, la aplicación de indultos a sus miembros se ha producido en distintas fases de existencia de la misma, desde las postrimerías del Régimen de Franco y con posterioridad al advenimiento de la democracia surgida del Pacto Político de la Moncloa.

La eficaz resocialización de presos etarras a través del recurso al instrumento del indulto particular, no ha sido suficientemente confirmada en los hechos, dado el incumplimiento, por ejemplo, de las condiciones impuestas a algunos beneficiarios de tal medida, los que han vuelto a incurrir, por ejemplo, en conductas terroristas y quebrantar el extrañamiento que se les había concedido como conmutación a las gravosas penas privativas de libertad que se les habían impuesto. Tal experiencia ha sido decisiva en el escepticismo presente en España respecto de la prudencia.

Hay tendencias presentes en la regulación de ciertas normas introducidas recientemente sobre ejecución de penas respecto de delitos de determinados delitos de terrorismo, (Ley Orgánica 7/2003 sobre cumplimiento efectivo de penas) que, en nuestro concepto, podrían marcar la pauta en el caso de que la autoridad política decida volver al uso del indulto, como medida de resocialización de presos etarras. Dichas tendencias,

en caso de aplicarse al caso del indulto particular, importaría aplicar consideraciones de derecho premial a la aplicación de indultos particulares.

Indudablemente, la solución del problema vasco y el accionar de ETA, habrá de pasar por un proceso de negociación entre los distintos actores involucrados en el conflicto, el cual pueda poner fin a la violencia política que aún hoy afecta a España. Si la voluntad de negociar es seria, ambas partes deberán reconocer la necesidad de realizar recíprocas concesiones.

En caso que se decida negociar, cualquier proceso en tal dirección deberá tener como base el abandono de las acciones violentistas por parte de ETA, en forma efectiva y duradera. Obtenido lo anterior, pueden estudiarse los mecanismos, que el Estado español puede ofrecer los miembros de ETA, que signifiquen estímulos razonables a la resocialización de los mismos.

En el campo del Derecho de Gracia, hay que decidir si los estímulos de resocialización podrían significar el uso de la amnistía o de indultos particulares. Ello significa, obviamente, reconocer la posibilidad de que, pese al silencio del Constituyente español respecto a la amnistía, ésta puede dictarse. Nosotros interpretamos dicho silencio, en el sentido de que no es posible la aplicación de la amnistía en la Constitución Española de 1978, basados en el argumento de que si son prohibidos los indultos generales, existen mayores motivos para prohibir la amnistía, atendida la mayor extensión de los efectos de esta última. Por lo mencionado, la solución que propugnamos sólo reconoce la posibilidad del ejercicio de indultos particulares, condicionados al abandono de la organización terrorista y el uso de la violencia, como arma de acción política.

VIGÉSIMA TERCERA. Respecto a los argumentos a favor o en contra del Derecho Penal Premial, no concordamos con aquellos que aceptan sin ninguna objeción esta institución, ni tampoco dentro del grupo que lo rechaza desde una visión solamente moral; esta última perspectiva, en nuestra opinión, no es la única que ha de tenerse en cuenta, si lo que se pretende es objetar fundadamente desde un punto de vista jurídico, cualquier institución.

Respecto de las críticas específicas a esta figura, nuestra opinión es la siguiente: En cuanto a si la figura del arrepentido o en general el derecho penal premial corresponde a un Derecho Penal de autor, si consideramos que es una afirmación acertada y respecto de la cual estamos con los críticos al considerarla inaceptable.

Respecto a la infracción al principio de legalidad, éste tiene dos aspectos. El primero, sería el principio de legalidad en materia penal que sí estaría infringiéndose por la vaguedad general de la legislación sobre esta materia y con respecto al principio de legalidad procesal habría una duda respecto a su infracción, ya que nuestro nuevo sistema procesal penal acepta el principio de oportunidad en ciertas circunstancias y en ciertos delitos que en general son de mayor envergadura y pena que los delitos de terrorismo, pero al aceptar lo anterior en la legislación común, quiere señalarse que el principio de legalidad procesal ya no tiene tanta importancia como antes lo tenía, por lo que consideramos que ya no se infringe a través de esta figura, es más, esta figura es una de las primeras demostraciones legislativas que llevan hacia un principio de oportunidad.

Respecto de la infracción del principio de igualdad constitucional, estamos de acuerdo con los autores que consideran que con esta figura no se contradice el principio de igualdad. Consideramos que sólo puede hablarse de vulneración del principio de igualdad, cuando la discriminación de que se trata carezca de fundamento, implicando un tratamiento diferenciado para dos situaciones idénticas. En nuestra opinión, los delitos de terrorismo,

sí tienen una connotación especial distinta a los otros delitos, por lo que no a todos se les podrían aplicar las mismas medidas premiales que a los de terrorismo.

