



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS PENALES

TERRORISMO ISLÁMICO, DELINCUENCIA
POR CONVICCIÓN POLÍTICA Y DERECHO
PENAL DEL ENEMIGO

Memoria de Grado para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y sociales.

HENRY CANAVAL LARENAS.
VALERIA FUENZALIDA RETAMAL.
JORGE MUCI GARCÉS.

Profesor Guía: Myrna Villegas Díaz.

Santiago, 2007.

AGRADECIMIENTOS.

A nuestras familias, por el incansable apoyo en nuestra empresa; a *Myrna Villegas*, por su eterna paciencia y confianza con nosotros, teniendo presente todo el tiempo que tardamos en la elaboración de esta tesis, y por creer en nuestro esfuerzo; a *Hiram Villagra*, por sus notables orientaciones y estímulos al trabajo; al inesperado aporte de *Guillermo Portilla Contreras*, por facilitarnos material propio e inédito sin ninguna objeción.

TABLA DE CONTENIDOS.

TABLA DE CONTENIDOS.....	V
RESUMEN.....	X
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	14
EL CONCEPTO DE DELITO Y DE DELINCUENTE POR CONVICCIÓN	14
I. PRELIMINARES.....	14
1. EL DELINCUENTE POLÍTICO.	20
2. EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN.....	22
2.1. Delincuente común y delincuencia por convicción.	23
2.2 Tratamiento de la delincuencia por convicción.....	26
3. EL DELICUENTE POR CONCIENCIA.....	35
3.1. Origen y evolución histórica de la discusión en Alemania.....	35
3.2. El concepto “autor por conciencia” en la jurisprudencia alemana. El criterio del “deber de conciencia”.	36
3.3. Intentos doctrinarios para la configuración de un concepto autónomo de conciencia.	38
4. TOMA DE POSTURA RESPECTO DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE POR CONVICCION.....	46
CAPÍTULO II.....	55
DELINCUENCIA POLÍTICA POR CONVICCIÓN Y TERRORISMO. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS.....	55
I. PRELIMINARES.....	55

II. EL TERRORISMO COMO SUBESPECIE DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN.	56
1. CONCEPCIÓN CRIMINOLÓGICA DEL TERRORISMO, A PARTIR DEL CONCEPTO DE DELITO POLÍTICO. RESEÑA HISTÓRICA.....	57
III. TOMA DE POSICIÓN.....	73
IV. EL TERRORISMO COMO SUB-ESPECIE DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN.	76
V. EL TERRORISMO COMO DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA Y NO COMO CRIMEN ORGANIZADO.	82
 CAPÍTULO III.....	88
DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA PROPIAMENTE TAL Y TERRORISMO.....	88
I. PRELIMINARES.....	88
II. MOTIVACIÓN PARA DIFERENCIAR.....	88
III. FACTORES PARA DIFERENCIAR.....	96
 CAPÍTULO IV.....	104
EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	104
I. SOBRE UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL.....	104
1. BREVE SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICO PENAL.	105
2. UNA NUEVA REALIDAD: LA SENSACIÓN SOCIAL DE INSEGURIDAD.	121
II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.	124
III. SOBRE EL CONCEPTO NORMATIVO DE PERSONA.....	132
IV. TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	137
V. TOMA DE POSTURA.....	144

CAPÍTULO V.....	150
TRATAMIENTO INTEGRAL DEL TERRORISMO Y DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA PROPIAMENTE TAL DE MATRIZ ISLÁMICA.	150
I. HISTORIA.	150
1. FUNDAMENTALISMO ISLÁMICO.....	153
1.1. Movimientos Fundamentalistas Estatales.	157
1.1.2. La Revolución Islámica en Irán y el Khomeinismo.	158
1.2. Movimientos Fundamentalistas Semiestatales. La Hermandad Musulmana.....	160
II. DELINCUENCIA POLÍTICA POR CONVICCIÓN Y TERRORISMO DE MATRIZ ISLÁMICA.	165
1. HAMAS.....	166
2. HEZBOLÁ.....	173
3. AL QAEDA.....	178
III. SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	182
IV. EL PROBLEMA DE LA TERRITORIALIDAD	184
V. PROPUESTA DE TRATAMIENTO ALTERNATIVO.	188
1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	190
1.1. Jus ad bellum y jus in bello.	191
1.2. Criterios normativos y normas que derivan de la lógica de la guerra.	191
2. ESTATUTO DE ROMA.....	196
2.1. Preliminares.	197
2.2. Justicia Penal Internacional.....	198
2.3. Propositiones.....	203
CONCLUSIONES.....	207

BIBLIOGRAFÍA..... 215

RESUMEN.

La presente investigación aborda un estudio desde la criminología y la política criminal, que contemple aspectos históricos y sociológicos de la delincuencia por convicción política realizadas por algunos grupos de matriz islámica, e indagar sobre la consistencia del tratamiento jurídico que se les da desde el mundo occidental.

Se estima que la conducta de ciertos grupos islámicos seleccionados por los autores, en atención a la publicidad de ellos, tiene como causante la intromisión del mundo occidental en oriente-medio. En consecuencia, algunos de estos grupos deben ser tratados como delincuentes políticos, y no como terroristas, como ocurre en la actualidad.

INTRODUCCIÓN.

Hoy en día, el aumento de los índices delictuales, en general, y de los actos terroristas, en particular, hacen imperiosa la necesidad de preguntarnos por las causas de dicho aumento. Ello hará también necesario entonces, preguntarnos por los motivos que llevan a los sujetos a delinquir.

Frente a ello, la legislación penal se ha visto sobrepasada por las circunstancias de una sociedad posmoderna, globalizada, en la cual existen nuevas posibilidades de atentados a bienes jurídicos, ya que dicha rama, en el estado en que se encuentra, fue diseñada en virtud de un cierto modelo de sociedad decimonónica, muy distinto a la actual, que se caracterizaba por ciertos rasgos que ya no se observan en la actualidad.

Al momento de dar respuesta a las preguntas iniciales, no podemos dejar de lado el contexto histórico en que esas conductas delictivas tienen lugar; esto es, un sistema Democrático de Derecho. Ello porque dentro de los presupuestos de existencia de un Estado con dichas características, se encuentra la existencia de garantías para todos los ciudadanos y la posibilidad de hacerlas valer mediante el ejercicio de “ciertos” derechos. Y además, porque se supone que bajo la existencia de un sistema democrático de Derecho, las leyes emanadas de sus órganos poseen la legitimación necesaria para ser efectivas, pues provienen de órganos constituidos por representación popular.

Sin perjuicio de ello, también se hace necesario entender que tal sistema Democrático de Derecho no tiene un sustrato material que lo sustente, generalmente se observa en los hechos sólo en términos formales,

encontrándonos más bien, precisamente, frente a Democracias Formales; es decir, con una legislación positiva coherente con el resguardo de derechos fundamentales, sobre todo en la Carta Fundamental de dichos Estados, pero con conductas gubernamentales distantes de dichas declaraciones normativas, es más, incluso con leyes de menor jerarquía atentatorias contra la misma Constitución que las ampara.

Por su parte, y a pesar de esta estructura jurídica formal, en estos Estados siguen existiendo a simple vista elementos de dominación política, social y económica, así como también de opresión y explotación. No es menor hacer esta reflexión, pues veremos en el desarrollo de este trabajo, que dichas consideraciones y conceptualizaciones serán de la mayor importancia al momento de analizar de manera innovadora y rigurosa la delincuencia por convicción política.

Ante un panorama ideal de un Estado Democrático de Derecho, esto es, en que existe la posibilidad de manifestar la disidencia, entre otras particularidades, no debiera haber mayores problemas al manifestar nuestras convicciones. Sin embargo, parece ser que el problema se produce cuando dicha expresión de convicciones provoca una tensión entre lo colectivo y lo individual.

Consecuencialmente, este conflicto provocaría discrepancia respecto de la norma penal, lo que específicamente se traduciría, en este caso concreto al menos, en la existencia de un conflicto entre el respeto a dichas normas y la posibilidad de hacer efectiva la libertad ideológica. Esto, sin considerar, además, el problema que existe en lo que dice relación a la determinación de los límites para dicho ejercicio.

La reacción legislativa a su respecto se ha caracterizado por una política criminal que ha tratado de hacer frente a estos nuevos riesgos a través de la puesta en ejecución de normas que claramente contrarían los principios de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático verdadero, y no meramente formal, en particular, creando nuevos tipos penales, aumentando las penas, flexibilizando las reglas de imputación, en fin, dejando menores esferas de libertad a las personas sin riesgo de ser sancionado penalmente.

En la práctica, la situación se traduce en que hay ciertos hechos descritos por la ley como delitos, que colocan al sujeto en contradicción con su conciencia, como es el caso de los delitos por convicción.

Producto de lo anterior, podemos decir que la delincuencia por convicción, como fenómeno criminológico, no es un delito de carácter individual, sino que se enmarca dentro de un “conflicto” que agrupa a diversos actores. Esto es de vital importancia tener en consideración al analizar este tipo delictivo, puesto que la relación existente entre delincuente, Estado y Sociedad y la forma de entender esta relación, son determinantes del análisis tanto desde el punto de vista de la criminología como de la política criminal.

Tomando en cuenta estas consideraciones, diremos que entendemos al Derecho Penal como una de las herramientas de control social (de la conducta desviada) que tiene el Estado, quizás la más poderosa atendida la magnitud de la afectación de los bienes jurídicos de los contraventores de la norma, así como también el principal instrumento con el que cuenta para la protección del sistema político dominante.

Por otra parte, dado que el tema de estudio es principalmente el “sujeto delincuyente” y la reacción del Derecho Penal, es necesario tener presente la amplitud del concepto de tal sujeto. En él podemos encontrar distintas sub-especies, siendo de importancia para nosotros dejar sentado las diferencias existentes entre el delincuyente común y los otros tipos de delincuyentes que en su actuar se caracterizan por ser guiados por algún tipo de convicción.

Así, dentro de estos últimos, tenemos al delincuyente por conciencia, al delincuyente político y al delincuyente por convicción. Respecto de ellos, nos importa determinar los caracteres distintivos de cada uno, como factor decisivo en la toma de posición al momento de dar respuesta a nuestras interrogantes y al momento de contraponerlas a las distintas posiciones que a lo largo de la historia han adoptado las distintas corrientes criminológicas.

Hacer la distinción mencionada es de la mayor importancia, por cuanto a lo largo de la historia, la delincuencia aparece, en relación al imperio del Derecho, específicamente el Derecho Penal, como un fenómeno general enmarcado por planteamientos ideológicos. La contraposición entre “delincuyente” y “súbdito honrado” ha sido uno de los instrumentos más sutiles en que se han apoyado las distintas formas de dominación.

Así, una forma eficaz de combatir la “contestación política” ha venido dada por su asimilación, más o menos extensa, a la delincuencia. Por ello, es de suma importancia dejar en claro los motivos que llevan a delinquir a cada sujeto y determinar el contexto en que se lleva a cabo la conducta delictiva, puesto que ello condicionará el tipo de delincuyente de que se trata.

En tal sentido, este trabajo se centrará en el estudio de la delincuencia por convicción política, siendo fundamental para nosotros, a pesar de entender la relación género-especie, que no se puede hablar indistintamente de “delincuencia por convicción política” y “terrorismo”, sino que debemos diferenciar en la delincuencia por convicción política un amplio campo donde encontramos por una lado, una delincuencia por convicción propiamente tal, y el terrorismo, por otro. Así, analizaremos sus elementos comunes, sus diferencias o particularidades, que dan pie a esta clasificación, y la forma en que creemos deben ser tratadas ambos tipos de delincuente.

En virtud de lo dicho, creemos que el tratamiento de la delincuencia por convicción y el terrorismo como fenómenos criminológicos, deben ser tratados tanto desde una perspectiva Criminológica, como también, desde la óptica de la ciencia del Derecho Penal, principalmente por el hecho de que es la Criminología y su enfoque empírico de la realidad social, lo que permite que el campo dogmático del Derecho Penal evolucione. Es esta ciencia la que entrega una información crítica sobre el funcionamiento del sistema penal, haciendo que el Derecho Penal atienda a la eficacia que alcanzan en el plano concreto sus normas abstractas.

El estudio del fenómeno de la convicción ideológica en el actuar terrorista, desde la óptica del Derecho Penal, implicará precisar sus conceptos, delimitarlos y adecuarlos a la realidad actual, así como también tomar posición frente a las distintas formas de entender estos fenómenos y, además, aventurarnos en categorizar de manera innovadora los delitos de carácter terrorista, por un lado, y los delitos políticos por convicción, por otro, sin necesariamente desconocer su relación pero, como ya se dijo, aclarando sus profundas diferencias.

Sin perjuicio de que este trabajo se centrará prioritariamente en el análisis de los delitos por convicción política y terrorista desde la perspectiva criminológica y político criminal, queremos dejar en claro que desde la óptica de la antijuridicidad de los delitos de carácter terrorista, no consideramos sean objeto de alguna causal de justificación, principalmente por constituir una vulneración demasiado grave de derechos fundamentales sobre los cuales existe o debe existir consenso de su protección en el campo internacional. No creemos que sea ese el camino a seguir para efectos de hacer un análisis de los delitos terroristas. Los delitos terroristas llevan en sí la antijuridicidad, así como todos los delitos por convicción política.

Por su parte, respecto a la culpabilidad, nos encontramos frente a algo similar, pues creemos que no es posible plantear una irresponsabilidad general del sujeto delincuyente por convicción política o terrorista frente a su actuar. Es incoherente pensar que un Estado normativamente puede llegar a eximir de responsabilidad penal a un sujeto por su accionar, aunque ese accionar sea de carácter político o terrorista pues sería de alguna forma atentar contra su propia estabilidad.

Como dijimos al inicio, en los últimos años la doctrina ha observado cómo el Derecho Penal ha sido sobrepasado por las circunstancias de la sociedad actual, en la que existen nuevas posibilidades de atentados a bienes jurídicos. Frente a ello, las distintas legislaciones occidentales, creemos, han tratado de enfrentar las nuevas contingencias verificadas en los hechos valiéndose del *ius puniendi* como instrumento idóneo para ello, lo que no se ajusta a los principios clásicos del Derecho Penal orientado en un contexto de una sociedad democrática, como el de *ultima ratio*.

La reacción legislativa se ha caracterizado por una política criminal que ha tratado de hacer frente a estos nuevos riesgos a través de la puesta en ejecución de normas que claramente contrarían los principios de lo que en doctrina se denomina “Derecho Penal Mínimo”, en particular, creando nuevos tipos penales, aumentando las penas, flexibilizando las reglas de imputación, en fin, dejando menores esferas de libertad a las personas sin riesgo de ser sancionado penalmente.

En esta senda, que se ha descrito someramente, es que surge como una tendencia de la dogmática jurídico penal más moderna, lo que se ha denominado “Derecho Penal del Enemigo”, que es, en términos simples, una nueva construcción teórica y sistemática en que se hace frente a ciertos sujetos que obran motivados por razones de conciencia que no tendrían la categoría de personas, a partir de una concepción normativa de estas últimas, siendo perfectamente válido el tratamiento alejado de las normas garantistas del Derecho Penal sustancial, procesal y ejecutivo, que son producto de una sociedad constituida como democrática.

Frente al terrorismo y frente a la delincuencia por convicción política, la respuesta actual es una sola, y esa respuesta desde un punto de vista teórico penal viene desde esta creación ideológica denominada Derecho Penal de Enemigo, de ahí la importancia que tiene para nosotros conocer su concepción respecto a la delincuencia por convicción política y al terrorismo, la forma de tratarlos, su praxis normativa, etc. Sólo así podemos encontrar caminos distintos de tratamiento, mucho más coherentes con los principios básicos del Derecho Penal Moderno, acorde con los tiempos actuales, y por sobre todo garante de aquellos derechos que la comunidad internacional históricamente ha catalogado de fundamentales, existiendo consenso

respecto de su protección. Es por ello que, precisamente, consideramos fundamental la inclusión en este trabajo del Derecho Penal del Enemigo.

Por lo dicho anteriormente, y dada la actual contingencia mundial, el actuar de ciertos grupos de raíz islámica y el tratamiento que a ellos se les ha dado, es que se alzan como el ejemplo más patente de forma de delincuencia por convicción política de carácter terrorista, a la cual se le ha denominado “terrorismo islámico”. En razón de ello es que nuestra investigación lo tendrá como especial objeto de estudio.

En tal sentido, tendremos presente las diferencias, o más bien, contradicciones que delimitan lo que conocemos como “sociedad occidental” u “occidente” y el mundo del Islam, y más precisamente del “islamismo”, sobretodo en lo que dice relación con la relación entre el Estado y la Religión. Ello no es menor, ya que para el mundo islámico el occidente es una amenaza no sólo desde el punto de vista económico y político, sino y sobretodo, desde el punto de vista cultural, en el sentido de atentar contra uno de los principios del fundamentalismo, como es la unidad Estado-religión o fe. Sin duda, este fenómeno constituye un aspecto fundamental al analizar el terrorismo islámico como una subespecie de la delincuencia política por convicción.

Por su parte, queremos hacer también aclarar que existen importantes diferencias entre los mismos grupos de matriz islámica; veremos cómo algunos de ellos no deben ser considerados como terroristas por el solo hecho de utilizar la violencia política como forma de lucha, así como tampoco por el hecho de profesar un concepción ideológica que podríamos calificar de fundamentalistas. Creemos que para calificar a un grupo político-militar de

matriz islámica como terrorista, hace falta considerar varios factores de carácter objetivos que permitan despolitizar un tanto el concepto.

De esta manera, y a partir del análisis del contexto del hecho, relación Hombre-Sociedad-Estado, podemos evidenciar la contradicción generada entre una legislación inspirada en el Derecho Penal del Enemigo, con la legislación propia de un *Estado Democrático de Derecho ideal*, respetuosa de los derechos fundamentales y de los valores mínimos de humanidad.

Con todo lo expuesto anteriormente, esta investigación pretende superar esa contradicción, principalmente realizando un acercamiento de la teoría penal y su práctica, mediante un tratamiento conjunto del terrorismo, en particular, del terrorismo islámico, y de la delincuencia por convicción política propiamente tal. Pretendemos buscar propuestas alternativas de solución al tratamiento de ambos tipos, tanto por medio de un posicionamiento dentro de las perspectivas criminológicas, como en el aspecto práctico.

Por su parte, precisamente en relación a este aspecto práctico, es que plantharemos una vía distinta de tratamiento tanto para los delitos por convicción política propiamente tales como para los delitos terroristas, siendo en el primer caso un tratamiento normativo a través del Derecho Internacional Humanitario de los Conflictos, pero en ningún caso a través de los caminos que funda el Derecho Penal del Enemigo. Por su parte, respecto al terrorismo, ese tratamiento también puede ser a través del Derecho Internacional Humanitario, principalmente por el conflicto cultural, político, económico y social, que rodea el accionar terrorista de matriz islámica.

Por uno u otro camino, llegaremos al Derecho Penal Internacional como vía alternativa para tratar estos tipos de criminalidad, y de esta forma al Estatuto de Roma y a la Corte Penal Internacional que en él se instituye, como su expresión positiva más moderna. No pretendemos solucionar el problema del terrorismo, ya que ello escapa al ámbito no sólo del Derecho Penal, sino del Derecho en general; nuestra pretensión es dilucidar la reacción más adecuada de la norma penal frente al terrorismo. Insistimos en que no es el camino despenalizar ciertas conductas delictivas consideradas como terroristas, sino que es saber identificar bien qué conductas podemos llegar a calificar como terroristas y qué conductas como formas de delincuencia por convicción política propiamente tal. Este es el punto en donde nos alejamos, y a la vez planteamos una crítica, del Derecho Penal del Enemigo.

En resumen, pretendemos con este trabajo entregar elementos que permitan, por un lado, contribuir a la discusión en las tendencias criminológicas, respecto a qué debemos entender por delito político y terrorismo. Reiteramos que no tratamos de dar un concepto de terrorismo, sino que queremos aportar factores de carácter más objetivo para delimitar su campo, para así recalcar que también existe un delito político que no es terrorista, que no debe ser tratado como tal.

Ambos tipos de delitos tienen origen en un conflicto social desatado; por lo tanto, debemos atender y valorar correctamente estas condiciones para poder comprender este fenómeno de criminalidad.

Para ello partiremos por reseñar de manera breve las distintas concepciones criminológicas al respecto, para luego dar paso a nuestras concepciones y propuestas en torno al tema. También se tratará lo que se

conoce como el “Derecho Penal del Enemigo”, señalando sus aspectos generales, principalmente para efectos de comprender por qué se nos hace necesario estudiarlo al analizar el fenómeno terrorista.

Por otro lado, aplicaremos este análisis en base a lo que se ha denominado genérica y habitualmente como “terrorismo islámico”, para lo cual haremos una breve reseña histórica del Islam, así como también y sobre todo del origen de los grupos de matriz islámica, en especial de aquellos que han sido identificados con el fundamentalismo islámico, que es donde precisamente surgen los grupos que posteriormente serán considerados como terroristas.