Respecto al respeto o no del principio de proporcionalidad, estamos de acuerdo que con estas medidas no se respeta dicho principio. Habría una patente contradicción en que respecto de las elevadas penas por delitos de terrorismo, desproporcionadas en relación con otros delitos, se permita el uso de medidas premiales a favor de los delincuentes terroristas. Con esta dicotomía se rompe la relación entre delito y pena.

Desde el punto de vista de los principios procesales, se habló de que se alteraba el objeto procesal, porque no quedaba limitado al análisis de los hechos sino que se extendía también a la personalidad del imputado. Lo anterior sucede, específicamente, en las legislaciones en que además del abandono voluntario del sujeto, se exigen otros tipos de comportamientos por parte de los beneficiarios de medidas premiales, conductas que deben verse reflejadas en el proceso. Si no se exigen esos otros comportamientos, no se estaría vulnerando el objeto procesal. Además, concordamos, con la doctrina que señala que se vulneraría el Derecho a no autoincriminarse con lo que se estaría retrocediendo al principio inquisitivo, en donde el acusado representaba un objeto de persecución, en lugar que un sujeto de derechos con posibilidad de defensa.

Concordamos con quienes señalan que, en un sentido determinado, esta figura vulnera el principio de presunción de inocencia, porque en algunas legislaciones, como la italiana, para concederle la posibilidad al reo de salir bajo libertad provisional se le condicionaba a la colaboración y al nivel de eficacia que ésta había sido. Además, las declaraciones de los imputados-colaboradores que inculpaban a terceros se tomaban como plena prueba sin tener mayor certeza que su declaración era verdadera. Es claro además, que las declaraciones podían no ser ciertas y que sólo se busca el beneficio, por lo que sí infringe además el principio de seguridad procesal.

Además, los hechos son claros en cuanto a que la protección a los arrepentidos no es asumida debidamente por los Estados, como sí lo hace EEUU con sus delatores, a consecuencia de lo anterior, los Estados que hemos adquirido estas modalidades, hemos sufrido las consecuencias de las represalias.

VIGÉSIMO CUARTA. Es de utilidad hacer un seguimiento histórico de los sujetos que en las distintas legislaciones han sido beneficiados como “arrepentidos”. Como hemos de recordar, la figura del arrepentido nace en Italia. En el año 1978 surge la denominación de los “pentitis” que se refiere no al mero terrorista que se disocia, sino que, además de disociarse, coopera de un modo u otro en la desarticulación de planes terroristas, o en el descubrimiento de otros integrantes de la organización.

La legislación Italiana contiene eximentes, atenuantes y además dejaba abierta la posibilidad de indulto en caso de que exista una colaboración eficaz, esto fue así hasta una reforma producida en 1986 en donde se creó la llamada “disociación silenciosa”, en donde el sujeto debía señalar a la autoridad qué papel había desempeñado específicamente en la organización sin aportar antecedentes de terceras personas. Además debía repudiar la violencia como método de lucha política.

VIGÉSIMO QUINTA. En cuanto a la legislación Española sobre arrepentimiento eficaz, cabe señalar que no se considera nueva esta institución para dicha legislación, pero sí reciente respecto de los delitos de terrorismo, según lo analizado en la evolución histórica de esta figura. El artículo emblemático de esta figura en la historia legislativa española y que ha recibido mayores críticas doctrinarias fue el artículo 57 bis (b), que consagraba el abandono voluntario de las actividades delictivas más la confesión de los hechos en que hubiere

participado. Se requería que este abandono hubiera evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro. Con estos requisitos cumplidos, la pena se le podrá disminuir en 1 ó 2 grados a la fijada al delito. Además el tribunal podrá acordar la remisión total cuando la colaboración activa del reo hubiere sido particularmente eficaz para identificar a delincuentes y evitar el delito. El Código Penal Español de 1995 modificó nuevamente la disposición de los arrepentidos, quitándole la posibilidad de remisión total de la pena.

VIGÉSIMO SEXTA. En cuanto a la legislación chilena, la figura del arrepentido se encontraba consagrada en el artículo 4º de la Ley de Conductas Terroristas. Además, cuando Chile volvió a la democracia, se dicta una ley específica de arrepentimiento eficaz cuyo número es la 19.172. Esta ley tenía una vigencia temporal y su finalidad era desarticular las organizaciones terroristas para que no operaran durante el régimen democrático. Sin embargo, su normativa no era acertada y quedaban muchos vacíos, como por ejemplo la desprotección dada a los mismos arrepentidos, cosa que hasta hoy no ha sido regulada y que en la práctica es un grave peligro por todas las represalias que se dan entre delatores y delatados.

El artículo 4º de la Ley 18.314 es el que actualmente se aplica en el caso del arrepentimiento eficaz y señala dos presupuestos que se le exigen al sujeto para poder optar al beneficio que consagra. El primer requisito es “Llevar a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”. Este primer requisito, según algunos autores, se asimila al caso del desistimiento voluntario. En nuestra opinión, aún cuando las teorías que justifican el desistimiento son similares a las que señala la doctrina respecto del arrepentimiento, consideramos que no se pueden asimilar, porque estamos refiriéndonos a momentos dentro del iter críminis distintos y que el legislador quiso referirse en todo momento en el caso del artículo 4º de la ley de conductas terroristas a delitos consumados. En cuanto al segundo requisito del artículo 4º, consideramos que aquí claramente se le está dando un papel preponderante al delator, porque se beneficia a quien delate hechos realizados por otros y en los que él no ha tomado parte.

VIGÉSIMO SÉPTIMA. Consideramos que, de “lege ferenda”, deberían eliminarse estas medidas premiales de nuestra legislación penal y en el caso de que el acusado confesare o se arrepintiere de su delito, evitando las consecuencias de éste, sólo debería aplicársele las reglas generales de atenuación.

En el caso de que el Estado diera la debida protección a los que confiesan que pertenecen a un grupo terrorista y se demostrare su eficiencia práctica en la lucha contra los delitos de terrorismo, aceptamos la introducción de esta medida especial en estos delitos, siempre que esté debidamente regulada y no incluya una remisión total de la pena y tampoco la delación a terceros, sino sólo algo similar a la “disociación silenciosa” italiana, declarando su pertenencia a un grupo armado, su desvinculación con éste y la denuncia del delito que iba a cometer, demostrando debidamente que se alejó de la actividad terrorista, pero sin la necesidad de tener que delatar a otros para poder optar al beneficio de atenuación.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “*Los fines del Derecho Penal*”, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Tomo LI, MCMXXCVIII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, “Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000

ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Primera edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994.

ALONSO PÉREZ, Francisco, “Introducción al estudio de la Criminología”, Editorial Reus, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades”, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, Hernán, “Ley de amnistía del año 1978”, en Revista Gaceta Jurídica, Año 1995, N°180, Santiago, 1991.

AMBOS, Kai, “El nuevo Derecho Penal Internacional”, AARA Editores, 1ª Edición, Lima, 2004.

AMBOS, Kai, “Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico sobre Colombia, Perú, Chile y Argentina”, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck, Comisión Andina de Juristas, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997.

AROSTEGUI, Julio, “La especificación de lo genérico: La violencia política en la perspectiva histórica”, en Revista Sistema N°132-133, Madrid, 1996.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 39/159 de la 102ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 17 de Septiembre de 1984, sobre “Inadmisibilidad de la política de terrorismo y de toda acción de los Estados encaminada a socavar el sistema sociopolítico de otros Estados soberanos”, en w.un.org/spanish/terrorismo/ag/ares39159.pdf.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 37 (A/59/37), en [http://ods-ydsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/415/76/PDF/N0441576.pdf](http://ods-ydsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/415/76/PDF/N0441576.pdf?OpenElement) OpenElement..

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 2114ª Sesión Plenaria, 18 de septiembre de 1972, Resolución 3034(XXVII).

BACIGALUPO, Enrique, “Delito y punibilidad”, Segunda Edición ampliada, Editorial Hamurabbi S.R.L., José Luis de Palma Editor, Buenos Aires, 1999.

BARATTA, Alessandro, SILBERNAGL, Michael, “La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal”, año 8, 1985.

BARATTA, A. “Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia”, en Democracia y Leyes antiterroristas en Europa,

Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, 1985 a)76.

BASSIOUNI, M. Cherif, « International Criminal Law, Volumen I, Crimes »: Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1999.

BECCARIA, Césare, “De los delitos y las penas”, traducción español de Juan Antonio de las casas, Alianza Editorial, 9º impresión, 1999.

BENÍTEZ, Rafael. A., “Un nuevo Convenio Antiterrorista para Europa”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales Nº 7, 2003, en www.reei.org.

BENTHAM, Jeremy, “Tratados de Legislación Civil y Penal”, Editora Nacional, Madrid, 1981.