En tal sentido, el terrorismo de matriz islámica, como forma de delincuencia por convicción política, es objeto de tratamiento del Derecho Penal del Enemigo; pero este se extralimita al considerar como terrorismo a toda forma de delincuencia por convicción política de matriz islámica. La delincuencia por convicción política es una forma de “desviación social”, entendiéndose por tal, la disconformidad con los valores del sistema imperante y, por ello, coincidente con los valores de los sectores dominantes a escala mundial. Consecuencialmente, es delincuente político puro o propiamente tal y no terrorista, aquel sujeto perteneciente a los sectores dominados, que manifiesta su disidencia al régimen imperante, siempre y cuando en su actuar no traspase ciertos límites que dicen relación con el respeto a aquellos derechos considerados como fundamentales, ya sea en cuanto a lo cuantitativo y a lo cualitativo de su eventual vulneración, así como también con la concurrencia de ciertas circunstancias precisas que detallaremos más adelante, debiendo aplicarse, como ya se señaló más arriba, a su respecto el Derecho Internacional Humanitario de los Conflictos.

Por su parte, con respecto a los actos calificados como terroristas, en base a estos conceptos, se debe aplicar el Derecho Penal Internacional. De esta forma, en ambos casos, inhibimos la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, cuyos principios rechazamos de forma absoluta, porque atentan contra los derechos fundamentales de quienes, según se dice, son “no-personas”.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE DELITO Y DE DELINCUENTE POR CONVICCIÓN

I. PRELIMINARES.

Coincidentemente con los procesos de consolidación de los Estados Democráticos, ha empezado a desplegarse un gran número de fenómenos delictivos motivados por las convicciones de los sujetos. Así, la Criminología ha observado cómo la motivación delictiva puede estar incluso impulsada por la convicción de que debe cometerse el delito de acuerdo con un orden normativo al que se valora más altamente que el Derecho estatal vigente. Este es el fenómeno de la llamada “delincuencia por convicción”.

Antes de iniciar cualquier tipo de investigación respecto de la criminalidad, que comprende la delincuencia por convicción, debemos dejar en claro nuestra posición, según la cual debe ser concebida desde la perspectiva de sus fundamentos materiales; esto es, como la consecuencia histórica y necesaria de la marginación social y la precariedad de vida y subsistencia a que se halla expuesta la fuerza de trabajo en el sistema imperante.¹

Esta situación genera graves contradicciones entre los grupos dominantes y los dominados, las que se hacen evidentes por medio de

¹ ZOLO, Danilo; “Marxismo y cuestión criminal”, en *Democracia y Capitalismo Maduro*, Col. El Viejo Topo, 1983, págs. 83-134, 97-99.

conductas a las que se les ha otorgado una mayor o menor connotación de violentas, en la medida que atenten a los postulados ético-sociales que subyacen al Sistema socio-económico imperante. Son dichas conductas las que han sido objeto de control social y represión penal, producto de la falta de legitimación y representación que aquejan, contradictoriamente, al Sistema Democrático de Derecho.

Creemos, tal como piensa Myrna VILLEGAS, basándose en SERRANO PIEDECASAS, que la crisis de legitimación por la cuál atraviesa el Estado Social y Democrático de Derecho, y dentro de la cuál se sitúa la delincuencia por convicción, encuentra su real origen “en el desajuste económico y social del sistema imperante que, al proteger los intereses de los grupos en el poder, descuida deliberadamente a los otros sectores”.²

De hecho, como bien señala SERRANO PIEDECASAS, “esta crisis pone al Estado ante la necesidad de adecuarse a nuevos imperativos económicos, pues el consenso social resulta insuficiente para sustentar dicha crisis. De ahí que el Derecho Penal asuma caracteres de autoritarismo, como instrumento que servirá para combatir la falta de legitimidad.”³

En consecuencia es relevante tener presente el contexto histórico en que tienen lugar los delitos con estos rasgos (de delito por convicción), el Estado Social de Derecho, en que las leyes vigentes poseen la legitimación de la representación popular. Ello, porque la vigencia de normas legitimadas democráticamente impide admitir, de buenas a primeras, la plena relevancia

² VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento jurídico de la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Público, Área Penal, Universidad de Salamanca, 2000. pág 234.

³ SERRANO PIEDECASAS; José, citado por VILLEGAS DÍAZ, *Ob. Cit.* nota Nº 29 al pie, pág 236.

jurídica de las convicciones ideológicas alegadas, en descargo de quien las infringe.

Por su parte, es por esta misma crisis que señalamos, por la que atraviesa el sistema Democrático de Derecho que, en general, cuando hablamos de “Democracias de Derecho”, las consideramos desde un punto de vista Formal, es decir, entendiendo que cuenta con órganos de “representación popular”, con un sistema de Derecho positivo que se supone conocido por todos, con separación orgánica de poderes, con “alternancia” en el poder y con un resguardo constitucional de ciertos derechos considerados como fundamentales.

Hablamos de “Democracia Formal” más que “Material”, por cuanto, en realidad, estas instituciones políticas y normativas no garantizan un respeto irrestricto a los derechos que las mismas declaran amparar. El ejemplo más evidente es el caso del derecho de expresión, el que reiteradamente se ve conculcado por el Estado respecto de los grupos minoritarios no representados políticamente pero que, sin embargo, realizan una fuerte crítica a su gestión. Junto a esta contradicción, existen fuertes y notorias relaciones de dominación, explotación y opresión en dichos Estados Democráticos de Derecho, respecto de los grupos minoritarios.

Podríamos, incluso, decir que es precisamente por esta crisis del Estado actual, que surge tan fuerte el fenómeno de la delincuencia por convicción política, aún en su expresión más radical, como lo es el terrorismo. Por lo mismo, y para ser coherentes con los postulados de esta memoria, utilizaremos tanto la denominación de “Democracias Formales” como “Estados Democráticos de Derecho Ideal”, indistintamente.

Ahora bien, el conflicto que comprende la existencia de la delincuencia por convicción se produce, justamente, porque partimos de un ordenamiento jurídico que se dice ser democrático, pese a lo cual, de igual modo, hay discrepancia con la norma penal. Podríamos decir, que esta discrepancia tiene lugar, porque ni siquiera es la propia interacción social la que logra que se produzca una adhesión a los valores que se construyen en la sociedad misma. De ahí, que se produzcan los choques de las actuaciones individuales con el ordenamiento jurídico, lo que traerá como consecuencia la reacción del sistema punitivo a través de la pena.

En relación a ello, SERRANO PIEDECASAS⁴ sostiene que el comportamiento individual y, por tanto, la función motivadora de la pena, hay que buscarlo en el contexto socio-económico en que se originó, pues no existe una contradicción individuo-sociedad, sino una contradicción entre distintos sistemas económicos y sociales.

Podemos decir, entonces, que *la tensión entre la protección de lo colectivo y el respeto a lo individual es consustancial al Derecho Penal*. Aquí el conflicto entre el respeto a las normas penales y la libertad ideológica existe, porque ésta no se entiende sin su necesaria manifestación externa, traduciéndose así en el choque entre prohibición, establecida por la norma penal, y convicción.

En relación a este choque, no debemos olvidar que aún prima la idea de un Derecho Penal como instrumento de control social. El control penal, como forma de control social formal, es aquél que lleva a cabo el Estado, a

⁴ SERRANO PIEDECASAS, citado por VILLEGAS DÍAZ, *Ob. Cit*, nota al pie, N° 28, pág 236.

través de normas jurídico-penales, para la prevención y represión de actos ilícitos que atentan contra bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico. De ahí que no nos resulte extraño que sea el Derecho Penal el encargado de controlar las posibles contradicciones de los actos por convicción respecto del sistema social imperante. Así lo señala BARATTA al decir que

“[L]a realización de la justicia no es sino la realización de un orden justo, y éste consiste en la vigencia de una escala de valores fijada no con criterios meta-históricos y abstractos, sino de acuerdo con la ideología dominante, pues, *el Derecho Penal es siempre instrumento de protección del sistema político dominante*”.⁵

Es esta connotación clasista de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por los Códigos Penales lo que permite afirmar la funcionalidad a la clase dominante de la represión penal como “mecanismo ético de culpabilización y reforzamiento ideológico del orden existente”, de donde se desprende que la mayor represión penal se dirige a la criminalidad de las clases subalternas, mientras que la represión a las clases dominantes no pasan de ser un simple “catálogo ideológico”.⁶

II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE POLÍTICO, DELINCUENTE POR CONVICCIÓN Y DELINCUENTE POR CONCIENCIA.

Las *desviaciones sociales* se traducen en la ruptura con los modelos normativos generales de una sociedad que subyacen al Derecho, que son aprendidos en la vida social, y que se reflejan en la dogmática penal a través del tipo penal. Pero el sustrato del ordenamiento jurídico viene dado por

⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María; *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Editorial Akal, 1981, pág.15. Las cursivas son nuestras.

⁶ ZOLO, *Ob. Cit.*, págs. 104 y 105.

ciertas metas y valores sociales, estructurados en torno a las condiciones socio-políticas y las condiciones de vida dominantes. De ahí que lo ideológico y cultural sea inseparable de las normas jurídicas, y que el delincuente aparezca en una actitud de rebeldía mediante una lucha política frente a tales valoraciones, actitud que, a su vez, está condicionada por una multiplicidad de factores materiales objetivos y subjetivos.

Por esta razón es que no puede hablarse de una “maldad natural”, sino de conductas antisociales definidas, causadas y criminalizadas culturalmente al ser contrarias a los imperativos de conductas requeridos por el orden social.

En un principio dijimos que era de gran importancia considerar el contexto histórico-político en el que tenía lugar el delito por convicción, esto es, el Sistema Democrático Formal. Esto porque, si bien en virtud de él existirán valores o bienes jurídicos penalmente protegidos, como lo son la seguridad del Estado y el orden político, también será en virtud de él que su estabilidad, en cuanto forma de Estado o de gobierno, correrá siempre riesgos, pues estará sujeto a un cuestionamiento constante.

Dado que existen distintas formas de hacer efectivo ese cuestionamiento constante al sistema imperante, es que surge la necesidad de analizar desde una perspectiva doctrinaria el origen y la evolución histórica de dichas formas, las que se traducen principalmente en la delincuencia política, por convicción y por conciencia, con el propósito fundamental de definir y también delimitar el objeto de estudio.

1. EL DELINCUENTE POLÍTICO.

A lo largo de la historia, el delincuente político ha sido objeto de distintas conceptualizaciones.

Señala BAUCELLS que, en un principio, al delincuente político se le caracterizó por una *definición objetiva*, entendiéndose por tal al delincuente que cometía algunos de aquellos delitos que afectaban a bienes jurídicos protectores del orden político y la seguridad del Estado.⁷

Así por ejemplo, en el Antiguo Régimen los *delitos de lesa majestad* sirvieron para reprimir toda manifestación de disenso político. En ellos, el núcleo material estaba constituido por el quebrantamiento del deber de fidelidad del súbdito al soberano.

Ello acarreaba las penas más graves, impuestas del modo más arbitrario, atendida la configuración abierta de los tipos delictivos y del particular régimen procesal existente.

Posteriormente, en los regímenes liberales surgidos de la Revolución francesa, pese a la existencia de intentos teóricos y legales de evitar la criminalización de las motivaciones políticas, ante la amenaza que para este régimen significaba la existencia de nuevos movimientos revolucionarios como el anarquismo y el comunismo, se mantienen de igual modo estos tipos de delitos, pero cambiando su denominación.

⁷ BAUCELLS I LLADOS, Joan; *La delincuencia por convicción*, Editorial Tirant, Monografías, España, 2001, pág. 35.

Una segunda forma que adoptan los delitos políticos, a lo largo de la historia, lo hacen bajo la denominación de “delitos contra la seguridad del Estado” o “delitos contra el orden constitucional”. En atención a ello, se puede decir, tal como lo hace BAUCELLS,⁸ que el delincuente político ha venido históricamente definido por el Derecho Penal Político. Se entendió así, por delincuencia política a todo aquél comportamiento atentatorio contra el orden jurídico-político e institucional del Estado que podía localizarse en un determinado sector de las leyes penales.

Luego de la consolidación constitucional de los Estados liberales democráticos de principios del siglo XX, aparece una *definición subjetiva* de lo que debe entenderse por delincuencia política. Empezaron a considerarse como delitos políticos aquellos comportamientos constitutivos de delitos comunes, pero realizados con fines políticos.

Importante es destacar que desde este último momento conceptual de la delincuencia política, ésta se tiende a confundir con la delincuencia por convicción. Sin embargo ambos conceptos no significan exactamente lo mismo. Hay quiénes, como JIMENEZ DE ASUA,⁹ que sostienen que si bien ambos conceptos no pueden identificarse, *el delincuente político debe ser comprendido en la formula genérica de delincuente por convicción*, proponiendo por tanto, una relación de género-especie entre las dos categorías. Otros afirman que la diferencia entre ambas figuras delictivas debe basarse en una distinción entre el concreto motivo del delincuente del motivo propio del delito.

⁸ BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 36.

⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis; *Tratado de Derecho Penal, tomo III*, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1963.

Así, la *delincuencia política* se caracterizaría por atender al motivo del delito y, por ello al fin de la acción, a diferencia de la *delincuencia por convicción política* la cual pondrá énfasis al impulso que mueve al agente de la acción y, por ello, al concreto motivo del delincuente en la comisión del ilícito.¹⁰

2. EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN.

El estudio de este fenómeno implica su análisis desde tres perspectivas distintas pero relacionadas entre sí; política, dogmática y políticos-criminales.

Desde la perspectiva político-criminal de la delincuencia por convicción, se puede decir que ella presenta carencias de soluciones dogmáticas, provocadas principalmente por el exiguo desarrollo que de ella se tiene en el campo de la doctrina penal.

Desde el punto de vista estrictamente político, es relevante jurídico-socialmente que el ciudadano sienta la convicción de desobedecer las normas estatales, pues ello plantea un serio problema de legitimidad de las mismas. Y es más preocupante aún el hecho de que ese fenómeno de desobediencia lo sea respecto de un determinado tipo de normas, las penales, respecto de las cuáles debería haber, se supone, un amplio consenso social. Esto adquiere mayor relevancia, desde esta perspectiva, cuando este fenómeno se extiende a movimientos de desobediencia civil y sobretodo cuando en ello se cuenta con el apoyo o simpatía de un amplio sector de la sociedad. La relevancia radica en que si esto sucede, puede

¹⁰ DE MARISCO, en BELLINI, citado por BAUCELLS, *Ob. Cit* pág 37.

poner de manifiesto una grave crisis de identificación entre las opiniones de los poderes públicos y de los ciudadanos.

También desde un enfoque político es interesante analizar a la delincuencia por convicción en el sentido de determinar hasta dónde el tratamiento penal de las actuaciones por convicción política o por conciencia, en un Estado democrático y de Derecho formal, puede verse condicionado por las *crisis de representación* que, como dijimos en un comienzo, atraviesan las democracias actuales.

Atendiendo a lo anterior y a la línea temática del desarrollo de nuestra memoria, podemos decir que la delincuencia política, como forma de desviación social, en la práctica, viene a dar respuestas a problemas comunes y tiene lugar principalmente, dentro de una “crisis del sistema” en que los marcos valorativo-normativo han estallado por la presión del conflicto y la violencia.

El inminente cariz político de este conflicto queda de manifiesto en las teorías criminológicas de él, en las que podremos advertir el proceso de criminalización como uno en el cual los grupos en el poder logran influir en la legislación, utilizando de esa forma las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar el comportamiento de grupos contrarios.¹¹

2.1. Delincuente común y delincuencia por convicción.

Del modo en que afirmamos en un comienzo, se entiende como delincuencia por convicción al fenómeno en el cuál la motivación delictiva se

¹¹ BARATTA, Alessandro; “El Modelo Sociológico del conflicto y las teorías acerca de la criminalidad”, en *Derecho Penal Año II*, 1979, pág. 20.

encuentra impulsada “por la convicción de que debe cometerse el delito de acuerdo con un orden normativo al que se valora más altamente que al derecho estatal vigente”.¹² Es por eso que cobra vital importancia el pluralismo político y el reconocimiento a la libertad ideológica en cuanto presupuestos de un Estado democrático ideal.¹³

Reconocido que sea este derecho, es indispensable admitir que no tiene un carácter absoluto, ya que se encuentra limitado por el resto del ordenamiento jurídico, especialmente por la ley penal, cuya función más significativa es la de motivación de los ciudadanos para el cumplimiento de las normas.

Sin embargo, como se señaló en un principio, el delincuente por convicción no actúa motivado por el Derecho, por lo cuál la motivación de la norma en su caso, no surte efecto alguno. De este modo, es posible hacer una diferencia entre un delincuente común y uno por convicción, respecto de la valoración del orden jurídico, toda vez que

“(…) se ha dicho que el principal rasgo característico del autor por convicción, frente al delincuente común, reside en que mientras éste resiste la función de determinación de la norma penal pero no cuestiona la de valoración, aquél niega ambas funciones, al oponer su propia ideología al orden de valores expresado en la norma o al bien jurídico protegido”.¹⁴

Para RADBRUCH,¹⁵ el delincuente por convicción es un tipo criminológico exactamente tan evidente como el delincuente pasional,

¹² TAMARIT SUMALA, Josep; *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.pág 340.

¹³ En este sentido; DIAZ, Elías, “Socialismo Democrático y Derechos Humanos”, publicado en la obra colectiva *Política y Derechos Humanos*, editor Fernando Torres, Valencia, 1976, págs. 125-148.

¹⁴ TAMARIT SUMALLA, *Ob. Cit* pág. 343.

¹⁵ RADBRUCH, citado por BAUCCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 39.

accidental, por disposición o de costumbre. Para él, el delincuente común está convencido de su ilicitud. Así, por ejemplo, “el ladrón quiere para sí la propiedad que lesiona a otro”¹⁶. El delincuente común aprueba la dignidad de protección y la protección penal del bien jurídico atacado y por tanto, no puede lamentarse si esta protección penal se vuelve en su contra. El delincuente común se pone en contradicción consigo mismo y el Estado que le impone la pena se le sobrepone como su “yo” más inteligente y superior. El delincuente por convicción, sin embargo, no es rebatible por su propio “yo”; frente a él la autoridad pública representa una convicción totalmente distinta.

Entonces, si bien es cierto que este tipo de delincuente ve motivado su actuar en un fundamento ideológico –que objetivamente es independiente al juicio ético sobre su reprochabilidad–, y cuestione la legitimidad del ordenamiento estatal y, por ende, de las normas penales, ello no justifica su conducta ilícita, lo que sin duda alguna para el Estado reviste el carácter de antijurídica.

TAMARIT SUMALLA¹⁷ ha identificado esta motivación ideológica en una gran diversidad de sujetos activos que pueden ser comprendidos dentro de la categoría de “delincuente por convicción”. Al respecto señala como ejemplo al terrorista que asesina alevosamente “por convicción” como, asimismo, al médico que respetando la voluntad de su paciente que rechaza un tratamiento que es contrario a sus creencias religiosas.

De lo expuesto por este autor, nace una interrogante no menor para el Derecho, pues si bien nos encontramos con conductas tan distintas, en sí todas ellas implican un desprecio evidente del ordenamiento, por lo que es

¹⁶ BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 40.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, *Ob. Cit.*, pág. 34.

necesario determinar si el Estado debe o no entregar el mismo tratamiento criminológico a cada una de ellas.

El hecho de que el delincuente por convicción ponga en entredicho la legitimidad de las normas penales y que actúe motivado por un convencimiento ideológico, en principio, no priva a la conducta de su carácter antijurídico, independientemente del juicio ético que se pudiere tener en relación a la motivación, reprochable o no.

Además esta categoría es omnicomprensiva de diversos tipos de delincuencia, desde el terrorismo que realiza acciones violentas y atentatorias de los derechos humanos, hasta el insumiso que actúa omisivamente negándose a realizar el servicio militar y la prestación social sustitutoria. De ahí que la problemática radique en la difícil opción entre entregar o no un tratamiento diferenciado para este tipo de delincuencia.

2.2 Tratamiento de la delincuencia por convicción.¹⁸

Para el tratamiento de la actuación delictiva por convicción nos basaremos en su carácter de “categoría omnicomprensiva”. Ello en el sentido que lo señala TAMARIT SUMALLA, en cuanto “dicha categoría constituye un tipo principal Criminológico”.¹⁹ Bajo esa consideración, debemos por tanto, realizar un análisis de dicha categoría, su evolución y sus consecuentes subclasificaciones.

¹⁸ Debido a la especificidad del tema, hemos tomado como referencia, tanto para este acápite como para los siguientes de este capítulo, lo expresado por RADBRUCH en BAUCCELLS, *Ob.Cit.*, págs. 37-62.

¹⁹ TAMARIT SUMALLA. *Ob. Cit* pág. 340.

1) Los inicios de la elaboración conceptual de la delincuencia por convicción, se encuentran en la doctrina alemana, durante la República de Weimar. Será a partir de esta época cuando la discusión se centrará en la figura del delincuente por convicción, tanto política como religiosa, como figura distinta a la del delincuente político, del cuál, como señala RADBRUCH, es sin duda su heredero.

El punto de partida se encuentra en el proyecto de Código Penal, que realiza este tratamiento de carácter diferenciado. Por un lado, está el delito político que es tratado en *la parte especial*, y por otro una consideración de todos los delitos en los que el autor se considera obligado por sus convicciones éticas, políticas o religiosas, el que recibiría un trato en la parte general.