BERGALLI, Roberto et al., “Sistema Penal y problemas sociales”, Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, 2003.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Mensaje 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 (Diario Oficial 24 de enero de 1991). Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Stgo., Chile, 1997.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley 19.172”, Compilación de textos oficiales del debate Parlamentario. Ley 19.172, 4 de Noviembre de 1992, Modifica el Código Penal y la ley 18.314 que determina las conductas terroristas y su penalidad.

BLANC ARTEMIR, Antonio, “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Bosch Casa Editorial S.A, Barcelona, 1990.

BRAIN, Héctor, “El Derecho de Gracia” en Revista de Ciencias Penales, segunda época, T.13 y 14, 1953-1954.

23. BRICOLA, Franco, “El arrepentimiento del terrorista, el perdón al evasor y los silencios de la ley nº646 del 1982”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 51, 1993.

BUENO ARUS, Julio, “Terrorismo Internacional”, Ministerio de Justicia, Instituto de Cuestiones Internacionales”, Madrid 1984

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREÉ, Hernán, “Lecciones de Derecho Penal”, vol. I, Edit. Trotta, Barcelona, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Control Social y Sistema Penal”, Edit. PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Seminario Reformas Penales en 1992” en AAVV, Revista de Derecho y Humanidades, U. De Chile, Año II – nº 3 y 4, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ed.Ariel, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política Criminal y Estado”, en Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, en [w www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/bustos12.htm](http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/bustos12.htm)

BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo “Los Crímenes de Derecho Internacional y los conflictos armados no internacionales”, en Revista de Derecho, Año 1, Diciembre de 2000, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2000.

CALDUCH CERVERA, Rafael, “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el Terrorismo”, en Revista Española de Derecho Internacional. Volumen LIII, 2001,

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional. Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2002.

CALDUCH CERVERA, Rafael, "Dinámica de la Sociedad Internacional", Ediciones Centro de Estudios Ramón Arcés S.A., Madrid, 1993.

27. CAMPO MORENO, Juan Carlos, "Represión Penal del terrorismo. Una visión Jurisprudencial", Editorial General de Derecho, S.L., Primera Edición, 1997, pág.133.

CANCIÓ MELIÁ, Manuel, "Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español de la L.O 7/2000", en Revista Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, Abril –Junio, Bogotá, 2003.

CAMARGO, Pedro Pablo, "Derecho Internacional Humanitario". Tomo I, Jurídica Radar Ediciones, Santa Fe de Bogotá, 1995.

30. CAMPO MORENO, Juan Carlos, "Represión Penal del Terrorismo. Una visión Jurisprudencial", Edit. General de Derecho, S.L, Primera Edición, 1997.

31. CARRARA, Francesco. "Programa de derecho criminal", Parte General, vol II, cap. X, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARRASCO DELGADO, Sergio, " Sobre los indultos particulares en Chile", en Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Publico, Santiago 5, 6 y 7 de noviembre de 1998, en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

CASTALDO, Andrea, "La naturaleza económica de la Criminalidad Organizada", en Revista Prudentia Juris, N° 57.

CASTILLO BARRANTES, Enrique, PICCA, Georges y BERISTAIN, Antonio, "Criminalidad Organizada", en Cuadernos de Política Criminal Número 50, Madrid, 1993.

COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, "Derecho Penal, Parte General", Valencia, 3ª edición, 1990.

COMITÉ INTERAMERICANO CONTRA EL TERRORISMO (CICTE), "Presentación del presidente del Comité contra el Terrorismo (CTC) del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas". (Presentación realizada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el día 30 de enero de 2004), CUARTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES. OEA/Ser.L/X.2.4, 28 al 30 de enero de 2004, CICTE/INF.8/04, Montevideo, Uruguay, 4 febrero 2004.

CONGRESO NACIONAL, BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO, N°229-07, "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto sobre reforma constitucional, en primer trámite constitucional, sobre indulto, amnistía y libertad provisional", 3 de enero de 1991, en : <http://sil.congreso.cl/docsil/info1707.doc>.

CONSEJO DE EUROPA, "Decisión marco de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el Terrorismo"(2002/475/JAI), en: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002F0475&lg=ES

COPELLO, Mario Alberto, "La Sanción y el Premio en el Derecho", Edit. Losada, S.A., Buenos Aires, 1945.

CORTINA, Adela, "Ética y violencia Política" en " Violencia y Política", Monográfico, Revista Sistema, N° 132-133.

COUSIÑO MAC IVER, Luis, “Derecho Penal Chileno”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

COX, Francisco, “Negociación en el nuevo proceso penal”, AAVV, Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, 2002

CUERDA-ARNAU, María Luisa, “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

CURY URZÚA, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

CURY URZÚA, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

DARHENDORF, Ralph, “Hacia una teoría del conflicto social” en A. y E. Etzioni (Compiladores), “Los cambios Sociales. Fuentes, tipos y consecuencias”, Editorial F.C.E, México, 1979

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 30, 1986.

Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Caso nº IT-94-1-AR 72, Sala de Apelaciones del TPIY, 2 de octubre de 1996

DECLARACIÓN DE MONTEVIDEO, adoptada en la Quinta sesión plenaria del Comité Interamericano contra el terrorismo, celebrada el día 30 de enero de 2004, Cuartoperíodo ordinario de sesiones, Organización de Estados Americanos, 28 a 30 de enero de 2004, CICTE/DEC.1/04rev.3, Montevideo, 2004, en www.cicte.oas.org

DEL BARRIO REYNA-LEÓN REYES, Álvaro, José, “Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos”, Primera edición, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1991.

DEL RÍO, Raimundo J., “Manual de Derecho Penal Chileno”, Colección de manuales Jurídicos Nº1, Editorial Nascimento, Santiago, 1947.

DIEGO DÍAZ –SANTOS, María del Rosario y SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coordinadoras), “ Derecho Penal: implicaciones internacionales”, Editorial Colex, Salamanca, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXV, Nº 103, Enero- Abril de 2002, México, 2002

DOMÍNGUEZ, Andrés, “Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990

ESSER, Albin, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, en “Nuevos horizontes en la ciencia penal”, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1999.

ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, 3ª Edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

ETCHEBERRY, Alfredo, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1875-1966” Tomo II. Parte General y Especial. Editorial Jurídica de Chile, Reimpresión de la 2ª Edición, Santiago, 2002.

FERRACUTI, Franco, "Ideología y arrepentimiento: el terrorismo en Italia", en AAVV, REICH, Walter (compilador) "Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales", Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1994.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho Penal Mínimo", en "Prevención y teoría de la pena", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.

FIERRO, Guillermo, "Amnistía, indulto y conmutación de penas", Edit. Hamurabi. Bs. As, 1999

FONTECILLA RIQUELME, Rafael, "Amnistía e Indulto", Revista de Ciencias Penales, 2ª época, tomo 13 y 14, Chile 1953-1954.

FONTECILLA, Rafael, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

FUENZALIDA, Néstor, "El indulto ante el Derecho y el Procedimiento Penal", Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1962.

GABELLA, María Clara, "La crisis de legitimidad del sistema penal. La protección de los derechos humanos como función del derecho penal", en www.derechopenalonline.com/derpenal/crisisgabella.htm .

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio, "La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia(1935-1965)", Editorial Andrés Bello, Santiago, 1972.

GALVEZ VALENZUELA, Juan Ramón, "El Derecho de Gracia", Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1984.

GANOR, Boaz , "Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter?", en www.ict.org.il/articles/define.htm#present .

GARCÍA SAN PEDRO, "Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales", Monografía, 1993, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid.

GARRIDO MONTT, Mario, "Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación. Edit. Jurídica de Chile, primera edición, 1984.

GARRIDO MONTT, Mario, " Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GARZÓN VALDES, E, "El velo de la ilusión. Apuntes para una vida argentina y su realidad política". Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000.

GASSER, Hans-Peter, "Actos de terror, "terrorismo" y derecho internacional humanitario", en Revista Internacional de la Cruz Roja N° 847, 2002, en w.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList521/200E562FAB1CB42AC1256DE2003426A9.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, "Derecho Procesal Penal", 3ª Edición Reformada y actualizada, Editorial Colex, Madrid, 1999.

GOLDMAN, Robert K., "Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y conflictos armados internos", en Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos N°12, Julio – Diciembre de 1990, San José de Costa Rica, 1990.

GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (editor), "Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa", Editorial Nueva, 1ª Edición, Madrid, 2002.

GLICK, Leonard, “Criminology”, Ally and Bacon, Prentice Hall.Inc., Boston, 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador) “Las Consecuencias Jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español (El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Artículos 93 a 95”, en A.A.V.V., “Comentarios al Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero, Parte General, obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz de Quiroga, Coordinador Jean Pierre Matus, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

HAFFKE, Bernhard, en A.A.V.V., SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (compilador), “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico – penal”, en “Fundamentos de un sistema europeo de derechos humanos”. Libro en homenaje de Claus Roxin, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.

HACKER, Friedrich, “Terror: Mito, Realidad, Análisis”, Plaza & Janes, Barcelona, 1975.

HASSEMER, Winfried, “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal”, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 1999.

HEGEL, G.W.H., “Principios de la Filosofía del Derecho”, Editorial Edhasa, Barcelona, 1988.