Lo más destacado de la propuesta de RADBRUCH, recogida en el proyecto oficial de Código Penal de 1925, era aplicación de la pena especial de arresto independiente de una valoración subjetiva del autor que exigía el Derecho vigente; en su lugar, se debía realizar un diagnóstico psicológico objetivamente constatable.

La definición del tipo criminológico propuesto por RADBRUCH, girará en torno a dos elementos: que *el autor se sienta obligado por sus convicciones y que esa convicción sea el motivo decisivo de su actuación.*²⁰

Para RADBRUCH, el concepto “delincuente por convicción” estaría influenciado en su formación por *el positivismo* y *el relativismo jurídico*. El primero al establecer las bases científicas que permiten crear un concepto

²⁰ Como dijimos anteriormente, la alusión al motivo político decisivo del autor y no al fin político del delito es lo que diferenciaba este tipo criminológico del delincuente político.

psicológico del autor por convicción, basado en la apreciación de los elementos exteriores.

El aporte entregado para este autor por el *relativismo jurídico*, radica en la consideración de un tratamiento penal distinto respecto de este tipo de sujetos, toda vez que el Estado debe reconocer la existencia de diversas ideas políticas o religiosas (relativismo ético) que le obligarían, debido a que la adhesión a una u otra es un tema de conciencia. Ello fundamentaría un trato más favorable de este tipo de individuos.

Siguiendo esta filosofía, RADBRUCH señala como principios orientadores de todo Derecho positivo la seguridad jurídica, la justicia y la oportunidad, los que tienen un mismo valor, pese a lo cuál ante un conflicto entre ellos, ninguno tendrá primacía por sobre los otros, pues ello quedará entregado a la decisión de la conciencia individual.

De ello se deriva la separación que este autor efectúa entre Derecho y Moral, señalando que sólo la moral puede fundamentar la fuerza obligatoria del Derecho. En el caso del delincuente por convicción, ocurre que ello no es así; el derecho positivo no despliega ninguna fuerza normativa produciéndose un enfrentamiento irrenunciable entre la orden normativa y el deber de la conciencia.

Es a la luz de esta filosofía jurídica que se puede entender por qué el problema del autor por convicción toma un papel central en la propuesta de este autor alemán. Ello, porque el imperativo legal no permite rebatir al juicio de conciencia como injusto. La ley podrá garantizar su poder ante el autor por convicción, pero no demostrar su validez normativa.

Considerando entonces las influencias doctrinales que para RADBRUCH dan forma al concepto de “delincuente por convicción”, específicamente lo planteado por el *relativismo* jurídico, se hace evidente que la solución no pasa por un reproche ético de su actuar. Por lo tanto, la respuesta criminológica del tratamiento de estos sujetos debe necesariamente partir de la base de un tratamiento diferenciado, pues no puede ignorar el Estado que nos encontramos sólo ante un individuo que se guía por valores distintos y prácticamente opuestos a los que defiende el Estado.

Con estos argumentos, el autor da por justificado la necesidad de un *tratamiento especial* de la delincuencia por convicción, materializada en la pena no deshonrosa de arresto, puesto que “*el Estado contra el disidente sólo puede protegerse con una medida de seguridad*”.²¹

Así, el proyecto de Código Alemán de 1922 acuña el concepto “delincuente por convicción” instando, a un tratamiento punitivo privilegiado para el autor en el que concurre el “íntimo y decisivo móvil de estar obligado al acto a causa de su convicción moral, política o religiosa”.²²

Sin embargo, esta categoría desaparece en los proyectos de 1927 y 1930, contemplándose solo una atenuación “por móviles respetables”.

Las principales razones para dejar de lado este tipo psicológico de autor a partir del deber de la convicción radica en que se considera un concepto no adecuado, principalmente por ser de carácter muy amplio en lo

²¹ BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 44.

²² JIMENEZ DE ASUA, Luis; *Tratado de Derecho Penal, tomo III*, 4ª ed., Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 246.

que dice relación a la pretensión de considerar a un único tipo de autor, incluyendo también aquellas convicciones que fueran inmorales o que el hecho en cuestión atacara intereses vitales del Estado y de los individuos.

Ante esto, hay autores²³ que proponían salvar la consideración del concepto mediante la utilización de parámetros como la “calidad moral de la acción” o “el carácter altruista de la convicción” que motivaba al autor, intentos que finalmente no prosperaron.

Otra razón por la cual se decidió también abandonar la propuesta de RADBRUCH se refería al problema de la comprobación por parte del juez del deber de convicción que contemplaba el concepto en cuestión. Ello, principalmente por el carácter subjetivo tanto de la calidad del autor como de su grado de intensidad de su convicción. Además, la imposibilidad de que el juez llegara a la calificación de los motivos como decisivos se tornaba efectiva, toda vez que podrían haber otras motivaciones distintas de la convicción y otras fuerzas psíquicas que influyeran en la escala de valores del sujeto y que impedirían por tanto la calificación de uno de estos valores como decisivo.

También fue objeto de críticas el relativismo como fundamento filosófico-jurídico del concepto propuesto por RADBRUCH, el cuál daba preponderancia, ante todo, a la ética particular del individuo. Así hay autores que al respecto sostienen que justamente por existir un conflicto de carácter ético es que no puede haber “reverencias” ante el delincuente obligado por su convicción y por ello, es la ética del Estado, la que se materializa en el

²³ BAUCELLS, *Ob. Cit.*, quien alude a la posición de VON CALKER, KOHLRAUSCH y VON HIPPEL, pág. 45.

ordenamiento jurídico-penal, la que debe tener preeminencia absoluta sobre las otras obligaciones éticas.

Incluso al respecto, hay autores como WOLF, que afirmaron la inidoneidad del concepto, por haber sido situado dentro de un conflicto de caracteres ético-individuales y no ético-sociales. Este autor sostiene que lo decisivo en la configuración del tipo criminológico dice relación con la no pertenencia del sujeto a un grupo determinado o la falta de reconocimiento por parte de éste de vínculos de grupos equiparados al Estado.

En cuanto a la incidencia político-criminal del concepto, se le critica a RADBRUCH el fundamento retributivo propuesto, que conducía a una exclusión de la pena al autor por convicción por no serle posible una retribución moral por parte del Estado. Autores como NAGLER sostienen que esa propuesta es errada pues la compensación es de carácter jurídico y no ético. Concuera con RADBRUCH en que el Estado no está legitimado para obligar las convicciones éticas de sus ciudadanos, pero señala que la pena retributiva no aspira a eso, sino que “paga al infractor del derecho con una pérdida de igual valor en derechos o bienes jurídicos”.²⁴

Básicamente, la discusión se centraba en la preocupación que provoca la pérdida de autoridad por parte del derecho y el peligro que existía que este tipo penal diera cabida a cualquier tipo de actuación política que atentara contra los intereses y bienes jurídicos ya protegidos. Por estas razones, la Ley de Reforma de 1969 no contenía la regla especial en relación al que obra por motivos de conciencia.

²⁴ NEGLER, en BAUCCELLS. *Ob. Cit.*, pág. 48.

Como consecuencia de los problemas que surgieron a partir de los conceptos “deber de convicción” y “motivo decisivo”, la definición de delincuente por convicción se trasladó desde el propio deber y su entidad al valor de los motivos. Sin embargo, dichos motivos debían ser exclusivos, dignos y respetables, a la forma y modo de ejecución del hecho y a la censurabilidad de las consecuencias.

2) Durante la época del Nacionalsocialismo, las categorías dogmáticas sufrieron una revisión general, razón por la que también se vio afectada también la categoría criminológica del delincuente por convicción; ahora el tipo penal se presentaba como una lesión del deber del individuo con el Estado. Ello significó que se pasará de la teoría del tipo legal a la *teoría del tipo de autor*. Por lo tanto, se concibió a este tipo de delitos como traición, por el cual se vulnera el deber ser que cada individuo tiene con el Estado. Esta concepción del delito, hace pensar que el legislador cree el tipo penal en torno a la imagen del autor que se corresponde con la representación que de éste se ha formado el pueblo.

Entonces, el concepto de delincuente se estructura de tal forma que coincide con la concepción que de él tiene el pueblo, es decir, se construye partiendo de la base que este tipo de delincuente es un traidor. Evidentemente el concepto abandona su carácter criminológico o sociológico, lo que provocó que se eliminaban todas las garantías.

Ciertamente, el nuevo concepto de delito era indeterminable, pues había que considerar lo que en el caso concreto se correspondía con la

imagen que del autor ha concebido la representación popular, lo que lo hace estar sujeto a la manipulación política.²⁵

3) Será en la post-guerra donde se retomará la discusión acerca del delincuente por convicción, enfocada al reconocimiento del tipo criminológico, pero desde planteamientos ético-filosóficos distintos, dejando de lado, como consecuencia, la necesidad de un tratamiento especial. Se tratará ahora de ver si la sociedad organizada estatalmente podrá reconocer de forma positiva valores y poder difamar, así, como enemigas del Derecho, a las convicciones distintas e imponer la reprobación socio-ética de la pena.

La doctrina mayoritaria entonces reconocerá un tipo criminológico de delincuente por convicción y la necesidad de su tratamiento especial, basándose para ello en nuevos elementos.

El primer elemento de cambio radica en *la separación institucional entre Derecho y Moral*. En el ámbito jurídico-penal se manifestó en el renacimiento de la discusión en torno al bien jurídico y el principio de subsidiariedad, confirmando así el alcance atribuido hasta entonces a los valores ético-sociales de la acción en el plano del injusto.

El segundo elemento tiene que ver con *la apertura del Derecho Penal a los métodos y resultados de las ciencias sociales y a una mayor consideración de la política criminal*, principalmente en lo que dice relación al sentido y finalidad de las penas, para abandonar la idea de retribución y acercarse a las finalidades preventivas.

²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal, tomo III*, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1989, pág. 173.

En tercer lugar, encontramos la necesidad que surgió de *evolucionar en cuanto a las concepciones de la culpabilidad y la ejecución de la pena*. Sin embargo, lo que influyó determinadamente en este cambio de consideración del tipo criminológico y lo relativo a su tratamiento, tiene que ver con la nueva perspectiva, de índole constitucional, que se tuvo en el reconocimiento de valores y principios fundamentales. En este sentido, HEINITZ sostiene que

“[L]a ley fundamental, con el reconocimiento de la dignidad humana, la proclamación de la libertad de conciencia y la sujeción del juez a la ley, ha obligado al penalista a una nueva reflexión sobre la relación entre el derecho y la moral”.²⁶

En este contexto se entenderá justificado el tratamiento especial del delincuente por convicción y, por tanto, cualquier solución al respecto deberá pasar necesariamente por el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia. Sin embargo, el alcance de ese reconocimiento constitucional es todavía muy limitado.

En cuanto al paso del estricto psicologismo como fundamento de la responsabilidad, a la desvaloración ético-jurídica de carácter estatal, permite dar un nuevo sentido al juicio de dicho elemento del delito. La fórmula legal vuelve a poner el acento en el concepto de “deber de convicción” como núcleo de la definición del concepto, rechazando el criterio de “motivo respetable” por ser amplio, indeterminado y más susceptible de manipulación política.

Ya en la Reforma del Código Penal Alemán de 1969 no existirá regla especial en atención al precepto en cuestión. Incluso, la jurisprudencia alemana fue abandonando su atención hacia el “autor por convicción” y su

²⁶ HEINITZ, E., citado por BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 57.

consecuente relación con la delincuencia política, para centrarla en un nuevo fenómeno que adquiriría cada vez más relevancia en la realidad de la época: *el autor por conciencia*.

3. EL DELICUENTE POR CONCIENCIA.

3.1. Origen y evolución histórica de la discusión en Alemania.

Debemos tener presente que este concepto y toda la concepción del Derecho se encuentra influenciada por las nociones acuñadas durante el régimen nacionalsocialista y que afirmaba que el Derecho no es sólo el mandato de quien detenta el poder sino injustos legales, disposiciones que no constituyen Derecho. Son los casos de ilícito bajo la forma de ley de que son ejemplo ciertas regulaciones del Tercer Reich.

La importancia de la conciencia en el Derecho Penal fue puesta de relieve por el Tribunal Internacional de Nüremberg, encargado de juzgar en 1945 los crímenes de guerra cometidos por los nazis, al afirmar que los subordinados no podían cumplir ciegamente las leyes y las órdenes que recibían de sus superiores sino que *debían examinar en conciencia las implicaciones que tendría su sumisión* y, en caso necesario, desobedecer. A partir de esa jurisprudencia, entiende WELZEL,²⁷ para su propuesta terminológica, que si en estos supuestos se exige la reflexión cuando la orden proviene de una autoridad. Así, se hablaría entonces de un autor culpable en relación a quién no ha hecho esta reflexión cuando podía hacerlo. Desde esta perspectiva, señala, que se debería otorgar también un

²⁷ WELZEL, H., citado por BAUCCELLS, pág. 63.

privilegio al autor que por motivos de conciencia cree que esa norma es un injusto legal y que, por tanto, carece de fuerza obligatoria.

La incidencia de lo anterior es relevante, toda vez que en este entendido deberá respetarse la decisión de conciencia del autor y valorarse si, como consecuencia de ese juicio sobre la norma el sujeto es inculpable, en cuyo caso procedería la absolución; o si, pese a ello es culpable, con lo que de cualquier forma deberían desaparecer la aplicación de penas con efectos infamantes o de disminución del honor. Este privilegio sólo podrá ser aplicado al verdadero autor por conciencia, dejando fuera al simple autor por convicción, pues las convicciones por sí solas no juegan a favor del autor y entonces sólo las convicciones políticas o religiosas que reúnan los requisitos de una decisión de conciencia podrán ser los privilegiados. En este sentido WELZEL calificará como autor por conciencia a *quien se decide por el hecho luego de la lucha seria por la comprensión de lo éticamente correcto*.²⁸

Para WELZEL es precisamente esta falta de separación entre ambos tipos criminológicos el defecto fundamental de la doctrina de RADBRUCH.

3.2. El concepto “autor por conciencia” en la jurisprudencia alemana. El criterio del “deber de conciencia”.

La jurisprudencia constitucional alemana ofreció criterios de delimitación del concepto “decisión en conciencia”. Así, la resolución del Tribunal Constitucional define la decisión de conciencia como

“[C]ualquier decisión éticamente seria, es decir, orientadas a las categorías de bien y mal que el individuo en una determinada situación experimenta

²⁸ WELZEL, citado por BAUCCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 64.

como interiormente vinculante e incondicionalmente obligatoria, de modo que no podría actuar contra ella sin una seria necesidad de conciencia”.²⁹

Dos son los criterios utilizados por el alto tribunal alemán para definir la “decisión por conciencia”: debe tratarse de lo que el autor califica como “decisión éticamente seria” y debe ser sentida por el sujeto como interiormente vinculante e incondicionalmente obligatoria. De esta definición tenemos que el Tribunal Constitucional Alemán pone el acento en el “deber” de conciencia, es decir en el hecho de que esa decisión se siente por el sujeto como “incondicionalmente obligatoria”.

Esta conceptualización ha sido criticada por su falta de racionalidad. En este sentido, TIEDEMANN sostiene que basar la definición de conciencia en ese “sentirse incondicionalmente obligado a la decisión” lleva a los tribunales alemanes a afirmar que esa fuerza puede llegar a ser descrita como una orden interna, como una amenaza que procede del interior. El miedo se dirige principalmente a una especie de pérdida de la autoestima o hacia un sentimiento de destrucción. Los sentimientos de culpa tienen aquí un significado decisivo.³⁰

En relación a lo anterior, se cuestiona el criterio de que la decisión “se siente como interiormente vinculante e incondicionalmente obligatoria” y que, por tanto, no servirá para diferenciar la decisión de conciencia de una seria decisión por convicción.

Se critica, como lo hace BOCKELMANN, que una decisión de conciencia tal, basada en el “deber” pone el acento en el subjetivismo y que, al renunciar a criterios objetivos de distinción entre el bien y el mal, entre

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán citada BAUCELLS, *Ob. Cit.* pág. 66.

³⁰ Ídem.

decisión moral e inmoral, se conduce a la aceptación de cualquier decisión por abominable que sea, siempre que se sienta obligatoria por el sujeto.³¹

Ante tales críticas, la jurisprudencia alemana se esforzó, sin demasiado éxito, en poner el acento de la distinción en el carácter moral de la decisión, intentando así diferenciar entre serias y falsas decisiones de conciencia. Respecto a esta diferenciación, no cumplirá con el concepto de *decisión en conciencia seria*, la simple sensación de desagrado o disgusto, los prejuicios por intuición y las reflexiones fundadas en conveniencias o en el intelecto. Incluso, en alguna decisión posterior se llegó a exigir la conciencia del autor respecto el significado ético y la corrección de su decisión.³²

Por todas las insatisfacciones que provocaban los requisitos jurisprudenciales, los esfuerzos doctrinales posteriores WELZEL se dirigieron a fundamentar la “decisión de conciencia” en otros criterios que partieran de concepciones ético-filosóficas distintas y cuyos resultados se conciliaran mejor en el texto constitucional vigente en la época.³³

3.3. Intentos doctrinarios para la configuración de un concepto autónomo de conciencia.

3.3.1. Karls Peters.

Este autor, a partir del estudio de tres casos, a saber: el juez que no puede aplicar una ley por ser incompatible con su conciencia, el médico que

³¹ BOCKELMANN, P., citado por BAUCELLS. *Ob. Cit.*, pág. 67-68.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán citada por BAUCELLS, *Ob. Cit.*, Nota 114 al pie pág. 68.

³³ BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 68.

por sus convicciones católicas contra la interrupción del embarazo deja morir a la madre embarazada, y el caso de la negativa a la prestación social sustitoria por motivos de conciencia, sostiene que la ambigüedad del concepto de “conciencia” complica una solución conforme a los hechos y entiende que es la escasa diferenciación entre “conciencia” y “convicción” lo que conduce a una insuficiente consideración de la decisión en conciencia en el ámbito del Derecho.³⁴

De ahí que el objetivo de este jurista sea mostrar al autor por conciencia como un tipo penal especial, para lo cual tomará como punto de partida la interrelación entre Derecho y Ética y el concepto de conciencia en el Derecho positivo fundamentado en el reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia y la intangibilidad de la dignidad humana. A partir de ello sostiene que no se puede aceptar que la solución del conflicto de conciencia sea la evidente penalidad. “No puede aceptarse que el Estado se sirva del Derecho Penal como arma para violentar la comisión de pecados y la provocación de daños y destrucción de la persona”.³⁵

Este autor, a partir de la definición que de “decisión en conciencia” propone el Tribunal Constitucional Alemán, plantea tres *características propias de la decisión en conciencia*.

Primero, sucede a un orden objetivo de valores cuyo entendimiento provoca la decisión sobre el bien y el mal de la conducta, tanto en el ámbito religioso como en el no religioso. El autor en conciencia se ha impuesto un orden estable sobre sí mismo y actúa en virtud de él. La no consideración de

³⁴ PETERS, K., en referencia de BAUCELLS, *Ob Cit.*, pág. 69.

³⁵ PETERS, citado por BAUCELLS, *Ob Cit.*, pág. 70.

ese orden deja a esa persona delante de sí y de los otros, delante de su más alta instancia moral, como la pérdida sustancial de su personalidad.

En segundo lugar, considera como característica esencial de la decisión en conciencia la tendencia a la generalización de la misma.

Por último, considera el testimonio público de esa decisión en conciencia, que exige manifestaciones, sinceridad y el estar dispuesto a cualquier sacrificio. Esta definición lleva al autor a restringir esencialmente la “decisión de conciencia” frente a la “convicción” y lo que él llama el simple “tener por correcto”.

La gran aportación de PETERS consiste en profundizar en la ética filosófica para definir el concepto “conciencia”. Traslada el acento de la idea de “deber” a la “decisión ética auténtica”, para ello alude a un criterio autónomo normativo de conciencia, concretamente al imperativo categórico de KANT. Así, para un concepto autónomo de conciencia, ésta sería una forma de conocimiento, de que el hombre es “esencia moral”, esto es un “conocimiento de que el hombre como tal es el fin de su conducta”.³⁶ De esta manera, supone una imagen de persona humana libre que se orienta por sí mismo, su voluntad no viene impuesta por la sociedad o la naturaleza, sino por sí mismo como ser libre “sólo una concepción de persona humana libre y responsable como esta permite construir una verdadera democracia”.³⁷ Además, una concepción autónoma de una conciencia permite la comprensión intersubjetiva entre el bien y el mal. Permite construir leyes éticas que el individuo entrega en la medida del bien y el mal y con ello habilita para construir un criterio de fundamentación intersubjetiva para la

³⁶ PETERS, citado por BAUCCELLS, *Ob Cit.*, pág. 72.

³⁷ Ídem.

decisión en conciencia. Esta decisión es siempre del sujeto, pero al ser comunicativa es comprensible o criticable por los otros.

3.3.2. Günther Greffenius.³⁸

Para este autor tanto los autores de delitos por convicción y por ideología consideran su decisión como objetivamente correcta y desean que su conducta sea también la conducta de los demás, esa tendencia a la generalización de la validez de la conducta no se encuentra, por el contrario, en los autores por opinión. Para GREFFENIUS, la característica fundamental del autor por conciencia no será la tendencia de validez general de la decisión, sino el hecho de que el autor por conciencia es respecto a la ética más valioso. El criterio decisivo será precisamente que se trate de una “decisión de conciencia”, partiendo para ello del concepto de conciencia desde una perspectiva psicológica, es decir, “como un juicio de sentimiento racional”.³⁹

Coincide con PETERS en que el delincuente por conciencia actúa de acuerdo a un orden objetivo de valores, pero acentúa el carácter *obligatorio* de la decisión de conciencia, será el peligro de pérdida sustancial de la personalidad lo que dará a la decisión en conciencia un carácter ético obligatorio.