HENDLER, Edmundo S. “Derecho Penal y Procesal Penal de los EEUU”, Edit. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996

HOBBS, Thomas, Leviatán, cap. XXVIII (Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sareto), Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1940.

HORWITZ LENNON, María Inés, AAVV, “El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?”, Revista de Derecho y Humanidades”, nº 3 y 4, tomo XVI, Santiago, 1993.

IRIGOIN BARRENE, Jeannette, y ESPALIAT LARSON, Astrid, “Las normas sobre de Derecho Internacional Humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile”, en A.A.V.V., “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos”, VALLADARES, Gabriel Pablo (compilador), Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003.

JAKOBS, Günther, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación”. Traducción de la Segunda Edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther, “Sobre la Teoría de la pena”, en “Cuadernos de Conferencias y artículos”, Nº16, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1998.

JAKOBS, Günther. “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes Jurídicos o la vigencia de la norma?, Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2001.

JAKOBS, Günther, “Incrimination en un estado previo a la lesión del bien jurídico”, en “Estudios de Derecho Penal”, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, "El lado subjetivo del hecho", Disertación expuesta en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, 3 de abril de 2003, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá, en www.carlosparma.com.ar/jakobs.htm .

JAKOBS, Gunther, "El desistimiento como modificación del hecho", en "Estudios de Derecho Penal", Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997.

JESCHEK, Hans-Heinrich, "International Crimes", en "Encyclopedia of Public International Law, Volumen 8, Humans Right and the Internacional Law. Internacional Economics relations", North Holland, 1985-1990

KANT, Immanuel, "La metafísica de las costumbres", Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

LABATUT GLENA, G, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, 1985, "Tratamiento jurídico del terrorismo", Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Septiembre-Diciembre, N° 42, 1989.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Análisis del Proyecto de Reforma en materia de Terrorismo", en AAVV "Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías", editorial Colex, primera edición, Madrid.

LAQUEUR, Walter, "Una historia del terrorismo", Editorial Paidós, Buenos Aires, 2003.

LESCH, Heiko, "La función de la pena", Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" N °4, Editorial Dykinson, 1999.

LOCKE, John, "Dos ensayos sobre el gobierno civil", traducción Francisco Jiménez Gracia, Editorial Espasa Calpe, S.A, Madrid, Segunda edición, 1997.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, "Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias", Ediciones Akal S.A, Madrid, 1988.

LOVEMAN, Brian y LIRA, Elizabeth, "Leyes de reconciliación en Chile: Amnistías, indultos y reparaciones" (1819-1999), Colección Fuentes para la Historia de la República, Obra realizada con la colaboración de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, la Universidad Alberto Hurtado y el Centro de Documentación Barros Arana, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago, 2001, pág.189.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "La relación del merecimiento de pena y la necesidad de pena con la estructura del delito", en A.A.V.V, "Fundamentos de un sistema europeo de derechos humanos". Libro en homenaje de Claus Roxin, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.

MANZINI, Vincenzo, " Tratado de Derecho Penal", traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo V, primera parte "Teorías generales", vol. V, Editorial Ediar S.A Editores, Buenos aires, 1950.

MAÑALICH, Juan Pablo, "El secuestro como delito permanente y el DL de amnistía", en Revista de Estudios de la Justicia, N°5, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago, 2005, págs.25 a 28.

MARTEL, Alamiro de Ávila, “Esquema del Derecho Penal Indiano”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 1941

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Las consecuencias jurídicas del delito”, Tercera Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.

MERA FIGUEROA, Jorge, “El Decreto Ley de amnistía N°2191 de 1978 y la exigencia de la justicia por la violación a los derechos humanos”, en Revista de Ciencias Penales, 5ª Época, Tomo XLI, Volumen 2, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, págs.88 y 89.

MERKEL, Adolf, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial B. de F, Buenos Aires, 2004

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 5 Edición, Barcelona, 1995.

MIR PUIG, Santiago. “El derecho penal en el Estado Social y Democrático de derecho”. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría del delito”, 4ª Edición, Impreso por Tecfoto, S.L, Barcelona impresión , 1996

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “En torno a la idea de delito político”, Revista de Derecho de la Universidad de Murcia, N °18, Murcia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor, (Director), COQUILLAT VICENTE, Angela, JUANES PECES, Angel, “El Proceso Penal. Doctrina Jurisprudencia y formularios. Recursos y Ejecución”, Volumen V, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.

MUJICA MONTES, A. - RIEGO, Cristián, “Ley sobre arrepentimiento eficaz”, Tesis de Licenciatura, Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, 1994.