En suma, para este autor la diferenciación en las categorías conceptuales reside en el conflicto ético. El autor por conciencia debe tomar la decisión de su última instancia vinculándola; no se trata, como en el caso

³⁸ Basado principalmente GREFFENIUS, G., citado por BAUCELLS, *Ob. Cit.*, págs. 72- 76.

³⁹ JUNG C., citado por BAUCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 73.

del simple autor por convicción, de una obligación ética de actuar contra la ley, sino de una alta norma ética provocadora de esa fuerza a realizar la conducta que es tomada por el sujeto como la forma de evitar una difamación de su personalidad. No atiende a la ley directa, sino que consecuentemente. Por último, considera también característica de un delincuente por conciencia el sacrificio por sus convicciones, la manifestación pública de estas y como consecuencia obligada de las anteriores, la honestidad del autor.

La opinión de GREFFENIUS se caracteriza por una mezcla de conceptos psicológicos y éticos de conciencia.

3.3.3. Silva Dias⁴⁰

Con este autor portugués, en los años '80, se precisarán de forma más convincente los perfiles de esta distinción conceptual. A diferencia de WELZEL y PETERS, la idea de decisión sobre el bien o el mal y de lucha interior para lo éticamente justo no es satisfactoria al momento de realizar dicha distinción. Para SILVA DIAS, la diferenciación entre ambas figuras se fundamentará, más que a través de una diferenciación de ámbitos temáticos, en la diversidad de significaciones que cada figura pueda tener dentro de una teoría racional de los actos morales. Esta teoría se fundará en las máximas kantianas de "proceder siempre de manera que yo quiera que mi máxima se torne ley universal" y de "actuar de tal manera que se use la humanidad tanto en su persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente, como fin y nunca como medio". Así, las decisiones que engloban sentimientos, tendencias e intereses pueden dar lugar a un

⁴⁰ DIAS SILVA, en BAUCELLS, *Ob. Cit*, pág 76-78

principio subjetivo de acción tendiente a la realización de fines, pero no a un principio objetivo que ordene la acción como imperativo. Si ésta tiene por base tales decisiones, entonces, se ve destituida de la naturaleza de acción por deber, como imperativo categórico.

Para SILVA DIAS, la idea de “sentirse obligado a actuar” es, desde el punto de vista moral, algo distinto de “tener la obligación de actuar”. La primera expresión traduce la obediencia a imperativos heterónomos instrumentales, que el sujeto voluntariamente acepta e interioriza, mientras que la segunda, refleja la autonomía de la decisión, su carácter incondicionado contendrá en sí una coacción práctica. Para convertirse en *obligación moral*, la máxima subjetiva tiene que ser universalizable sin contradicción. En consecuencia SILVA DIAS fundamentaría una *distinción entre autor por convicción y autor por conciencia* que rechazaría su caracterización tanto desde criterios de decisiones buenas o malas, morales e inmorales, como desde el impulso interno: el subjetivismo ético.

Respecto del primer criterio de decisión, el control de racionalidad no se ejerce a nivel de contenido de los sistemas elegidos para máximas de acción, porque “es prerrogativa inalienable de cualquier ciudadano la elección de sus valores y lealtades”.

En este sentido señala que la razón no puede intervenir a nivel de indagación del contenido de cada núcleo de valores; así, su criterio evitará un juicio entre valoraciones morales buenas y malas, justas e injustas, como pretendía PETERS, situando la distinción entre relevantes e irrelevantes de acuerdo a si se ajustan o no, a los criterios reguladores del discurso moral, es decir, a los criterios de validez kantiano. Por otra parte, sostiene que la acción por convicción y la acción determinada por la conciencia no se

distinguen, en general, por la obligatoriedad interior de la decisión, o sea, por su vinculación; en uno y otro caso, el autor está íntimamente persuadido de la necesidad de su acción. Pero en la decisión por conciencia esa necesidad de acción resulta del respeto por los principios prácticos que orientan la elección universal, mientras que en la simple convicción la acción es sentida como necesaria para alcanzar determinado fin.

3.3.4. La discusión en la doctrina española.

La doctrina española se ha pronunciado al respecto admitiendo al autor por convicción como una categoría criminológica genérica. Los matices definitorios de este tipo de autor genérico residen en una

“[M]otivación impulsada por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente; este orden de normas puede de ser de naturaleza política, religiosa, de honor, de ética profesional o de ética general”.⁴¹

Se trata, por tanto, de un concepto amplio que abarcaría desde el terrorista al objetor de conciencia al servicio militar. Entre ellos el *autor por conciencia se caracterizará como tipo especial, simplemente como el supuesto en que se da unos matices fuertemente personales, de manera que habrá de enjuiciarse el comportamiento del autor que se encuentra en una situación concreta de conflicto, sin ofrecerse criterios mas definitorios.*

En el ámbito del Derecho lo que distingue al autor por convicción del de conciencia no es la materia de decisión sino la formulación del juicio personal. Para que pueda hablarse de acto por conciencia, es necesario

⁴¹ TAMARIT SUMALLA, *Ob. Cit.*, pág. 342.

además, que esas convicciones hayan generado un deber concreto de actuar, o de omitir en contra de las normas sociales imperantes.

3.3.5. Conclusiones.

Los distintas conductas que conforman la “delincuencia por convicción” hacen de este tipo delictivo un tipo de caracteres amplios. De ahí la tendencia histórica de distintos autores de entregar propuestas para una conceptualización que fije sus límites. Estos intentos presentan similitudes recurrentes en los distintos autores.

Por un lado, la exclusión de cualquier posibilidad de tratamiento privilegiado respecto de las actuaciones delictivas que presenten una orientación política tendiente a contravenir los valores ético-sociales subyacentes al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el intento de conceptualización se traduce en una elaboración doctrinal que surge como resultado de las críticas a aquellos autores partidarios de otorgar un tratamiento privilegiado respecto de quiénes actúen en contravención a los valores del Sistema motivados por razones de conciencia. Estas críticas van orientadas principalmente a atacar la actitud tendenciosa, a juicio de quiénes realizan la crítica, de los partidarios del tratamiento privilegiado, en orden a apoyar un menoscabo de las estructuras jurídicas, traduciéndose ello en un incentivo a la relativización de los mandatos jurídicos.

Un ejemplo de ello, es el hecho de que las propuestas de delincuente por conciencia de PETERS o WELZEL han sido objeto de críticas principalmente de SILVA DIAS, que aparecen respecto del primero, “cuando

define las decisiones por convicción como decisiones de naturaleza puramente objetiva, que no alcanzan el ámbito ético de decisiones entre el bien o el mal, sino que entre correcto e incorrecto y que ignora, al no otorgarle ningún tipo de privilegio, la importancia que las convicciones poseen en la motivación de la acción. Con esta concepción, entiende SILVA que PETERS intenta reducir el ámbito temático de las decisiones de conciencia –a quienes sí otorga efectos privilegiantes–, vedándolo a las opiniones políticas y sociales. En esta línea también critica TAMARIT la teoría sobre el autor por conciencia de WELZEL, que excluye de la categoría criminológica al delincuente político”.⁴²

Pese a las diversas críticas de que fueron objeto los intentos de criterios delimitadores del concepto de “acto por conciencia” aquí expuestos, no cabe duda de que efectivamente consiguieron aportar razones esencialmente jurídicas de delimitación, constituyendo con ello un avance respecto de la materia existente al respecto hasta ese momento.

Como bien lo señala BAUCELLS, “en la aparición de estas nuevas categorías influyeron, sin duda, el proceso constitucionalizador con el reconocimiento de la libertad de conciencia y el establecimiento de valores ético-sociales”⁴³ que permitieron la delimitación jurídica de ellos.

4. TOMA DE POSTURA RESPECTO DEL CONCEPTO DE DELINCUENTE POR CONVICCIÓN.

Como hemos analizado a lo largo de este capítulo, la delincuencia por convicción se sustenta sobre fundamentos ideológicos, lo implica que se

⁴² BAUCELLS, *Ob Cit.*, pág. 82.

⁴³ BAUCELLS, *Ob Cit.*, pág. 83.

presente como una oposición política manifiesta. Por eso, al determinar el tipo de tratamiento criminológico de este tipo de delincuencia, nos basaremos en lo postulado por la teoría criminológica de la defensa social. Esta teoría⁴⁴ sostiene que el delito sería una “conducta desviada”, esto es, en disconformidad con los valores del sistema imperante, los que coinciden con los valores de la clase dominante. De allí que surja la necesidad del *control social de la desviación* y que la herramienta para llevarlo a cabo sea el sistema penal en general.

En palabras de Danilo ZOLO, una forma de enfrentar el delito –o como nosotros adscribimos “conducta desviada”– tendría relación con “(...) la instauración de garantías sociales de existencia capaces de impedir la marginación social de la fuerza de trabajo y los fenómenos de desocialización y disgregación cultural inducidos por ella”.⁴⁵ Esta solución por lo tanto buscaría evitar la desviación de algunos individuos de la sociedad o de grupos de ella, que verían un choque entre su concepción ideológica y la estructura del Estado.

Sin embargo, el Estado, en su afán de mantener incólumes las bases de la democracia, necesariamente va a dar a la delincuencia por convicción un tratamiento penal desde la política, ignorando por lo tanto la objetividad de la conducta en sí. La consecuencia lógica es que el trato de los delincuentes por convicción será distinto al del resto de los tipos de delincuencia, precisamente por la valoración que se le da a la democracia como bien jurídico atacado.

⁴⁴ En GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*; Espasa Calpe, Madrid, 1988. pág. 583 y 584.

⁴⁵ ZOLO, *Ob. Cit.* Pág. 109.

En su obra *Marxismo y cuestión criminal*,⁴⁶ ZOLO sostiene la existencia de un proceso de criminalización de carácter individualizante, en donde el sujeto activo de delito se identificaría sociológicamente con las personas que pertenecen a las clases sociales más bajas o a grupos minoritarios de la sociedad como inmigrantes, campesinos, etc. Esto implicaría que el trato dado a las “culturas de la pobreza”, serían “(...) fenómenos conexos a los procesos de marginación y disgregación social inducidos por el modo de producción capitalista”.⁴⁷

Por lo tanto, este tratamiento diferenciado de determinados grupos sociales, implicaría la radicalización del método punitivo respecto de determinados delitos, como por ejemplo, aquellos que se relacionan a una motivación del tipo político, como es el caso de los delitos terroristas. Como se planteó anteriormente, la reacción del Estado frente a estos delitos, se basa en la defensa de los valores que fundamentan la democracia y que para éste poseen una valoración superior a las motivaciones que inducen el actuar de los delincuentes por convicción. La materialización de dicha defensa se encuentra en la creación de una respuesta legislativa punitiva represiva, la que adquiere mayor fuerza en la medida que mayor sea el propósito de destruir los valores fundamentales del sistema vigente.

De todo lo planteado, se hace evidente el distinto trato que merece el delincuente por convicción respecto al resto de tipo delictuales. Por lo tanto, debemos determinar si la respuesta punitiva del Estado, en cuanto a su finalidad y la motivación de su creación, logra motivar al delincuente por convicción y permitir su reinserción en el sistema en contra del cual lucha.

⁴⁶ En *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Ediciones El Viejo Topo, 1983, págs. 83 a 135.

⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 99.

Basándonos en las conclusiones que VILLEGAS⁴⁸ obtiene a partir de lo expuesto por GARCÍA PABLOS, sabemos que la delincuencia por convicción se sustenta en una valoración ideológica opuesta al sistema imperante, respecto del cual se busca precisamente invertir la escala de valores subyacentes a la estructura estatal existente, la pena no lograría hacer que este tipo de sujeto se abstenga de actuar en contra de dicha estructura a la que desprecia, razón por la cual además no se siente obligado por el marco legal impuesto por el Estado. Respecto de ellos, la pena no logra cumplir su objetivo preventivo, lo que implicaría que su función motivadora se vea frustrada en relación con este tipo de individuos, dejando al sistema punitivo, como única opción, la aplicación de la función intimidatoria de la pena, la cual se traduce en la aplicación de sanciones de carácter represivo.

Asimismo, VILLEGAS llega a la conclusión de que respecto a la reinserción de este tipo de personas, es plenamente contradictorio suponer que ello sería posible, toda vez que no existe en ellos la voluntad de hacerlo, pues la motivación ideológica impide que participe de los valores contra los que lucha y que busca modificar. Por lo tanto, en este tipo de delitos la pena cumple una función retributiva, dejando de lado toda finalidad social. Así, frente a este tipo de delincuentes, la pena se entenderá como la imposición de un castigo, de una retribución al daño causado a la sociedad, dificultando con ello, la eventual resocialización del delincuente, quien solamente reafirmara sus convicciones y fomentara su reincidencia.

⁴⁸ VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 237.

Al respecto es posible observar como la doctrina busca dar solución a la situación recién planteada. Entre ellos encontramos a ZOLO –autor reiteradamente consultado en este trabajo– quien plantea la necesidad “(...) de intervención sobre la desviación criminal (...) dirigida a la socialización de todo posible tratamiento penal”.⁴⁹ El mismo autor plantea asimismo, como parte de su respuesta, la revisión del rango de los bienes tutelados por el ordenamiento penal en base a la identificación de las necesidades e intereses de la sociedad; por tanto, la protección de intereses primarios y secundarios pasaría a su vez por la transformación profunda en la organización de la sociedad.⁵⁰

Por lo tanto, la “socialización” o respuesta que entregaría este autor a la desviación criminal, es del tipo social, lo que implicaría el desarrollo de la sociabilidad del individuo, o sea,

“(...) asegurando las más amplias condiciones para una práctica efectiva de las libertades civiles y políticas capaz de hacer de él sujeto activo y no pasivo de relaciones sociales; y, por el otros lado, promoviendo la emancipación colectiva (...)”.⁵¹

Para el adecuado tratamiento criminal de este tipo delictivo, creemos, debe tenerse presente que la resocialización en un Estado Democrático no puede dirigirse hacia una transformación ideológica del sujeto. Creemos que ante todo, se debe incentivar al cumplimiento de las normas como consecuencia de la creación de una conciencia colectiva de su necesidad, de ese “respeto a la ley y al derecho de los demás” que debe guiar las conciencias en un sistema democrático material.⁵²

⁴⁹ *Ob. Cit.*, pág. 113.

⁵⁰ *Ob. Cit.*, pág. 114.

⁵¹ *Ob. Cit.*, pág. 117 y 118.

⁵² VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 239.

Pese a todo lo dicho, nos vemos en la obligación de considerar criterios estructurales del sistema, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, sin dejar de lado las observaciones planteadas al respecto, con miras a la concreción fáctica de nuestras propuestas; de delimitar conceptualmente las categorías criminológicas en pos de su tratamiento desde una perspectiva criminal. Así, deberán, ser rechazados los conceptos heterónomos de conciencia, es decir, aquellos que basan su definición en el criterio exclusivo del “deber”. Ello porque no sólo son irreconciliables con la idea misma de “libertad” de conciencia y la imagen de persona humana reconocidas constitucionalmente, sino que por no servir para distinguir los distintos tipos de comisión delictiva por convicción. De esta forma, quedan sentadas las bases para avanzar en la necesaria concepción de la conciencia desde perspectivas autónomas normativas, profundizando aquellos criterios ético-filosóficos, más reconciliables con el texto constitucional.

Dentro de esta lógica, admitiremos entonces, al menos momentáneamente, lo postulado por TAMARIT SUMALLA, quien sostiene que el delincuente por convicción es “(...) un ‘tipo principal criminológico’, (donde) sus matices definitorios residen en una motivación impulsada “por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente”; este orden de normas puede ser de “naturaleza política, religiosa, de honor, de ética profesional o de ética general”.⁵³⁻⁵⁴ De este modo, se comprenderían dentro de este tipo conductas tan variadas como el *terrorista* o el *objeto* de

⁵³ En este punto, TAMARIT SUMALLA recoge lo expuesto por SEELIG, Ernest; *Tratado de Criminología*, Madrid, traducido por José María Rodríguez Devesa, 1958, pág. 169.

⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, Ob. Cit., pág. 340.

conciencia que se negase a prestar el servicio militar obligatorio. En él se configuraría el delincuente por conciencia como un supuesto especial, caracterizado por un conflicto ético más intenso, en que existiendo un orden de valores éticos en el autor, uno es más sentido por él como más vinculante que el jurídico.

A nuestro juicio, se hace imperioso objetivizar los parámetros que permiten definir al delincuente político, lo que implicaría dejar en un segundo plano cualquier tipo de consideración ética o que diga relación con el móvil que determina su actuar. Asimismo, es fundamental que el Estado reconozca que existen tipos de delincuentes políticos que merecen un trato especial; partiendo de la base que existe una diferencia entre los valores que el Estado sostiene y por otro lado, los valores que dan fundamento a la comisión de un delito político o por convicción, aquél no pretender imponerlos a quienes cometen este tipo de delitos, ya que sería iluso pensar que en ese sentido, el Estado es absoluto. Por tanto, sería –y es– una contradicción evidente, sostener que el Estado Democrático de Derecho formal, que reconoce prácticamente al nivel de principio la libertad de conciencia, no sea capaz de protegerla y respetarla a la hora de establecer normativamente su política punitiva.

En conclusión, es primordial encontrar una solución político criminal real y efectiva a la problemática de la delincuencia por convicción, que considere las necesidades y circunstancias actuales, los conflictos presentes. En resumen, que pueda ponderar dialécticamente lo pasado, lo presente y lo futuro en relación al tema.

Precisamente, la consideración de lo pasado, lo actual y lo futuro, hace imposible crear una solución definitiva y estática a nivel normativo y de

política criminal. De ahí que sea realmente importante determinar las conductas que requieren de un tratamiento especial tomando en consideración las motivaciones de carácter social, económico y político, sin olvidar desde luego las de tipo histórico y cultural. Ello obligaría a dejar de lado obviamente, toda consideración subjetiva de las motivaciones individuales del sujeto o cualquier intento de definición de lo que se debe entender por conciencia; desde el punto de vista científico es prácticamente imposible conocer la conciencia de un sujeto, como también lo es verificar las motivaciones que dan origen al actual delictivo, teniendo como único referente los dichos o afirmaciones del sujeto.

Lo más probable es que si nosotros nos dedicamos a encontrar una exacta o innovadora definición de conciencia o convicción, nuestras tesis serán debatidas en un espacio teórico, y probablemente sólo se quedarán ahí. Por lo mismo creemos necesario, y creemos posible buscar parámetros objetivos que permitan determinar con mayor certeza quién es delincuente por convicción política y a qué tipo de delincuente político debemos darle un tratamiento especial.

CAPÍTULO II

DELINCUENCIA POLÍTICA POR CONVICCIÓN Y TERRORISMO. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS.

I. PRELIMINARES.

Para realizar un tratamiento criminológico, cualquiera sea la conducta desviada que se tenga por objeto, se debe tender a estudiar por qué se delinque y porqué determinadas actividades son definidas como delictivas. Creemos que en ese ejercicio de desentrañar los orígenes mediatos del acto desviado no se debe dejar de considerar el contexto socio-económico y político estructural en el que estas conductas tienen lugar, dada la incidencia que tienen en ellas y en el proceso de criminalización del que son objeto. Tampoco se debe olvidar estudiar las relevancias prácticas que acarrea el hecho de que una conducta sea atribuida a un tipo penal como consecuencia del proceso criminalizador.

En este sentido, al analizar la delincuencia por convicción política desde la óptica de la criminología, debemos tener presente que ella tiene lugar en un Sistema Democrático de Derecho,⁵⁵ cuyos pilares fundamentales se supone, son principalmente, igualdad y libertad, lo cuál nos hace creer, en principio, que no debiera haber mayores problemas al momento de

⁵⁵ No olvidar que dicho concepto lo consideramos desde una perspectiva formal, por las razones explicadas con anterioridad.

manifestar o hacer efectivas nuestras convicciones. Sin embargo, como mencionamos en el capítulo anterior, la *delincuencia por convicción* se caracteriza por ser una oposición política manifiesta a la mayoría de los valores de ese sistema, valores que de una u otra forma han sido impuestos y que obedecen a los intereses de la clase dominante.

Por esta razón, la teoría criminológica de la defensa social denomina a los delitos cometidos por móviles de convicción, “conducta desviada” y no “delito”, ya que la delincuencia por convicción política también lleva implícita una vulneración a normas de orden ético-social, incluso morales; en cambio, el delito común tiene por exclusivo objetivo, al menos en la práctica, vulnerar la legislación penal, lo cuál no necesariamente es indicio de una oposición a los valores de la sociedad y a los valores que inspiraron la legislación que se transgrede, como posteriormente haremos notar.

Debemos tener presente también, que *el terrorismo*, más que un concepto técnico-jurídico, es una *categoría criminológica*; de ahí la necesidad de distinguir las distintas modalidades que caben dentro de esa noción genérica.

II. EL TERRORISMO COMO SUBESPECIE DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN.

Como señalamos al inicio de nuestra investigación, con la consolidación de los Estados Democráticos, la Criminología empezó a observar un aumento en los fenómenos delictivos motivados por las convicciones de los sujetos. Ello hizo afirmar a algunos autores⁵⁶, el hecho

⁵⁶ Ya lo había planteado así, SELIG, *citado por* TAMARIT SUMALLA, J. *La Libertad*

de que la expresión “*delincuente por convicción*” tiene sus raíces en la Criminología, destacando en este sentido que dicha categoría delictiva constituye “*un tipo principal criminológico*”.⁵⁷

Particularmente se pudo observar, tal como lo hizo TAMARIT SUMALLA, cómo esa motivación puede estar impulsada “por la convicción de que se debe actuar de acuerdo a un orden normativo al que se valora más que al derecho estatal vigente”⁵⁸ y que, como consecuencia de ello, se estaría cometiendo un *delito*. De ahí la importancia de estudiar este fenómeno criminal desde la óptica del Derecho Penal y de la Criminología, en cuánto teoría y práctica. Pues no se trata de un fenómeno aislado o extemporáneo, si no que, por el contrario, se trata de un fenómeno actual cuya existencia forma parte del ordenamiento jurídico de distintos países. Para realizar el estudio Criminológico mencionado y que éste sea sistemático y claro, seguiremos la secuencia lógica de toda evolución histórica, tal como lo abordaron los Criminólogos GARCIA-PABLOS Y LARRAURI, basándonos por tanto, principalmente en ellos.

1. CONCEPCIÓN CRIMINOLÓGICA DEL TERRORISMO, A PARTIR DEL CONCEPTO DE DELITO POLÍTICO. RESEÑA HISTÓRICA.⁵⁹

1) En una *etapa pre-científica* de la criminología,⁶⁰ la primera formulación teórica consolidada del delito político⁶¹ tiene lugar en la *época*

ideológica en el Derecho Penal, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1989, pág.340.

⁵⁷ Idem

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ En cuanto a la estructura de análisis utilizada respecto de cada teoría mencionada, y por considerar que es la forma más clara de realizar el análisis mencionado seguiremos la utilizada por VILLEGAS, *Ob. Cit.*, capítulo III.

⁶⁰ Es decir, etapa previa al positivismo, esto es hasta la consagración propiamente tal de la criminología como disciplina científica autónoma con un objeto específico.

absolutista, bajo la categoría de “*delito de lesa majestad*”, que servía de fundamento ideológico para la represión de toda manifestación de disenso político. Como señala al respecto TAMARIT SUMALLA “el núcleo material del crimen de lesa majestad estaba constituido por el quebrantamiento del deber de fidelidad del súbdito hacia el soberano”.⁶² De esta concepción de delincuente por convicción se entiende que el sujeto se encontraba determinado, tanto en su pensamiento como en su actuar, por la autoridad del soberano, quién representaba a Dios en la tierra y por ello se le debía obediencia.

Luego, con la *filosofía de la Ilustración*, se producen las primeras críticas explícitas a la amplitud del crimen de lesa majestad. Se demanda una atenuación de la arbitrariedad y dureza que caracterizaban el tratamiento de estos delitos. La situación histórica existente (Iluminismo, Revolución Francesa, etc) conlleva a la “sustitución de la soberanía de derecho divino del Príncipe por la entidad racional del Estado como detentador del poder soberano”,⁶³ modificando con ello la concepción existente de delito. Ahora existe el “*delito de Estado*” el que fue denominado delito político.

En este contexto, BECCARIA, en su obra *De los Delitos y las Penas*, plantea que “si el objeto de la sociedad es el máximo bienestar para sus miembros, la verdadera medida de los crímenes es la ofensa que hacen a la Nación”⁶⁴. De ello desprende que habrán dos tipos de delincuentes; los que

⁶¹ Para efectos de este trabajo, utilizaremos el término “delincuente político” indistintamente del de “delito por convicción”. Al respecto, véase en esta misma investigación el apartado del Capítulo I, “El Delito Político”.

⁶² TAMARIT SUMALLA. *Ob cit.* pág 273-274.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ BECCARIA, Cessare; *De los delitos y las penas*, Argentina, Editorial Orbis, 1984, pág. 84.

provocan injusticia a un particular y los que tienden a destruir la Sociedad, estos últimos son los cometidos por el delincuente político.

2) En la etapa de la *Criminología Clásica*, adquirirá fuerza la idea del “libre albedrío” y, consecuentemente, la del ser humano como ser capaz de autodeterminarse, “no como un mero juguete de las fuerzas divinas”.⁶⁵ De ahí que esta teoría criminológica no distinga entre el hombre delincuente del no delincuente, pues todos son hombres libres e iguales. Se concibe, por tanto, el crimen como una “*conducta irracional de quien en uso de su libertad no ha sabido escoger lo que realmente le interesa*”.⁶⁶

Como reacción a la Escuela Clásica surge el *Positivismo Criminológico*, siendo la *Escuela Italiana*, con sus representantes LOMBROSSO, GARÓFALO y FERRI, los más fieles exponentes de esta teoría. El estudio del delincuente realizado por esta escuela es fundamentalmente “fenomenológico”. Da lugar a una rica gama de tipos criminales y de clasificaciones. Parten aceptando la hipótesis de que algunos de los delincuentes presentan anomalías orgánicas o psíquicas atávicas, de transmisión hereditaria, que convierten a tales delincuentes en una variedad o especie “infrahumana”. Ellos, a diferencia de los clásicos, propugnan la tesis de la “diversidad del criminal”.⁶⁷

LOMBROSSO, representante de la orientación *antropobiológica*, acentúa en su teoría de la criminalidad la relevancia de los factores biológicos individuales y el carácter atávico-regresivo del delito. En su obra *El*

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 198.

⁶⁶ *idem*, pág. 199.

⁶⁷ El delincuente como persona distinta del ciudadano “honesto”. Lo anterior, basado en GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 248.

*hombre delincuente*⁶⁸ consolida la tipología delictiva, señalando que está integrada por seis miembros; siendo uno de ellos el *delincuente pasional*. Señala que todos los delitos cometidos por este delincuente “de ímpetu” tiene como sustrato la violencia de alguna pasión; ya sea sentimental, religiosa, patriótica, etc., asimilando en primera instancia al *delincuente político* en esta categoría.

Sin embargo, LOMBROSSO, basado en las observaciones formuladas por LASCH de que los grandes héroes de la patria exhibían características propias del delincuente “nato”, llega a la conclusión de que no existe un tipo unitario y homogéneo de “*delincuente político*”.⁶⁹

FERRI, por su parte, señaló que

“[E]l *delito político* se produce por motivos altruistas, aunque tenga como fundamento errores o utopías, o se proponga alcanzar un mejor orden político y social, en beneficio de la colectividad o de una clase determinada. Identificó la delincuencia común con la delincuencia atávica, y la de *naturaleza política* como *delincuencia evolutiva*”.⁷⁰

3) Entre las *teorías sociológicas criminales*, se destaca la *escuela antropológica* que, a diferencia de los positivistas, pone mayor acento en el “medio social” o “entorno” que en los factores psicológicos y biológicos. Para ellos, será el medio social el responsable de exacerbar la predisposición criminal individual latente en ciertos sujetos.

⁶⁸ LOMBROSSO, citado y analizado por GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit*, pág. 253-257.

⁶⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, L., Citado por GARCIA-PABLOS. *Ob. Cit*, pág. 259.

⁷⁰ FERRI, citado por Colectivo de abogados José Alvear Restrepo en “¿Terrorismo o rebelión? Propuestas de regulación del conflicto armado”, 12/02/2002 en [<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros>]

Con estos planteamientos se inicia el análisis del delito como un fenómeno colectivo, abandonando la idea del delito como un hecho individual.

Dentro de esta tendencia tiene relevancia la *teoría psicosocial de la Criminalidad* defendida por TARDE⁷¹, para quien “la criminalidad no es un fenómeno antropológico, sino *social*, gobernado por la *imitación* como sucede con todos los hechos sociales [...] Será a través de la imitación que el crimen se convierta en una costumbre o hábito”.⁷² TARDE defiende la conexión inequívoca del crimen con el medio social y no asume el determinismo social de los positivistas, pues cree en el *libre albedrío* y asevera que “*opción individual*⁷³ y *entorno* son los dos factores que condicionan las carreras criminales”.⁷⁴

Si bien, esta Teoría fue de las primeras en relacionar al delito con el medio social donde este se origina, estimamos que ello no es suficiente para realizar un estudio criminológico acabado del terrorismo, pues creemos que un estudio con esas características debe considerar el *contexto social global*, esto es, además de estudiar la efectiva relación que existe entre delito y sociedad, debemos estudiar la relación de éste con las estructuras económicas, políticas y jurídicas que componen dicha sociedad.

Por otro lado, el planteamiento de esta Teoría en relación al delito como consecuencia de la “imitación” de ciertas conductas, no nos sirve al momento de estudiar los *delitos de terrorismo*, pues nos parece “simplista”

⁷¹ TARDE, G., citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Ob. Cit.*, pág. 296.

⁷² GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 294.

⁷³ Creemos que el autor al decir: “opción individual” se refiere a una libertad para elegir si se imita o no, la conducta, constitutiva de delito, de otro.

⁷⁴ GARCÍA-PABLOS. *Ob. Cit.*, pág. 296.

creer que ellos responden a una mera imitación de la conducta de otro, dado el rol fundamental que juega la *convicción* como móvil de ejecución de ellos.

4) Siguiendo la línea evolutiva, nos encontramos con las teorías criminológicas que se basan en un *modelo funcionalista de la sociedad*. Ellas estudian el tema del delito en base a las funciones y disfunciones que estos comportan para la sociedad. Conciben la *desviación* como una deficiente socialización en las normas sociales, lo cual, en última instancia, depende de la *motivación* del individuo para actuar conforme a la norma, motivación que se establece en base a premios y castigos.

Si llevamos esta teoría al ámbito de los *delitos por convicción*, resulta fácil verificar que dicha motivación no ejerce efecto alguno, pues quien lleva a cabo este tipo de conductas, no actúa motivado por el derecho, si no que por una convicción interna, de carácter político y “opone su propia ideología al orden de valores expresado en la norma o al bien jurídico protegido.”⁷⁵ Desde esta perspectiva, el delincuente político, terrorista, sería un ser “*des-socializado*” y su actuar sería calificado como una *conducta desviada*.

Esta teoría, tampoco nos es de mucha utilidad en nuestro objetivo de estudiar los *delitos de terrorismo*. Principalmente, porque parte de la base de la existencia de un consenso generalizado y este “*consenso colectivo* no puede significar sino “un criterio impuesto por los grupos que tienen el poder y que simplifican así las divergencias en beneficios de sus intereses”.⁷⁶ Creemos que, justamente, ahí radica una de las complicaciones del tratamiento criminológico de esta clase de delitos, al menos en su tipología subversiva, porque precisamente lo que motiva su comisión es el desacuerdo

⁷⁵ TAMARIT SUMALLA, J. *Ob.Cit*, pág. 343.

⁷⁶ ANIYAR LOLA, citada por VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 243.

con los valores imperantes, con las normas impuestas que solo representan los intereses de la clase poderosa.

Respecto del caso del *terrorismo de Estado*, creemos que esta teoría sería insuficiente para explicarlos, pues quienes son los sujetos activos de esta clase de delito, son coincidentemente, los que inciden en la configuración de esos criterios conformadores del consenso generalizado, por lo cual, no debiera haber oposición alguna a sus propios valores e intereses.

Dentro de las Teorías Funcionalistas y dado el vuelco sociológico que ellas implicaron en la Criminología Contemporánea, creemos que es pertinente considerar dos de ellas, principalmente por el análisis que hacen de la conducta desviada y que puede ser de utilidad para el estudio de la conducta terrorista.

4.1) *Teoría Estructural-Funcionalista*. El concepto de “anomia”⁷⁷ fue introducido por DURKHEIM y la teoría propiamente tal fue desarrollada por MERTON. Se basan principalmente en la afirmación de que “las causas de la desviación no deben buscarse ni en factores bioantropológicos y naturales ni en una situación patológica de la estructura social; la desviación es un fenómeno normal de toda estructura social; y sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para el desarrollo y la existencia de la estructura social, si se acompaña de un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conductas

⁷⁷ Para DURKHEIM, ‘*anomia*’ es ‘*ausencia de normas*’, una fase excepcional que se produce cuando, debido a los cambios sociales bruscos, la sociedad no actúa como fuerza reguladora de los deseos humanos, los cuales son por naturaleza ilimitados. DURKHEIM, E., citado al pie de página, en LARRAURI, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, Ed. Siglo XXI, España, 1991, pág. 5

pierde valor, mientras no se haya afirmado aún un nuevo sistema (anomia). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio y del desarrollo socioestructural”.⁷⁸

MERTON, por su parte, desarrolla la *teoría de la anomia*; “los individuos anhelan aquellos objetivos que son valorados en cada sociedad. Pero la cultura no solo designa cuáles son los objetivos valorados sino que además señala por qué medios estos pueden conseguirse. Así, se realza el valor de la “riqueza”, pero no se acepta que esta se consiga de cualquier manera” Sin embargo, en ello surge un problema, cual es que

“[S]i bien la cultura define los objetivos de forma igualitaria para todos los miembros sociales, las posibilidades de alcanzarlo no están repartidas de forma igualitaria. Debido a que las metas culturales son anheladas por todos y las oportunidades estructurales para su consecución son limitadas, surge una tensión, una *situación de anomia*”.⁷⁹

Como señala LARRAURI, una de las respuestas que el individuo puede adoptar frente a esta tensión, es el comportamiento delictivo. Para MERTON el comportamiento delictivo “no es solo un problema de socialización defectuosa, sino una situación creada estructuralmente, producto de una tensión existente entre los objetivos culturales –éxito económico– y los medios legítimos limitados que existen para su consecución”.⁸⁰

Si llevamos esta teoría al ámbito de los *delitos de terrorismo*, concordamos con que el fenómeno de la desviación, en este caso el actuar terrorista, es una manifestación del hecho de verse sobrepasados ciertos

⁷⁸ BARATTA, Alessandro; “*La Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*”, traducción de Álvaro Bunster, 6° edición, Ed.Siglo XXI, México, 2000, pág 56.

⁷⁹ MERTON R., citado por LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 5.

⁸⁰ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 5.

límites, como lo serían el aumento de la división del trabajo y su consecuente enajenación en el obrero, el aumento del conflicto de clases, la imposición de decisiones de grupos minoritarios y con intereses particulares, etc.

Y, si bien pueden considerarse como una manifestación clara de la tensión originada por la incapacidad de unos pocos de alcanzar los objetivos culturales por verse excluidos de la posibilidad de utilización de los medios legítimos creados con esos fines, no se puede pretender darle a este tipo de conducta desviada la función de factor necesario y útil del equilibrio del desarrollo sociocultural, toda vez que sobrepasa cualquier posibilidad de límite funcional a las estructuras del sistema al violentar y Derechos Humanos Fundamentales. Además los *delitos de terrorismo*, en general, no son una forma de obtener lo “culturalmente valorado”, sino que, muy por el contrario, una forma de manifestar su oposición a lo arbitrariamente así determinado.

Por estas razones, el concepto de anomia utilizado en este sentido, nuevamente no nos es de mucha utilidad.

En este último aspecto mencionado, nos adherimos las críticas que se le formularon a MERTON y a DURKHEIM, en el sentido de que presenta una imagen sobreconsensuada de la sociedad. Deja de lado el hecho de que la sociedad está estructurada en forma desigual y, por tanto, los diversos grupos sociales tendrán intereses distintos y como consecuencia de ello, es previsible la existencia de conflictos. Así, compartimos lo que al respecto sostiene LARRAURI:

“ciertamente hay una imagen de consenso pero lo que pasa como consenso es sencillamente la habilidad, la fuerza, el poder, que tienen unos grupos para imponer sus valores (como comunes) al resto de los grupos sociales”.⁸¹

Por otro lado, no estamos de acuerdo con MERTON, en cuanto considera al delito como la *solución* que nace ante la situación de anomia. Por el contrario, creemos que los *delitos de terrorismo*, si bien “se originan en estados de crisis, producto de las perturbaciones del orden colectivo”,⁸² su finalidad no es ser el medio para la obtención de los objetivos impuestos culturalmente, ni menos, ser una alternativa a la insuficiencia de los medios legales para obtenerlos, ni tampoco lo es solucionar ese estado de cosas, volviéndolas “a su lugar”, si no que plantean un cambio estructural y valorativo de las mismas.

Posteriormente, MERTON desarrolla la teoría del *estructural funcionalismo*. En ella establece distintas categorías conforme al papel social o conducta de los individuos en situaciones específicas. El *delincuente político* y el *delincuente terrorista* se corresponderían con el tipo de *adaptación individual de la Rebelión o rebeldía*, esto es, personas que están fuera de la estructura social y tratan de alcanzar una estructura social nueva y modificada, ya que en el primero existiría un extrañamiento de las metas y normas existentes, que son consideradas como puramente arbitrarias.⁸³ Según MERTON, hay que distinguir entre el *rebeldé* y el *resentido*, ya que en este último no existe un verdadero cambio de valores, mientras en la rebelión hay una verdadera transvaloración.⁸⁴

⁸¹ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 9. Lo agregado entre paréntesis es nuestro.

⁸² En este sentido, VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 242.

⁸³ MERTON, citado por VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 243.

⁸⁴ *Idem.*

4.1) Dentro de las Teorías de las *Subculturas*, MILLER, si bien presenta una visión ligeramente distinta, de igual forma es considerado un representante de ellas. Parte de la base de la existencia de circunstancias sociales distintas, lo que traerá como consecuencia el desarrollo de distintas ideas y valores, lo que a su vez originará la existencia de “subculturas”. Las consecuencias prácticas que ello puede tener lo ejemplifica diciendo: “la clase trabajadora se caracteriza por tener unos valores propios. Cuando ésta realiza sus propios valores ello desemboca en comportamientos considerados delictivos por la cultura dominante”.⁸⁵

Este autor, en principio, pareciera ser útil en el tratamiento de los *delitos por convicción*, en cuanto ellos representan unas posiciones éticas, políticas, religiosas distintas de las existentes y no por ello son constitutivas de delito, si no por el hecho de querer llevarlas a la práctica infringiendo el “orden social vigente”.

Sin embargo, no nos es de utilidad, como tampoco las teorías subculturales en general, en lo relativo a los *delitos de terrorismo*, pues sigue la idea de la tensión originada por la imposibilidad de acceder a los objetivos culturalmente valorados, olvidando por ello también la falta de consenso y sus implicancias.

Por otra parte, el desarrollo de la idea de “subculturas” dice relación a la idea de “*subculturas delictivas*” atribuyéndoles de este modo *per sé* un carácter desviado, cosa que consideramos extrema.

⁸⁵ MILLER, citado por LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 8.

Por último, esta teoría al formularse en base a la actitud de sujetos jóvenes pertenecientes a una clase determinada, abandona el estudio en supuestos distintos, tanto de sujetos como de respuestas ante los mismos supuestos y más aún, no explica las posibles respuestas de orden político. Por eso, dichas teorías son muy limitadas por el tipo de análisis que aquí se requiere. En tal sentido, podemos agregar también, que esta concepción nos parece determinista, toda vez que encasilla muy rígidamente a los sectores sociales en su potencial delictual, desconociendo que en la actualidad este fenómeno es transversal a la sociedad, es de alguna forma una consecuencia de la estructura social predominante, lo que sucede es que la persecución penal es dirigida contra ciertas clases sociales, pero el delito en sí no es un fenómeno perteneciente a un sector social. Por esto, esta teoría nos parece antidialéctica, no concibe la relación contradictoria existente entre aspectos económicos, formación cultural y conductas delictuales.

De todas las teorías analizadas podemos distinguir un rasgo común: el delito político y por tanto, el terrorismo, se originan en situaciones de disgregación social, producto de un desorden existente en el interior de las sociedades. Desorden surgido como consecuencia de la situación de desigualdad y opresión en que tienen los detentadores del poder a las clases más desprotegidas; desorden manifestado en todas las estructuras de organización, económicas, políticas, jurídicas y religiosas. En este sentido, la profesora VILLEGAS sostiene que, desde un plano sociológico, la situación anterior explicaría el hecho de que la acción directa terrorista sea, *por regla general* –aunque no excluyente– llevada a cabo por personas de bajo estrato social, mientras que las directrices ideológicas nacen de mentes intelectuales pertenecientes a estratos acomodados de la sociedad”.⁸⁶

⁸⁶ VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág 244.