MUÑOZ ALONSO, Alejandro, “El terrorismo en España. El terror frente a la convivencia pluralista en libertad”, Primera Edición, Editorial Planeta, Barcelona, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal. Parte General”, Tercera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco, M. “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, en AA.VV. “La criminalidad organizada ante la justicia”, dirigi. Por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996.

NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL. Quinto período de sesiones .Viena, 21 a 31 de mayo de 1996. Tema 3 del programa provisional E/CN.15/1996/1.]. Examen de temas prioritarios. “Vínculos entre la delincuencia transnacional organizada y los delitos terroristas” *Informe del Secretario General*, en www.uncjin.org/Documents/5comm/7s.html .

NOVOA MONREAL, E, “Curso de Derecho Penal chileno, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

NOVOA MONREAL, Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica Ediar Conosur Limitada, reimpresión de la 2ª Edición, Santiago,1985.

O’SULLIVAN, Noel, “Terrorismo, ideología y democracia”, Alianza Editorial, Traducción Migues, Primera Edición en español,1987.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos”, 2002.

ORTIZ DE FILLIPI, Hugo, "De la extinción de la responsabilidad penal", Editorial Jurídica Ediar - Conosur, Santiago, 1990.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "INFORME SOBRE TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS", Secretaría General, Washington D.C, 2002.

115. PADOVANI, Tulio, "Los instrumentos Jurídicos y la lucha contra el terrorismo en la experiencia Italiana", en "Derecho y sociedad: revista de Ciencias Sociales (Santiago, Chile). Año 1, n°1, (Mayo /Junio 1988), SH 1120/emp.azul/vol.1/Sede Huérfanos.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "Curso de Derecho Internacional y organizaciones internacionales", Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

PEREZ CEPEDA, Ana; "Reinserción en materia de terrorismo", en Cuadernos Jurídicos, año 3, n° 31, Junio 1995.

PINTO, Mónica, "Terrorismo y derechos humanos", Ponencia presentada al II Curso Regional Andino de Derechos Humanos para Profesores de Derecho y Profesionales de Organismos No Gubernamentales, organizado por la Comisión Andina de Juristas y realizado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 15 al 17 de mayo del 2002, disponible en www.cajpe.org.pe/temario/pinto.htm

POLITOFF, Sergio, "Fines de la pena y racionalidad en su imposición", en "Ius et Praxis. Derecho en la región", Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 4 N° 2, Talca, 1998.

119. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis, en "Texto y comentario del Código Penal Chileno", tomo I, libro primero, Parte General, Coordinador Jean Pierre Matus Acuña, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, págs. 85-92.

120. PONTARA, Guiliano, "Violenza e terrorismo. Il problema Della definizione e Della giustificazione, en BONANATE, Luigi,(compilador), "Dimensione del terrorismo político. Aspecto interni e internazionali, politici", Milán, Franco Angeli, 1979

121. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV, Infracciones contra la comunidad social", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.

RAMACCIOTI, Beatriz, "El terrorismo como crimen internacional" en "Cursos de Derecho Internacional XX-XXI, años 1993-1994", Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C, 1996.

123. RAMÓN CHORNET, Consuelo, "Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional", Editorial Tirant Lo Blanch , Valencia, 1993.

124. REICH, Walter, "Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales", Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1994.

125. REINARES, Fernando, "Terrorismo y antiterrorismo", Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

126. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 31 de enero de 1985, rol n°21, Tomo 82, sección Sexta, Santiago, 1985.

127. RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, Hugo, y ANDREU- GUZMÁN, Federico, "Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del decreto Ley de amnistía N° 2191 de 1978 de Chile, con el Derecho Internacional", en AAVV, "Las consecuencias del silencio", Corporación de

Derechos del Pueblo, Codepu, Serie Opinión y Perspectivas N°7, Lom Ediciones, Santiago, 2001.

RODRIGUEZ COLLAO, Luis, “Punibilidad y Responsabilidad Criminal”, en “Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso”, N°XVI, Valparaíso, 1995.

ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Reimpresión de la traducción de la 2ª Edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en “Problemas básicos de Derecho Penal”, traducción de Diego- Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S.A, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus, “Prevención y determinación de la pena”, traducción de Muñoz Conde, Cuadernos de Política Criminal, 1979.

ROXIN, Claus, “Problemas actuales de Derecho Penal”, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara Editores, Primera Edición, Lima, 2004.

ROXIN, Claus, “Acerca de la Ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 26 de junio de 2001, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html .

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, “Constitucionalismo y terrorismo”, en A.A.V.V, “El derecho como objeto e instrumento de transformación”, SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003.

SARTORI, Giovanni, “Elementos de Teoría Política”, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1992.

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español, n°199/1987, de 8 de enero, página web: <http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/198/199.html>.