Al respecto, parece que debiéramos partir del presupuesto de que el orden social no surge de un acuerdo generalizado, sino por la coerción de los grupos sociales hegemónicos, dentro de las luchas que se promueven en la sociedad para imponer los propios intereses. Ello nos lleva necesariamente a tener presente durante toda nuestra investigación, que “el Estado Democrático de Derecho no es una realidad en su plenitud, sino, todavía un proyecto hacia el que debemos avanzar”.⁸⁷ Y entender por tanto que “la democracia no es un proceso acabado”.⁸⁸

5) Hacia los años setenta, con las *teorías del consenso social*, cobra gran vigor una explicación *interaccionista* del hecho delictivo, que parte de los conceptos *conducta desviada* y *reacción social*. Según esta perspectiva, “no puede ya comprenderse el crimen prescindiendo de la propia *reacción social*, del proceso social de definición o selección de ciertas conductas etiquetadas (*labelling approach*) como criminales”.⁸⁹ Para esta teoría, *delito* (conducta desviada) y *reacción social* son términos interdependientes, del mismo modo que el comportamiento delictivo no puede aislarse de determinados procesos sociales que le definen como tal. La *desviación* no es una cualidad intrínseca de la conducta, sino, *atribuida* a la misma a través de complejos procesos de interacción social; por tanto, la condición de “*criminal*” no evoca ciertas cualidades negativas de una acción humana, inherentes a ésta, ni tampoco concretos rasgos de la personalidad de su autor.

⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, *Ob. Cit.*, pág. 347.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 583.

La importancia del *labelling approach*⁹⁰ radica en que traslada el interés de la investigación desde el desviado y su medio hacia aquellos que le *definen* como desviado, analizándose más los mecanismos y funcionamiento del control social o la génesis de la norma que los déficit de socialización del individuo. No interesan las causas de la desviación (primaria), sino, los *procesos de criminalización* porque, según este enfoque, una persona deviene en delincuente cuando otras personas muy significativas le etiquetan con éxito como tal. Sostienen que el *control social* crea criminalidad, pues la *desviación* será una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones que los otros aplican al ofensor. El *delito* sería una construcción social y el proceso de etiquetamiento cumpliría funciones sociales determinadas en relación al castigo social.

Como consecuencia del etiquetamiento, el sujeto objeto de él asume un nuevo “estatus”, el de delincuente, lo que le proporciona apoyo de un determinado grupo social, nuevas posibilidades de actuación y debido a las restricciones que encuentra para actuar en el mundo convencional una vez etiquetado como delincuente, es por lo que el sujeto asume finalmente su nueva identidad. Aceptada ésta, sus actos vendrán guiados por esta nueva faceta.⁹¹

6) El clima de controversia política y social que vivió la sociedad norteamericana durante los años ‘60 propiciaría las teorías conflictuales, principalmente porque éstas contemplaban en el hecho cotidiano del “conflicto” como un fenómeno normal, adoptando un análisis crítico frente a la

⁹⁰ Teoría explicada por GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 584.

⁹¹ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 37.

reacción de los poderes públicos al crear y aplicar la legalidad a los disidentes.⁹²

Producto de esto se crearon nuevos controles internos que incidirían fuertemente en el actuar personal de cada individuo, consecuencia de lo cual se produjo lo que PEARSON llamaría la “politización de la vida cotidiana”; la batalla política no pasaba sólo por combatir el sistema, si no por reestructurar la vida humana.

La consecuencia que esto tuvo en el área de lo jurídico fue la de aumentar, a través del sistema penal, la criminalización de un estilo de vida. Fue en este momento de la historia en que *las fronteras entre lo personal, lo político y lo delictivo comenzaron a difuminarse.*

7) Producto de las críticas formuladas desde una perspectiva materialista a la teoría del labelling approach, surge la elaboración de una “*Nueva Criminología*”, que marcará el tránsito a la elaboración de una criminología marxista.

La primera crítica a la perspectiva del etiquetamiento radica en que presenta al desviado como un sujeto pasivo. Se utiliza el ejemplo de la *delincuencia política* para argumentar las dificultades que tiene para explicar los casos en que el desviado elige de forma consciente la realización de actos políticos como forma de lucha; *su desviación es una opción consciente y no producto del control.* Al respecto, Elena LARRAURI señala que “la etiqueta de desviado no hace justicia al carácter político de sus actos. Definir

⁹² GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 617.

como desviados a los dirigentes negros, a los huelguitas o amotinados, a los ladrones, es desconocer que estos actos son formas de lucha política”⁹³

La otra crítica que se le formula va dirigida al descuido para abordar los *delitos de cuello blanco*. Se sostiene que esta perspectiva ignoraría aquellos delitos que no se ven sometidos a un proceso de etiquetamiento, sólo centran su atención en lo que de forma convencional se considera *desviación* y con ello olvidaría la “*desviación de los poderosos*”. Por último, se critica que las pocas veces en que se presta atención a esas “otras” formas de desviación, el acento sigue estando en el individuo; no existe conexión de estos comportamientos con las estructuras sociales, cómo estas facilitan, permiten o amparan el surgimiento de estos actos.⁹⁴

8) La *Nueva Criminología* (TAYLOR, WALTON, YOUNG) surge como un “planteamiento crítico a la criminología, que con base en la teoría crítica, a través de un proceso dialéctico busca la realidad de los procesos considerando al individuo determinado en sus relaciones con otros, con las clases y con la totalidad social y cultural”.⁹⁵

La principal crítica que le realiza a la perspectiva del etiquetamiento, como señala LARRAURI es que desconocen que ciertas formas de desviación constituyen formas de *lucha política* y que es el propio desviado quién elige esta forma de actuar.

⁹³ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 106-107.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ BUSTOS, *Ob. Cit.*, pág. 215-216.

Esta *nueva Criminología*, retoma el análisis clásico del *delito* no como un fenómeno individual, sino en relación a la sociedad y el Estado.⁹⁶

III. TOMA DE POSICIÓN.

Es de suma importancia para estudiar la *delincuencia terrorista* comprenderla como un fenómeno global, no individual, aislado de las circunstancias en que se originó. Por ello para realizar dicho estudio creemos que debe ser utilizado el *método materialista histórico y dialéctico*, propio de las investigaciones de orden marxista. Esto se traduce en que la desviación, el terrorismo en este caso, debe ser analizado en un determinado contexto histórico, el cual está definido por su modo de producción; sistema de producción capitalista.

Considerando para ello, la relación existente entre Estado, delincuente, víctima y sociedad. Por otro lado, adoptar este método de estudio, implica estudiar porqué estas actividades y no otras son definidas como delictivas, aspecto de gran relevancia para el tratamiento criminológico del tipo de delincuencia objeto de nuestro estudio. Es por esta razón que sostenemos que el análisis del *terrorismo* debe ser abarcado desde la óptica de la *criminología crítica*, sin perjuicio de lo cual, pretendemos entregar elementos innovadores para el análisis y por sobre todo para enfrentar la realidad práctica de la delincuencia política y terrorista.

En términos sociológicos, “*desviación* es un comportamiento no acorde con normas sociales, pero no necesariamente penalizado”.⁹⁷ La *criminología crítica* llevó este concepto a un contexto particular: a una

⁹⁶ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 117.

⁹⁷ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 110.

sociedad en que existe una lucha de clases sociales con intereses enfrentados. Se analiza la desviación como un acto de *oposición política* a los intereses de los poderosos, representados y defendidos por el Derecho Penal. Es una criminología que afirma que el delito es un acto político, en cuánto refleja las contradicciones inherentes al sistema y se opone a los valores dominantes.⁹⁸ Sin embargo, se debe tener presente que *no toda desviación es un acto de oposición política*, hecho que fue reconocido posteriormente.

Esto último es de gran relevancia, porque si bien el terrorismo de índole subversivo responde a lo que la criminología crítica define por desviación, no ocurre lo mismo con el terrorismo de Estado –razón por la cual no es nuestro objeto de estudio el Terrorismo de Estado, pues aquí no existe una finalidad subversiva ni cultural ni políticamente, o dicho con otras palabras, no existe una desviación propiamente tal con respecto a los valores que sustentan el orden establecido, pues son una expresión de ese orden supraestructural.

Es más, creemos que el Estado debe asumir su responsabilidad en el surgimiento de las manifestaciones terroristas, toda vez que la sistemática violación de derechos que debiera garantizar, origina el actuar terrorista como única forma de evitarlo y como la única forma efectiva de invertir los valores de la estructura estatal o de posicionarse hegemónicamente prolongando la estructura dominante.

No es de extrañar que estas conductas no se criminalicen, porque los propios sustentadores del sistema tienen la fuerza (económica) suficiente

⁹⁸ LARRAURI, *Ob. Cit.*, pág. 113.

para impedirlo y porque además la criminalización está al servicio del Estado y está concebida como instrumento de dominación, que en el marco del conflicto, permite criminalizar los comportamientos contrarios a los intereses del sistema.

De ahí que surja la necesidad de fijar con claridad cuáles serán los límites de “legitimación” del actuar terrorista, entendiendo la carga ideológica que estos poseen y el derecho de todo ser humano a hacer efectiva su libertad de conciencia.

En tal sentido, creemos que es una necesidad entender las diferencias que existen entre el terrorismo (como una subespecie de la delincuencia política por convicción) y la delincuencia política no terrorista o propiamente tal, con el objeto de delimitar la concepción de terrorismo y así impedir que se tache de tal a conductas delictuales políticas propiamente tales, lo cual en la actualidad, y ya lo veremos al tratar el terrorismo islámico, se presta para sustentar más una represión política, económica y cultural, que una represión penal respetuosa de los derechos fundamentales. Expresión de esto es el tratamiento que le otorga el Derecho Penal del Enemigo a aquellos que denomina como “terroristas”, englobando en esa categorización a prácticamente todo grupo opositor que transgreda aunque sea levemente el orden establecido.

Creemos que es posible entregar lineamientos más objetivos que nos permitan caracterizar mejor al terrorismo, impidiendo de esa forma la confusión de conceptos con la delincuencia política por convicción propiamente tal. Sólo luego de este ejercicio podemos entrar a analizar si es posible dar un tratamiento especial a la delincuencia terrorista, por un lado, y a la delincuencia política por convicción, por otro.

Creemos, a grandes rasgos que el limite debe estar ahí, donde se inicia el resguardo de los derechos humanos fundamentales y su tratamiento debe estar orientado por la efectiva aplicación de los principios legales.

En este aspecto, tal como lo hace la *criminología crítica* somos partidarios de que el derecho no protege exclusivamente los intereses de la clase dominante, en el sentido de que también plasma valores fruto de luchas y victorias sociales.

Además, producto de este reconocimiento al Derecho Penal, podemos haciendo uso de él, incluso, castigar las vulneraciones de los derechos humanos fundamentales, provenientes del actuar de los poderosos (el actuar delictivo de los sectores más desprotegidos ya está criminalizado).

IV. EL TERRORISMO COMO SUB-ESPECIE DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN.

Tal como lo señaláramos anteriormente y antes de pasar a analizar los aspectos que nos permitirán afirmar que el terrorismo es una sub-especie de la delincuencia por convicción política, debemos hacer nuevamente el alcance que dentro del concepto genérico de terrorismo queda incluido el que se lleva a cabo desde las instituciones estatales o “*terrorismo de Estado*”, toda vez que los graves delitos que se pueden cometer en este caso también subvierten el orden constitucional y, por supuesto, alteran gravemente la paz pública. Mas, en este trabajo, al hacer uso de la expresión “terrorismo” nos

referiremos exclusivamente al “*terrorismo subversivo*”, es decir, “el que se realiza desde fuera del sistema institucional del Estado”.⁹⁹

Como dijimos en el capítulo anterior, desde los inicios, el terrorismo en cuanto noción jurídica particular, ha estado ligado al concepto de *delito político*.

Sin embargo a la hora de dar un tratamiento jurídico a dichas conductas ha surgido la necesidad de “despolitizar” el terrorismo y por tanto, delimitar el sentido y alcance del delito político. En este sentido el Instituto de Derecho Internacional, con motivo de las reglas relativas a la extradición, planteó que no se considerarían como políticos los hechos delictivos dirigidos contra las bases de toda organización social y no solamente contra un Estado determinado o contra una determinada forma de gobierno.

Con este propósito también, se estructuraron tres teorías. Las *teorías objetivas*, que atendiendo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro, señalan que será *delito político* todos aquellos actos dirigidos tanto en contra de la organización política del Estado como también aquellos dirigidos en contra de los derechos políticos de los ciudadanos. Por su parte las *teorías subjetivas*, en sentido opuesto a las de carácter objetivo, señalan que la calificación de un acto como delito político debe hacerse en función del elemento psicológico o teleológico de la acción, es decir, depende del móvil o finalidad política que guía al autor. Así el delito político será entendido como aquel delito común, pero llevado a cabo por motivaciones políticas.

⁹⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pág. 33.

Guiada por esta fórmula subjetivista, la Doctrina Alemana encuadra la *delincuencia política* en una categoría especial, de creación propia; el llamado *delito por convicción* el cual se extiende más allá de los delitos políticos. Pese a ello, fue a raíz de esta conceptualización, que la *delincuencia política* pasa a ser confundida con la “*delincuencia por convicción*”.

Dentro de esta línea de análisis, nos parece relevante destacar, a fin de sentar diferencias entre el delito político y aquel de carácter terrorista, los postulados de los profesores FLORIAN y SOLER¹⁰⁰ en el sentido de que para establecer dichas diferencias se debe construir primero la doctrina del delito político y contra el Estado sobre el supuesto del Estado democrático. Mientras que el segundo, si bien advierte sobre la imposibilidad actual de llevar este principio a la práctica, lo acepta de *lege ferenda*. Esto llevaría a excluir de la calificación de delitos políticos los atentados contra la democracia. Y se reservaría la categoría de delito político solamente a aquellos que atacan al gobierno en sí mismo.

Estas afirmaciones nos dejan entrever dos aspectos, que son de gran relevancia a la hora de caracterizar la delincuencia terrorista. Por un lado nos recuerda la importancia de la “democracia” o Estado democrático, en cuanto éste tiene ante todo y sobretodo el deber de reconocer la libertad y por tanto el derecho a la disidencia. Y por otro lado nos acerca a una característica de ese tipo de delincuencia, el “carácter relativo del terrorismo”, toda vez que algunos procedimientos aceptados o tolerados en estados de beligerancia, pueden merecer calificativo de terrorista cuando aparecen en condiciones de “paz”. De ello podemos desprender, como ya lo habíamos señalado al iniciar

¹⁰⁰ FLORIAN y SOLER, citados indistintamente por LAMARCA, *Ob. Cit.*, pág. 63.

este capítulo, que la valoración de algunas conductas como terroristas no viene dada solo por su naturaleza intrínseca, si no también por el *contexto* en que se realizan, esto es, en un Estado Democrático de Derecho, en su aspecto formal.

Sin embargo, ante esta propuesta teórica surge el problema de que no puede vincularse dichas nociones de delito a un régimen determinado ni a un concepto ambiguo como el de “ideas políticas”, además de la dificultad propia que significaría establecer con certeza los móviles determinantes de una acción.

Por su parte, si nosotros consideramos al Estado Democrático de Derecho, como una estructura formal mas no material, no podríamos sostener como elemento diferenciador entre el delito político y el terrorista, el hecho de que el segundo se caracterizaría por atacar esa institucionalidad democrática, mientras que el primero por atacar al gobierno. Para nuestro análisis no es viable este elemento diferenciador, además, restringiría enormemente la categoría de delitos políticos puros, pues estos en su mayoría tienen un afán desestabilizador de un régimen y no tan sólo de un gobierno; a contrario *sensu*, amplía demasiado el horizonte de los delitos terroristas, lo cual no nos parece, pues creemos que la denominación de terrorista, amerita un comportamiento cuantitativamente y cualitativamente extremo e indiscriminado.

Ante esta situación, parece correcto tomar en consideración tanto el elemento objetivo del bien jurídico lesionado como el subjetivo del móvil o finalidad, tal como lo hacen las *Teorías Mixtas*.

Al decir de LAMARCA, todas estas perspectivas muestran que el elemento político puede hallarse presente en la conducta, concretamente, en la conducta delictiva, de muy diferentes maneras. Así, en ocasiones, la política constituirá el móvil que anima al autor del delito, incluso cuando este no oriente de modo inmediato a vulnerar el orden constitucional. Ello también nos muestra que la relevancia jurídica de estas conductas, puede adoptar formas diferentes, lo cual dependerá del criterio que adopte el legislador, en la medida en que las haya previsto o no de un modo específico. Como sea, el elemento político se encontrará presente de una u otra forma.

Como afirmamos en un comienzo, el terrorismo, más que un concepto jurídico es una categoría criminológica. A partir de esta consideración y luego de analizar las distintas teorías criminológicas que pretenden dar una explicación al fenómeno de la desviación terrorista, podemos sostener, que el elemento común entre ellas es la aceptación del elemento “convicción” como orientadora de la conducta desviada, la cuál puede ser, no solamente política, sino también de orden ético o religioso. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante una categoría criminológica en sentido amplio; un tipo criminológico genérico cuya principal característica es la *motivación* política, ética o religiosa. Y he aquí, lo que interesa desde el punto de vista penal; que “la acción ha obedecido a una decisión tomada racionalmente, a conciencia, y por fidelidad a la propia ideología o *convicción*”.¹⁰¹

Para poder formular precisiones dentro de esa categoría genérica que es la *delincuencia por convicción*, a cuyo *ámbito político* creemos, pertenece el terrorismo, debemos tener presente la distinción que se hace entre el *motivo del delito*, su finalidad, y el concreto *motivo del delincuente*.

¹⁰¹ TAMARIT, *Ob. Cit.*, pág. 342.

Atendiendo a ello, lo que definiría la *delincuencia política* sería la finalidad del delito. Y lo que caracterizaría a la *delincuencia por convicción* sería el motivo que lleva actuar al sujeto, el cual puede ser una motivación de índole política, ética, religiosa, etc.¹⁰²

Desde esta perspectiva; teniendo ya en claro que el delincuente terrorista actúa guiado por un motivo en particular, a nuestro creer, político, aceptaremos como *terrorismo* “*aquel tipo criminológico que actúa por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que al derecho estatal vigente*”.¹⁰³

Sin perjuicio de tomar esta definición como orientadora a la hora de entender el delito terrorista, creemos que es insuficiente en su precisión, pues no considera los elementos propios del terrorismo y que lo hacer constituir una subespecie de la delincuencia por convicción política. Esta definición lleva a confundir el género con la especie. No obstante, sí podemos afirmar que el terrorismo es una subespecie de la delincuencia por convicción.

Así se concluye del análisis de las visiones del delito político y posteriormente del delito por convicción política, en el sentido de que el sujeto terrorista actúa en base a una convicción que, pese a ser opuesta muchas veces al paradigma oficial, valora más que cualquier otra, constituyéndose de esa forma en su legalidad e institucionalidad a respetar. Este es el elemento en común que poseen los delitos por convicción, ahora lo que pretendemos hacer nosotros es entregar los elementos o factores que

¹⁰² En este sentido, BAUCCELLS, *Ob. Cit.*, pág. 37.

¹⁰³ SELLIG, citado por TAMARIT SUMALLA, *Ob. Cit.*, pág.340.

precisan aún más el delito terrorista y que lo diferencian del delito por convicción política no terrorista o propiamente tal.

V. EL TERRORISMO COMO DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA Y NO COMO CRIMEN ORGANIZADO.¹⁰⁴

Hemos agregado este apartado para tratar un poco más detenidamente una idea que anticipábamos anteriormente. Pretendemos tomar postura respecto al debate doctrinal en torno a si la figura del terrorismo debe ser considerada o no como criminalidad organizada.

Un sector de la doctrina penal plantea una afirmativa a esta pregunta, considerando al terrorismo como una especie de crimen organizado, otro sector postula un relación estrecha entre ambos conceptos pero reconociendo que se trata de instituciones diversas, mientras que por último un sector, quizá minoritario, señala que cada una de estas formas de delincuencia constituyen dos tipos criminales distintos y que no pueden ni deben confundirse ni ser tratados similarmente ya sea por la ciencia penal como por la criminología.

En primer lugar, podemos decir que con respecto a la conceptualización de la criminalidad organizada, si bien hay cierta discrepancia en algunos aspectos, la comunidad internacional ha establecido mayoritariamente una definición de orden normativo, recogida principalmente en convenios internacionales. En tal sentido, Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ afirma que

¹⁰⁴ Esta idea es planteada por la profesora VILLEGAS, *Ob. Cit.*, capítulo III.

“[H]oy en día, tanto los estudios especializados, como los congresos internacionales y los operadores de la justicia internacional, comprender con el término criminalidad organizada a las grandes organizaciones internacionales (y sus satélites) que utilizan los métodos de la mafia: extorsión, secretismo, violencia, búsqueda de impunidad, corrupción pública y privada, para conseguir beneficios ilícitos”.¹⁰⁵

La comunidad internacional ha buscado consensos en la materia, principalmente para efectos de la cooperación entre las policías nacionales con el objeto de combatir estas organizaciones, generalmente de carácter internacional.

A juicio de ZÚÑIGA, de esta necesidad práctica se ha considerado en la generalidad de las convenciones sobre la materia, al terrorismo como una forma de criminalidad organizada. Así, a raíz del Tratado de la Unión Europea y el establecimiento de una Acción Común de los países miembros en torno a la materia, es que en el texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior del 3 de diciembre de 1998¹⁰⁶ establece como unos de los delitos combatidos por este acuerdo y considerados como criminalidad organizada, al terrorismo, cuando signifique atentados contra la vida, la integridad física y la libertad de las personas o contra sus bienes. No obstante, este consenso es relativo, pues para un sector de la doctrina penal criminalidad organizada y terrorismo no pueden ser considerados como un mismo tipo de delito, así tampoco deben ser tratados normativamente de manera similar, pues existen diferencias esenciales entre ambos términos.

Nosotros seguimos la tesis planteada por la profesora Myrna VILLEGAS que señala “que el terrorismo, como hemos afirmado, tiene una clara *motivación política*, cuestión que no ocurre en el crimen organizado.

¹⁰⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Criminalidad organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el análisis”. Apunte de Cátedra, Universidad de Salamanca, España.

¹⁰⁶ Citado por ZÚÑIGA, *Ob. Cit.*, págs. 6 y 7.

Existe por tanto una primera y esencial *diferencia de carácter teleológico*".¹⁰⁷ En tal sentido, y haciendo una síntesis de lo planteado por algunos autores, existen varias diferencias entre ambos tipos delictuales, partiendo por el factor teleológico, pues para el crimen organizado siempre el fin último es el lucro, mientras que para el terrorismo la finalidad tiene un carácter político e ideológico.

Por su parte, tal como lo afirma SPITZER a raíz del crimen organizado, "la sociedad capitalista apoya activamente determinadas empresas criminales, de tal suerte que éste suministra así los medios necesarios a una serie de grupos que, de otra forma, serían una capa insoportable para el Estado".¹⁰⁸

A esto nosotros agregamos que, así como la misma sociedad capitalista promueve el surgimiento de grupos criminales, estos a su vez se valen del mismo sistema para la obtención de sus fines, se produce una retroalimentación recíproca entre el sistema y la organización criminal. Como lo dice ZÚÑIGA

"[E]l dominio del sistema capitalista de producción en el mundo globalizado impone una dinámica nueva a la criminalidad organizada, en la medida en que queda como principal protagonista de sus actividades la búsqueda del lucro ilícito, de la explotación del mercado de bienes y servicios prohibidos, con clara contaminación del mundo empresarial y político".¹⁰⁹

Precisamente la misma liberalidad económica y la apertura del mercado han propiciado la criminalidad organizada que requiere el lavado del dinero, generalmente en la actividad financiera. Jamás el crimen organizado

¹⁰⁷ VILLEGAS, *Ob. Cit.*, pág. 355.

¹⁰⁸ SPITZER, citado por GARCÍA-PABLOS, *Ob. Cit.*, pág. 637.

¹⁰⁹ ZÚÑIGA, *Ob. Cit.*, pág. 4.

atenta contra un régimen o un orden establecido, ni siquiera contra instituciones políticas; al contrario, como dijimos anteriormente, se sirve de ellas para sus fines, no existe un cuestionamiento de la realidad imperante ni del sistema de dominación. En tal sentido, la doctora Myrna VILLEGAS afirma:

“Los primeros (los delitos de criminalidad organizada) tienden al mantenimiento y exacerbación de los valores del sistema capitalista de medios de producción, su finalidad es de tipo económico. En cambio el terrorismo –principalmente el insurgente– se opone a estos valores, su finalidad es claramente política y son precisamente las formas ocultas de financiación de las actividades terroristas las que han contribuido a etiquetarle como crimen organizado”.¹¹⁰

Mientras que el grupo terrorista sí dirige su accionar contra un régimen, contra un orden o un gobierno, si hay aquí un cuestionamiento de una superestructura política y cultural; de hecho generalmente hay una finalidad subversiva manifiesta, lo cual se contrapone notoriamente con la finalidad meramente lucrativa de la criminalidad organizada. Es más, mientras que el terrorismo busca la confrontación con el poder político, la criminalidad organizada eventualmente puede buscar alianzas con el poder político, a través de la corrupción de funcionarios, agentes de policías etc.

Otra diferencia que podemos encontrar entre ambas categorías es que la criminalidad busca llevar a cabo sus actividades de manera secreta, ojalá sin conocimiento público, mientras que el terrorismo generalmente busca la publicidad de sus actos pues son formas de propaganda política de masas, pues siempre persiguen la expansión de sus ideas y el ascenso entre la población.

¹¹⁰ VILLEGAS *Ob. Cit.*, pág. 357.

Pueden existir elementos similares en ambas instituciones, por ejemplo el uso eventual de la violencia, la existencia de organizaciones jerárquicas, la existencia de un fin común, el carácter internacional de las organizaciones, entre otros. Sin embargo, las diferencias son sustanciales, en especial aquella que trata de la finalidad mediata o última de la organización, pues puede que una organización terrorista busque en una acción determinada la obtención de recursos para su funcionamiento, pero eso no quiere decir que su fin último como organización sea la del lucro.

En conclusión, si bien parte de la doctrina y de la normativa internacional entienden el terrorismo como una forma de criminalidad organizada, esto ha sucedido principalmente por una necesidad práctica de adecuar un sistema de cooperación internacional en torno a la materia; no obstante, desde un punto de vista criminológico, no es posible asimilar ambos tipos de criminalidad, no podemos desde un análisis un tanto riguroso entenderlas como fenómenos de la misma naturaleza, pues existen diferencias, que ya expresamos, que permiten hacer un juicio bastante objetivo y tomar posición con respecto al debate advertido al comienzo de esta apartado.

CAPÍTULO III

DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA PROPIAMENTE TAL Y TERRORISMO.

I. PRELIMINARES.

Si bien, no pretendemos entregar un concepto acabado de “terrorismo”, creemos que es posible entregar parámetros más objetivos para efectos de su caracterización que nos permitan, por un lado, delimitar su ámbito de categorización, que consideramos en la actualidad como exagerado, y por otro, diferenciar claramente cuándo estamos hablando de delito terrorista y cuándo hablamos de delito por convicción política propiamente tal, entendiendo que si bien todo delito terrorista (de orden político) es un delito por convicción política, no todo delito por convicción política es un delito terrorista. De esta manera pretendemos también aportar a la problemática de si es viable o no un tratamiento especial a los delitos políticos o por convicción política. Esta diferenciación será de suma importancia al momento de dar paso a nuestras propuestas en tal sentido.

II. MOTIVACIÓN PARA DIFERENCIAR.

La situación social y política actual en el mundo, tiene como consecuencia el desarrollo de numerosos conflictos que están dando origen permanentemente a enfrentamientos de carácter armado, acciones políticas armadas, asesinatos, guerras no declaradas, etc. Esto lleva a los Estados a

enfrentar dichos conflictos también desde la legalidad, y más precisamente desde la persecución penal.

En tal sentido, los delitos a que dan lugar estos conflictos deben ser tipificados de manera correcta, es decir, en coherencia con los principios constitucionales que fundan, desde la perspectiva formal, estas democracias. Sin embargo, la realidad es muy distinta a lo ideal.

Lo cierto es que en la actualidad las denominaciones de terroristas y delincuentes políticos son indistintamente usadas para calificar actos que atenten contra el orden institucional. Es más, parece ser que el concepto de “terrorista”, a pesar de su ambigüedad, ha desplazado casi absolutamente al de delincuente político, quizás por razones de orden publicitarias o de propaganda, por ser más ofensiva y deslegitimadora la calificación de terrorista.

De esta forma, tanto desde el punto de vista de la utilización política como desde el punto de vista normativo existe una imprecisión patente a la hora de ver qué se califica como terrorista y qué no. Esto no es menor, puesto que las sanciones penales y la persecución penal en general se intensifica notoriamente a la hora de hablar de conductas terroristas; por lo tanto, al encasillar en esta categoría prácticamente todas las acciones armadas de orden subversivo o político, significa que el Estado lleva a cabo derechamente una persecución política y cultural contra sectores sociales definidos casi *persé* como “desviados”. Así, se criminaliza toda tentativa social que vaya contra la dirección del Estado, o mejor dicho, contra los intereses de aquellos grupos que dominan un Estado determinado.

Ahora, si bien muchas de estas conductas que decimos son objeto de una criminalización antojadiza, no obstante ello, siguen siendo delitos a nuestro juicio, pero no de carácter terrorista, sino político por convicción propiamente tal. Una de las tantas formas en que un Estado criminaliza los movimientos sociales o los sectores disidentes es calificándolos de terroristas; de esta forma, se les deslegitima políticamente, por un lado, pues le resta importancia o desvían la atención de los postulados ideológicos de estos supuestos grupos “terroristas”, calificando su accionar no como político, sino, y casi, como un sin sentido, como producto de una irracionalidad mental; y por otro lado, también los deslegitima comunicacionalmente, pues esparce un halo de terror y prejuicio alrededor de estos grupos, impidiendo que la población se informe correctamente de ellos.

La ciencia penal no ha sido ajena a este fenómeno, muy por el contrario, ha encontrado un camino teórico y normativo coherente con esta criminalización de grupos sociales y políticos. Ejemplo de esta idea es precisamente el Derecho Penal del Enemigo, que ha dado un impulso, y no tan sólo desde un punto de vista teórico, sino también político criminal, a la concepción de un sujeto delincuente, terrorista en este caso, al cual se le debe perseguir y eliminar, tratándolo de manera especial, en cárceles de extrema seguridad, con regímenes penitenciarios durísimos y absolutamente en pugna con el resguardo de garantías procesales y de derechos fundamentales reconocidos internacionalmente. Así, el caso de Guantánamo.

Este punto es de vital importancia para nosotros, pues este reforzamiento de la persecución penal contra ciertos grupos, que ha significado el Derecho Penal del Enemigo, ha sido una reacción al recrudecimiento del conflicto en medio oriente, principalmente luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en New York. A raíz de este hecho,

hemos dirigido nuestra atención al conflicto que se desarrolla entre el mundo del Islam y occidente,¹¹¹ pues sin ser el único conflicto donde el “terrorismo” se hace presente casi a diario, es donde más se ha hecho hincapié durante los últimos años, además de ser un hecho poco conocido en su real dimensión. En otros términos, este conflicto pone en la palestra el análisis de la delincuencia terrorista y política en general, siendo muy necesario presentar alternativas viables a la tendencia que marca la pauta en la actualidad, es decir, al Derecho Penal del Enemigo.

Como habitualmente se plantea por la doctrina penal, el terrorismo, más que un tipo delictual, es una categoría criminológica, pero en la práctica se califica de terrorismo a aquellas conductas delictuales extremas que ideológicamente se quiere reprochar y deslegitimar entre la población por ser un atentado a los cimientos de un régimen determinado. La verdad es que hoy en día, más que una categoría criminológica, el concepto de “terrorismo” o “terrorista”, es una adjetivación denostadora y ofensiva, sin una conceptualización doctrinal clara, precisa y uniforme, más que un concepto penal, es una herramienta comunicacional o propagandista de los Estados.

La profesora Carmen LAMARCA afirma en tal sentido que

“[A] diferencia de lo que sucede con otros conceptos dogmáticos, la cultura jurídica contemporánea carece de un concepto unívoco y preciso de terrorismo. Debido tal vez a la utilización habitual de esta expresión en el ámbito de las discusiones políticas o de los análisis sociológicos, también quizás por la ausencia de un soporte legislativo uniforme y homogéneo, lo cierto es que cuando se plantea el

¹¹¹ Entendemos por “Occidente”, a aquella parte del mundo donde existe una clara separación entre iglesia y Estado, cuestión que lo diferencia del mundo musulmán, donde es precisamente la fe la que fundamenta un régimen político y un Estado. Sin embargo, esta concepción tiene matices dentro del Islam, siendo más intransigente en aquellos países donde gobiernan grupos fundamentalistas.

problema de la definición del terrorismo las dificultades, vacilaciones y dudas no afectan a tal o cual aspecto secundario, sino al concepto mismo de lo que se quiere designar, a lo que tradicionalmente se ha llamado la esencia o naturaleza jurídica de la institución”.¹¹²

A esto, nosotros agregamos que la consideración al “temor” como elemento para la configuración del delito terrorista, como finalidad de la acción, no ayuda precisamente a concretar un concepto, sino y muy por el contrario, lo subjetiviza a tal punto que lo politiza y lo aleja de su definición penal, aunque sea tan sólo un concepto funcional.

De la misma forma si nos basamos en el otro elemento que doctrinalmente se consensúa para el terrorismo,¹¹³ es decir, los medios de acción, tampoco encontramos una concreción satisfactoria como para poder decir “sí, esto es terrorismo”. Algunos autores hablan del uso de explosivos, de fusiles automáticos, etc, para definir la conducta como terrorista, lo cual nos parece insuficiente e insulso, pues, no son esos medios los que se utilizan en guerras o conflictos bélicos. Ahora, lo que sucede es que al ser utilizados por el Estado, se consideran como parte de su uso legítimo de la fuerza, mientras que al ser utilizadas por particulares o grupos sociales determinados de la sociedad civil, se consideran como terroristas.

Bajo esta concepción, en que prácticamente todo delito político es terrorista, no se comprenden las razones del origen del delito político, ni precisamente su particularidad ontológica de atentar siempre contra un orden establecido, contra una institucionalidad, contra un régimen o gobierno, y no

¹¹² LAMARCA Ob. Cit., pág. 31.

¹¹³ LAMARCA plantea que “A pesar de la identidad de muchas de las definiciones examinadas, creo que, unas más genéricas otras más precisas, todas ellas giran en torno a dos elementos principales: la violencia como medio y el terror como resultado”. Ob. Cit., pág. 42.

precisamente en base a un capricho de un grupo determinado, sino que por razones más complejas y profundas, provenientes de un escenario social altamente conflictivo, donde la regla general parece ser la inestabilidad y el desequilibrio, y la excepción, la paz social y el orden o equilibrio.

Es necesario entender el fenómeno de la delincuencia política para poder, así, entender su existencia, su razón de ser y de esta forma comprender que en la sociedad de clases en que vivimos, donde el Estado se presenta no como afirma WEBER que “por Estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”,¹¹⁴ sino como un instrumento de dominación de clase (LENIN),¹¹⁵ es perfectamente, al menos cuestionable, que el Estado sea el único que puede hacer uso legítimo de la fuerza.

Para determinar eso creemos que es necesario saber o al menos advertir desde qué lado se está analizando el fenómeno. Ante este diagnóstico, creemos que para hacer una delimitación correcta del delito terrorista y del delito político, pues creemos que es necesaria en virtud de la ambigüedad y poca rigurosidad, y sin ánimo de acabar un concepto de terrorismo, debemos también considerar factores más objetivos, más allá de los elementos que la doctrina señala como propios del terrorismo, más allá del sólo factor subjetivo (más precisamente teleológico), y más allá de los medios utilizados en las supuestas acciones terroristas, que permita reprimir

¹¹⁴ Citado por LAMARCA *Ob. Cit.*, pág. 33.

¹¹⁵ El marxismo clásico ha hecho este planteamiento basado principalmente en la existencia de la lucha de clases, y también para justificar precisamente la subversión de las clases explotadas y la necesidad de la toma del poder de ese Estado para la represión de las antiguas clases dominantes.

un tanto la tendencia a erradicar prácticamente, bajo la condena de terroristas, toda conducta dirigida a subvertir un orden determinado, cuando en el fondo es ese mismo orden establecido el que genera y generará delitos políticos y terroristas. No creemos que el Derecho Penal sea el encargado de erradicar las conductas terroristas del mundo, sino el que comprenda un fenómeno social que eventualmente deviene en delito y lo trate en coherencia con su raíz social e histórica, sin hacer una excepción en el resguardo de derechos fundamentales y garantías procesales, que se deben respetar a todo ser humano.

Urge salir de esta abstracción, para dar paso a una precisión conceptual que permita “despolitizar” un tanto la calificación de terrorismo, y así utilizarlo como una verdadera categoría criminológica que permita entender sus características particulares, detallando su tipificación y otorgándole un tratamiento, si bien especial, respetuoso de las garantías procesales así como también de los derechos fundamentales.

Ahora bien, hemos afirmado que el terrorismo (de matriz islámica, como veremos más adelante) es una subespecie de la delincuencia por convicción política; en tal sentido, creemos que al significar una categoría muy particular, debe llevar aparejado un tratamiento especial (que veremos en el capítulo V), principalmente debido a su impacto social, a su connotación política y muy especialmente al hecho de que es una conducta, tal como se afirma en los capítulos I y II, que se enmarca dentro de un conflicto social desatado que obedece a una crisis del sistema, a un mal funcionamiento institucional y a una carencia de legitimidad, entre otras cosas.

Por su parte, creemos que para categorizar bien al terrorismo y darle cuando lo merezca un tratamiento especial, debemos determinar bien y de

manera objetiva, qué factores lo hacen una especie dentro de la delincuencia por convicción política. Por lo mismo, creemos que es indispensable hacer patente la diferencia entre el género y la especie, entre el delito terrorista y el delito por convicción política propiamente tal.

De esta forma, podemos, sin pretender elaborar un concepto de terrorismo, contribuir a su más clara identificación, a su correcto uso tanto penal como político y, por sobre todo, para delimitar su calificación normativa, criminológicamente y político criminalmente, y así no calificar de terroristas conductas que no merecen ser tratadas como tales, sino como delincuencia política propiamente tal o delincuencia política no terrorista.

En tal sentido, creemos necesario también darle un tratamiento distinto a la delincuencia por convicción política propiamente tal, ni como terrorista ni como delito común, principalmente, y en esto coincidimos con el terrorismo, por darse dentro de un conflicto social, económico, cultural y político, ya desatado, pero distinto, por ser distinto, valga la redundancia, al delito terrorista.

Por último, hemos afirmado la necesidad de diferenciar y otorgar un tratamiento diverso a ambas conductas; sin embargo, para hacer real esa intención de aclarar las cosas, debemos objetivizar los factores que nos permitan diferenciar. Creemos que entre el delito terrorista y el delito político no terrorista existe una brecha cualitativa y cuantitativa que impide tratarlos penalmente como delitos similares, y normativamente como delitos de igual gravedad. El delito terrorista, como explicaremos en el apartado siguiente, sobrepasa absolutamente todo límite de respeto a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones, tanto en cuanto a la calidad del derecho vulnerado, como a la magnitud de su violación.

Ya explicamos el por qué diferenciar, ahora trataremos el cómo diferenciar.

III. FACTORES PARA DIFERENCIAR.

Tanto el delito terrorista como el delito por convicción política propiamente tal, tienen en común que el sujeto actúa en base a principios o creencias que valora más que los sustentados por la legalidad vigente, sin embargo entre ambas categorías existen numerosas diferencias que los singularizan, y pueden dar pie eventualmente, según sea el caso, para otorgarles un tratamiento distinto a cada uno.

1) Como dijimos anteriormente, este tipo de delitos se presentan en la actualidad dentro de un conflicto social desatado, no se dan por nada, sino que son consecuencia de una circunstancia histórica determinada, siendo en su generalidad reacciones o respuestas de un grupo social a un orden establecido para reguardar valores de una clase dominante.

La disidencia o la rebeldía puede devenir en delito político cuando dicha disidencia de conciencia se transforma en acción y se atenta materialmente contra un Estado que es representante de ciertos intereses, no precisamente de quienes lo atacan. Si nos basamos en esta contradicción entre Estado, como representante de los sectores dominantes, y el resto de la sociedad, necesariamente debemos concluir que la acción política subversiva viene de los sectores dominados o representa los intereses de sectores dominados. Por lo tanto, el primer factor que tomaremos en cuenta para entender el delito político es que *debe provenir de sectores sociales dominados*, al margen del Estado y postergados de su bienestar, tanto dentro

de un territorio determinado como dentro de una órbita global. Entendemos que en esta escala la dominación pasa a ser a nivel mundial.

Este factor es propio del delito por convicción política propiamente tal, mientras que en el delito terrorista esta condición no siempre concurre, así lo demostraremos cuando analicemos el terrorismo de matriz islámica, pues veremos que muchas veces estos grupos son movilizados por sectores poderosos económicamente en la región, utilizando sí, a jóvenes de estrato popular para sus acciones armadas, pero sin representar intereses de los sectores dominados de aquellas naciones.

2) La conducta delictual para ser considerada como delito por convicción política propiamente tal, debe realizarse dentro de un *Estado con un régimen de democracia formal, no material, o autoritario*. En relación al primer tipo de régimen y tal como lo señaláramos al comienzo, se trata de un Estado que formalmente declare la democracia, tenga un sistema de Derecho positivo, instituciones de representación, haya separación de poderes y exista un resguardo constitucional de derechos fundamentales, pero que en los hechos sea un Estado que ampare desigualdades sociales tales, que hagan imposible evitar el desarrollo de conflictos sociales, que pongan en riesgo la estabilidad institucional y el régimen imperante.

Con respecto a este factor, no es siempre necesario que concurra para considerar a un delito como terrorista, puesto que es perfectamente posible la comisión de un acto de tal naturaleza, en un régimen de democracia material o, por el contrario, en uno autoritario. Por lo tanto, es un factor que nos permite en determinadas circunstancias ideales diferenciar entre ambos tipos de delito.

Sin perjuicio de lo anterior, con respecto a este punto, es menester aclarar que para la mayoría de las concepciones doctrinales (no sólo de índole penal, sino también de naturaleza jurídica y social) no es aceptable la calificación de formal o material de las democracias existentes en los Estados de Derecho, pues consideran la democracia, si se nos permite la expresión, “a secas”, sin apelativos, siendo aquellas que se fundan en la representación popular y en el respeto de los derechos fundamentales, aunque tan sólo en su declaración.