SECCHI AZOLAS, Liada y TORRES MORENO, Sandra, “La facultad presidencial de indultar”, Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 1994.

SEPAROVIC, Zvonimir, “El terrorismo internacional y sus víctimas”, en Cuadernos de Criminología N°12, Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile, Santiago, 2003.

SERRANO GOMEZ, Alfonso, “Derecho Penal. Parte Especial”, 5ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, págs. 977-978.

SIEGEL, Larry, “Criminology. Patterns, and Tipologies”, Seventh Edition, Wadsworth/Thompson Learning, 2000.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo I, Principios, Estado y Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús - María, “¿Política criminal del Juez, del legislador, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español”, en www.fiscalía.org .

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Editorial Bosch, Barcelona 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Política Criminal y persona”, Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales", 2ª Edición, revisada y ampliada, Editorial Civitas S.A., Madrid, 2001.

SILVELA, V." El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España", Tomo II, Madrid, 1879.

SILVESTRONI, Mariano, "Teoría constitucional del delito", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

SIMON, Jan Michael, "Violencia masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad Criminal y Reconciliación", Max Planck Institute for Foreign and International Law, Freiburg, 2003.

SOBREMONTA MARTÍNEZ, "Indultos y Amnistías" (nº23), Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, 2ª Edición, Buenos Aires, 1953.

SOTO RIVEROS, A., "La extradición en el Código de Bustamante", Memoria de prueba, Escuela Tipográfica "La Gratitude Nacional", Santiago, 1939.

STONE VALENZUELA, Sergio, "Indulto y Amnistía", Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Sociedad Editora Italiana, Valparaíso, 1940.

SWINARSKI, Cristophe, "Del Terrorismo en el Derecho Internacional Público", en A.A.V.V., "Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos", VALLADARES, Gabriel Pablo (compilador), Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003.

SZCAZARANSKI, Clara Leonora, "El perdón social", en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Nº10, Diciembre de 2003, Andros Impresores, Santiago, 2003, págs.71 a 73.

SZCAZARANSKI, Clara Leonora, "Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos. Otra clase de delitos", Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", en Revista Pena y Estado, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1995.

THORNTON, Thomas Perry, "Terror as a Weapon of Political Agitation", en Harry Eckestein (edit.), "Internal War: Problems and Approaches", Londres, Collier- Macmillan y Nueva York, The free Press, 1964.

TOMÁS DE AQUINO, "Suma de Teología", vol II, 3ª edición, editorial B.A.C (Biblioteca de Autores Cristianos), Tratado de la Gracia, 1997.

TORO, Luis, "El arrepentimiento eficaz y la lucha contra el terrorismo: ¿Instrumento para qué?", Revista de Derecho y Humanidades", nº3 y 4, 1993.

VALLADARES, Gabriel Pablo, en A.A.V.V., "Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos", VALLADARES, Gabriel Pablo (compilador), Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003

VARAS, Augusto, “Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina”, Editorial Gel, Buenos Aires, 1990.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, “ La extinción de la responsabilidad Penal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág.32.

VASAK, Karen (Editor General), “ Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos. Volumen I”, Primera Edición en español, Serval/ Unesco, Barcelona, 1984.

VIERA GALLO, José Antonio y SÁNCHEZ ORTÚZAR, Domingo, “Reflexiones sobre el Terrorismo: Exigencias de una política democrática”, Centro de Estudios del Desarrollo, Materiales de Discusión, Santiago, 1987

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España”. (2 vols.). Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2001.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Terrorismo: ¿Crimen Organizado?”, en Revista Anales de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lom, Santiago, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador), AAVV, “Comentario al Código Penal de 1995”, Vol. II., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2117.

VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal. Parte General ”, traducción de la segunda edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus. Madrid, 1929.

VON LISZT, Franz, “La idea de fin en Derecho Penal”, Edit. Edeval, Valparaíso, 1984.

WALKER PRIETO, Ignacio, “El delito político”, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1980

WARDLAW, Grant, “Terrorismo político. Teoría, táctica y contramedidas” , Servicio de Publicaciones del Estado Mayor del Ejército, Madrid, 1986

WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán. Parte General”, 11ª edición, reimpresión de la 4º edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WILKINSON, Paul, “Terrorism and the Liberal State”, Macmillan, London, 1977

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, 2ª Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZALAQUETT, José, “El terrorismo desde un punto de vista normativo”, en VARAS, Augusto, “Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina”, Editorial Gel, Buenos Aires, 1990

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ - SANTOS, María Rosario (coordinadores), “El Derecho Penal ante la globalización”, Editorial Colex, Madrid, 2002.