Nosotros creemos que dicha concepción de “democracia” es insuficiente y cómoda, pues no acepta la existencia de un conflicto social que la hace entrar permanentemente en crisis estructurales y supraestructurales, que son precisamente los que generan una serie de conflictos y antagonismos, entre los que se cuentan precisamente los delitos tanto terroristas como políticos. Este sólo hecho de entender las democracias actuales en una dimensión formal y no material, nos lleva a ampliar la concepción del delito político no terrorista, pues una idea así nos permite entender que las condiciones para el surgimiento de una variedad de acciones de orden subversivo están dadas, a su vez, muchas de esas acciones pueden ser consideradas como delito político, eso sí, mientras se desarrollen dentro de ciertos límites, más allá de eso podemos entrar a considerarlas como terrorismo.

3) Para poder considerar una conducta como delito por convicción política propiamente tal, *debe realizarse por un grupo con una estructura orgánica e ideológica determinadas*, es decir, el delito no debe ser cometido de manera individual en su fase intelectual, no debe ser un arranque pasional, ni un cometido aislado, sino que debe haber una estructura política que directa o indirectamente, o mejor dicho, abierta o clandestinamente,

planifique y reivindique el hecho. Ahora, esta situación debe ser objetiva, o sea, debe certificarse con manifestaciones claras de que existe tal grupo político, ya sea a través de comunicados, propaganda, otros hechos delictuales políticos, etc. Este factor generalmente es común en ambos tipos de delito.

4) El último factor que nos permitirá delimitar la delincuencia por convicción política propiamente tal es el hecho que la conducta delictual, si bien vulnera siempre derechos resguardados constitucionalmente, *no debe ser cuantitativamente grave, entendiendo esta calificación en el marco de una escala de derechos o priorización de los mismos.*

Es prácticamente imposible realizar un delito político sin vulnerar derechos resguardados en la Constitución, el sólo hecho de calificar una conducta como delito ya implica que esa acción no se ajusta a la legalidad imperante, es una “desviación”; sin embargo dicha transgresión puede ser evaluada en base a su grado de gravedad. No es lo mismo rayar una pared con una consigna política, que colocar un artefacto explosivo en una sede de gobierno o en una cumbre internacional. Ambas conductas transgreden la legalidad, pero la gravedad de esa vulneración es distinta; así también, es distinta en su grado la violación de derechos ajenos que lleva implícito el hecho delictual.

Quizá de los factores que entregamos para la diferenciación, es este el que envuelve un paradigma más subjetivo. Esto se presenta a la hora de establecer la escala de derechos y su respectiva prioridad, en base a la cual calificaremos como grave o no una conducta a objeto de considerarla como terrorista o delincuencia por convicción política propiamente tal. Lo más

probable es que esta calificación la haga el juez en base a circunstancias históricas y culturales.

Ahora, lo que pretendemos hacer es identificar, aunque sea un parámetro básico que nos permita, por ejemplo, calificar como terrorista una atentado masivo o una matanza indiscriminada, pero que entienda como delito político no terrorista, por ejemplo, un asesinato selectivo de una autoridad (siempre y cuando concurren los otros factores). Un ejemplo de esta idea es la legitimación ética y legal del tiranicidio.

Con respecto a este mismo punto, también podríamos atender a la motivación del sujeto delincuente político, pero no como se plantea por la mayoría de las doctrinas, como el motivo individual para actuar, sino como la motivación política en relación al objetivo político y militar de la acción. En otros términos, creemos que el delincuente político no encuentra su objetivo o finalidad, en relación al ejemplo anterior, con causar la muerte de personas absolutamente desligadas del conflicto o que no revisten ninguna finalidad política coherente, mientras que por el contrario, muchas veces el sujeto terrorista al realizar una acción tiene la intención clara asesinar indiscriminadamente (como los atentados de Atocha), ven esa finalidad como un objetivo político.

Ante el objetivo de este trabajo, es inaceptable considerar como delito político no terrorista una acción que involucre una matanza masiva e indiscriminada de personas. El derecho a la vida se encuentra resguardado en la totalidad de los regímenes que consideramos como democráticos, aunque sea en un aspecto formal, siempre será delito atentar contra la vida de alguien; sin embargo, creemos que sin dejar de condenar su violación, el

derecho debe entender que existen diferencias en cuanto a la magnitud de su vulneración tanto en un aspecto cualitativo como cuantitativo.

Así, la normativa considera más grave un homicidio con alevosía que uno en que no la haya. De la misma forma, creemos que es necesario hacer esta calificación en relación a la violación del derecho a la vida en los delitos políticos terroristas y no terroristas o propiamente tal. En tal sentido creemos que un límite que permita establecer cuándo hablamos de delito terrorista y cuándo hablamos de delito político no terrorista, *es el asesinato indiscriminado, la matanza, la violación indiscriminada y masiva de la libertad personal, así como también de la integridad física, siendo de carácter terrorista el delito en que se incurra en un hecho de esta naturaleza o incluso sin tener la intención clara de provocarlo es una consecuencia de una acción determinada.*¹¹⁶

5) Por último, debemos insistir en que *estos factores que entregamos no buscan definir conceptos, no creemos que ese sea el objetivo de este trabajo, sino que contribuir a la delimitación de los campos de aplicación de estas categorías, y en ese sentido, estos factores deben ser conjugados conjuntamente, debiendo concurrir copulativamente para poder cumplir su finalidad.* De la misma forma, estas herramientas vienen a complementar las visiones que nos entrega la doctrina penal, que aún no concuerda, y lo más probable es que no se concuerde, en un concepto de terrorismo acabado y preciso, que sea coherente con las garantías constitucionales, tanto con la libertad de conciencia, como con las garantías de un debido proceso.

¹¹⁶ Esta idea es planteada por VILLEGAS, *Ob. Cit.*, capítulo II.

Además, lo cierto es que hoy en día se dista mucho no sólo de un concepto preciso de terrorismo, sino también de un tratamiento de este tipo de delitos, y aquí agregamos también al delito político no terrorista, que sea consecuente con los resguardos constitucionales de los derechos humanos. Basta con ver la realidad que viven los prisioneros en Guantánamo, los de la ETA en las cárceles españolas o, sin ir más lejos, la realidad de los presos políticos mapuches en Chile.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

I. SOBRE UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL.

En los capítulos precedentes hemos mostrado someramente lo que la doctrina criminológica entiende por delincuente por convicción política, como categoría general que abarca diversos otros disidentes políticos, entre ellos, el terrorista. Se ha dicho que esta categoría se destaca de otros tipos de delincuencia por el hecho de tener como móvil principal la búsqueda de una nueva configuración de la política en todos los órdenes en que ella incide, declarándose como rebeldes en contra del sistema impuesto y que sólo protege los intereses de los poderosos.

Frente a estos individuos, disidentes, los Estados ha reaccionado de una forma evidentemente dura, reacia a adaptar e incluir a estos sujetos. Muy por el contrario, la reacción ha sido la exclusión de ellos, por cuanto se les consideraría como peligrosos, capaces de derribar o atentar contra el sistema imperante. Es decir, claramente se les ha tratado como enemigos, a quienes se debe eliminar.

Ahora bien, esta práctica, que ha ganado terreno rápidamente en los Estados, ha encontrado ahora un sustento teórico, prestado por quienes sostienen la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Esta teoría no ha nacido

ex-nihilo, sino que sus postulados han sido defendidos desde antaño por los gobernantes de turno, como veremos más adelante.

En el presente acápite trataremos de dar un panorama general sobre la evolución que ha tenido la dogmática del Derecho Penal. En ningún caso pretendemos ser exhaustivos, ya que excede con mucho el propósito de esta investigación. Empero, pensamos que una brevísima reseña sobre la historia del Derecho Penal resulta indispensable para efectos de contextualizar la teoría del Derecho Penal del Enemigo y lograr una mejor comprensión de la misma. Del mismo modo abordaremos someramente los rasgos más destacados de la sociedad actual, resaltando los más específicos, para finalizar haciendo una crítica y una fuerte toma de postura en contra de esta teoría y práctica atentatoria contra los derechos fundamentales de los individuos perseguidos por los órganos estatales.

1. BREVE SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN JURÍDICO PENAL.¹¹⁷

1) El clásico Derecho Penal liberal y garantista ha sido ideado en el ámbito de una reacción contra los excesos cometidos por el poder político hasta la época de los gobiernos absolutistas. Debe recordarse que los miembros de los tribunales de justicia eran funcionarios delegados del rey de turno, lo que hacía del desempeño de la judicatura una labor, además de carácter administrativo, despótica y falta de transparencia. Se trataba de cargos en muchos casos designados al mejor postor, o al personaje más influyente. En contra de ello trató de influir el Despotismo Ilustrado. Según GRIMBERG:

¹¹⁷ Para un estudio más acabado, Vid.: CURY URZÚA; Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Santiago, 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; MATUS ACUÑA, Jean, - POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - y RAMÍREZ, María; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

“Desde tiempos remotos, la justicia en tiempos reales había estado en manos de gente sin formación jurídica; y en los dominios aristocráticos, uno de los propietarios de la zona desempeñaba funciones de juez. Federico II – de *Prusia*– decidió que, en adelante, la justicia sería administrada por legistas. Sin embargo, el poder de los terratenientes e hidalgos no disminuyó gran cosa”.¹¹⁸

Los primeros autores en tratar estos temas son los “clásicos”, quienes dicen que el Derecho es por esencia trascendente. Es congénito al hombre, quien debe vivir en sociedad, por lo que sus relaciones deben arreglarse a la ley divina y, en subsidio, a la humana. Así, se niega de plano la teoría del contrato social, la que en su opinión es un error, porque el estado de asociación es el único estado del hombre, en el que fue puesto por la ley natural desde su creación. A pesar de la ley natural, los hombres podrían preferir los bienes mundanos a los divinos y hubiesen sabido violar los derechos por medio de fuerza o astucia. Se hace menester, así, una fuerza coactiva que refuerce la ley natural, la que sólo posible en la sociedad civil, sin que por ello se ignore la ley natural: si ella no se adecúa a esta, deja de ser derecho para y se convierte en abuso.

La teoría clásica lleva las conclusiones anteriores al Derecho Penal. Según ellos, la razón de la justicia penal está en la necesidad de restablecer el orden jurídico alterado, y se retribuye con un mal al individuo que ha perturbado el orden jurídico en uso del libre albedrío, ya que el hombre es un ser inteligente y libre de escoger entre realizar la acción prohibida u acatar la norma. Si ha elegido el mal, ha perturbado libremente el orden jurídico, y justo es que se le retribuya con un mal; pero si por razones de edad o

¹¹⁸ CRIMBERG, Carl; *Historia Universal*, Tomo 22, “Despotismo Ilustrado”, Santiago, Chile, Editorial Ercilla, 1985. Las cursivas son nuestras.

incapacidad mental el hombre no tiene libre albedrío, no puede ser responsable de un delito, porque es inimputable.

De otro lado, la norma penal cumple una función cautelar de la libertad del hombre: si el sujeto no incurre en una conducta previamente descrita por la ley, no puede ser castigado. La ley penal no es un instrumento para cimentar el poder del Estado, sino que para limitarlo frente al individuo.

A simple vista se constata cómo la escuela clásica margina de su estudio al delincuente, que es una de las críticas que más tarde le harían los positivos.

BECCARIA ha sido llamado uno de los miembros de la denominada etapa del *Derecho Penal liberal*, que compartía los principios de la Revolución Francesa, junto a otros autores, tales como BENTHAM, VON FEUERBACH, CARRARA y ROMAGNOSI, entre otros, considerados miembros de la escuela clásica. Así, llevó la nomenclatura de la separación de poderes al Derecho Penal. Además, encabezó un movimiento humanizador y racionalista del mismo, ya que toda *pena* “debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias de que se trate, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.¹¹⁹

Las ideas del periodo humanitario fueron la base de las leyes de la Revolución Francesa y del Código Napoleónico. Estas, a su vez, fueron recogidas durante el siglo XIX en casi toda Europa y en los países iberoamericanos recién independizados, en los códigos liberales que se

¹¹⁹ BECCARIA, *Ob. Cit.*

promulgaron durante esta época, cuya estructura se basa en la pena privativa de libertad como regla general; el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena y el principio de legalidad de delitos y penas. Nuestro Código Penal precisamente es tributario de estas nociones.

Una de las mayores influencias en el desarrollo de la ciencia penal la ha ejercido la denominada escuela clásica alemana y, especialmente, la escuela de política criminal de VON LISZT, ligada a autores como BINDING, BELING y MERKEL.

Esta escuela concibe al delito como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. VON LISZT deja un lugar a las corrientes positivistas de la época en lo que denomina “política criminal”, dejando a la dogmática el estudio del delito como ente jurídico, que se basa en que éstos constituyen siempre lesiones de bienes jurídicos y la culpabilidad es un elemento psicológico.

2) A fines del siglo XIX, y como resultado del desarrollo científico de la época, surge la denominada *escuela positiva*, vinculada a autores como COMPTE, LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI, que fundan el conocimiento en lo que puede ser percibido por los sentidos, enfatizando la experiencia empírica y no en la racionalidad. Según esta forma de concebir el saber, el hombre no es responsable de sus actos, sino que es el entorno lo que lo lleva a delinquir. El delincuente es concebido como un ser anormal, que presenta una serie de características físicas y psíquicas que lo hacen peligroso para la sociedad. Para los positivos, la prevención especial es el fundamento del Derecho Penal, y la peligrosidad del delincuente es su criterio de actuación.

Así, se postula el reemplazo del Derecho Penal por un derecho de medidas de seguridad, ya que es posible impedir que el delincuente pueda causar daño.

3) Durante la época nazi tuvo gran aceptación la teoría final de la acción de WELZEL. Según ella, se dejó de lado el concepto de delito construido sobre la base de una noción objetiva del injusto, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Para WELZEL tiene más importancia el ánimo del sujeto que la protección de bienes jurídicos, porque según él, la tutela de bienes jurídicos tiene sólo un propósito preventivo; en cambio, lo que importa sancionar es la pérdida de la creencia y respeto al conjunto de valores del Derecho. Así, los hechos punibles que provienen del ánimo, tendrían el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo, por lo que deben ser castigados con todo el rigor del Derecho Penal.

Lo que al Derecho Penal le incumbe proteger, por tanto, es la adhesión de los súbditos y, así, la base de la responsabilidad penal no está tanto en el hecho mismo, sino en la “culpabilidad por el carácter”. La base de la culpabilidad del hecho se encuentra en una defectuosa formación de la personalidad, por ello se habla de una *culpabilidad de autor*, ya que existe en el sujeto un reprochable defecto del carácter.

4) A juzgar por las innumerables referencias doctrinales que en los años se han efectuado respecto a la constatación de una crisis generalizada en el sistema de justicia criminal, que afectaría a su parte sustantiva como adjetiva, podemos decir que no se trata de un fenómeno propio del Derecho Penal contemporáneo. La crisis es un elemento inmanente al Derecho Penal,

que se prolonga como mínimo desde la Ilustración y los primeros Estados de Derecho, cuyas causas deben buscarse en el conflicto interno aún no resuelto entre libertad individual y seguridad ciudadana, fines antagónicos del Estado de Derecho que deben encontrar un equilibrio que los satisfaga.

A continuación, exponemos un resumen de las principales corrientes críticas del Derecho Penal contemporáneo.

4.1) El *abolicionismo* deslegitima el Derecho Penal, proclamando el radical reemplazo del sistema por otras instancias de solución de los conflictos.

Entre estos autores predomina la tendencia resocializadora que surge a fines del siglo XX como resultado de la crítica sociológica al sistema penal y que se resume como un movimiento de ideas contra de todo el sistema penal.

Frente al monopolio estatal de la administración de justicia, el abolicionismo aspira a lograr el restablecimiento de una amplia autonomía del ciudadano para regular y componer sus propios conflictos. Las propuestas de los abolicionistas son radicales: consisten en la desaparición del Derecho Penal como conjunto normativo, porque las deficiencias y nocividades del sistema son tan grandes, que cualquier tipo de intervención punitiva carece de todo efecto positivo, tanto para las víctimas como para la sociedad y los infractores.

Para proponer la derogación de todas las instituciones del sistema penal, la tesis abolicionista se basa en las escasas posibilidades de controlar el sistema de justicia criminal debido a que no funciona en realidad como tal. Además, carece de adecuada transparencia, de una debida orientación a la

víctima, a lo que debe sumarse la excesiva incidencia que en él tienen los profesionales que trabajan en dicho ámbito, lo que lo hace una instancia inaccesible a la población.

Existe cierta relación entre la tesis abolicionista y la llamada “criminología crítica”, que niega la explicación clásica de la criminalidad como fenómeno individual, y fundándose en argumentos sociológicos, la achaca al propio sistema penal, en tanto que producto de la estructura clasista y patriarcal de la sociedad, la responsabilidad de la existencia del fenómeno criminal; de ahí que sea necesario eliminar el sistema penal por ser criminógeno, ineficaz y selectivo.¹²⁰

Sin perjuicio de lo dicho, en las últimas décadas un buen número de autores al interior de la referida corriente han planteado la necesidad de pasar de un discurso idealista a uno cercano a la realidad, donde la criminalidad de verdad se sufre, abandonando o postergando las posturas abolicionistas.

Tras la abolición del Derecho Penal se plantean varias posibilidades alternativas para la resolución de conflictos basadas en la mediación y la conciliación, como el informalismo, esto es, una “ley” producida para cada caso en una negociación entre las partes involucradas en el conflicto; la ley usada como un marco de referencia, que regule la forma por la que debe resolverse el conflicto, pero no el contenido del mismo; y la sustitución de la ley penal por la civil, es decir, dar un énfasis en la negociación, en el rol de la víctima, en las medidas de compensación, reparación, etc.

¹²⁰ Vid. BARATTA, Alessandro; “Criminología Crítica y Política Penal Alternativa”, *en: Revue Internationale du Droit Pénal*, N° 1; 1978, pp. 43-ss.

La idea que subyace detrás de la derogación del sistema es devolver el conflicto a la víctima para que sus intereses y sus necesidades sean efectivamente tomadas en consideración y gocen de mayor relevancia en el proceso; además, se busca que se desarrolle una discusión respecto de qué valores merecen ser defendidos por la comunidad; en definitiva, se pretende conseguir una función simbólica del Derecho Penal por medio de la discusión, en lugar de a través del castigo.

Ahora bien, la generalidad de los críticos del abolicionismo coinciden en que sus ideas son utópicas, sobretodo considerando el contexto de control social en que el Derecho Penal está situado. Se ha cuestionado también la pretendida bondad de sus propuestas de reemplazar el Derecho Penal por algo mejor; no sería fácil encontrar un sistema que disminuya eficazmente los costes sociales del delito, la estigmatización de la víctima y del delincuente y que a la vez sea un real método de resolución de conflictos sin correr los riesgos de transformar al Estado en un ente de intervención social que invada con mayor intensidad que el actual Derecho Penal espacios de libertad del individuo, o de volver a la venganza privada.

A partir de estas ideas, los sistemas penales han abierto las posibilidades a tratamientos alternativos a la prisión o a la intervención penal y una mayor atención a los intereses de la víctima, ideas que fundan también, entre otras, el otorgamiento de facultades de oportunidad a los órganos de persecución penal.

4.2) A diferencia de lo radical del abolicionismo, la *tesis resocializadora* busca la mejora de las mismas ideas a través de medios efectivos para lograr una real reinserción de los penados, con fines de reducción de las tasas de reincidencia y en definitiva, de una mejor protección de la sociedad.

De este modo, el objeto del tratamiento y de la reinserción va muy ligado a la ejecución de la pena privativa de libertad; de alguna manera, este objetivo de la pena parece como natural y no necesita justificación alguna.

En su versión más radical, la tesis resocializadora condujo a la sustitución de la pena privativa de libertad por *medidas de seguridad*, cuyos límites de aplicación sólo consistían en la constatación de la *peligrosidad* en el sujeto, sin atender los límites de la aplicación de la pena, como la culpabilidad o la proporcionalidad, lo que lleva en definitiva a la desaparición del concepto tradicional de delito, pues si el fundamento de la defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos no se basa ya en la culpabilidad, la pena deja de aparecer como respuesta idónea.

Ahora bien, las propuestas del movimiento resocializador, en conjunto, no se limitan a una intervención negativa sobre el sujeto activo del delito, sino que pretenden otorgarle medios que le capaciten para una vida futura en la sociedad. La resocialización del delincuente se considera, pues, una necesidad ineludible de todo sistema penal a la cual no puede renunciarse.

No obstante, las críticas a los planteamientos del movimiento resocializador han sido de gran importancia, poniendo en tela de juicio las bases de su legitimidad. Así, las objeciones más importantes descansan tanto en el cuestionamiento de la propia sociedad a la que se pretende adaptar al delincuente, como en lo que la resocialización tiene de intento, de uniformación de conductas.

En efecto, hay evidentes dificultades para determinar el modelo de sociedad a la que se quiere adaptar al delincuente, y aunque se acepte un

modelo genérico de ella, su amplitud no puede ocultar la diversidad de su composición que evidencia la dificultad de hallar una imagen acabada de la misma. Además, se ha cuestionado de modo general la posibilidad de resocialización en privación de libertad, el fin pedagógico propugnado por estas doctrinas es irrealizable: al contrario, la cárcel es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito.

Además, se ha destacado lo ilegítimo de toda intervención resocializadora por constituir una injerencia inadmisible en la esfera individual, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se haya la libre determinación de la voluntad; las doctrinas resocializadoras son incompatibles con ese valor elemental de la civilización que es el respeto a la persona humana.

4.3) Las sendas críticas a las tesis resocializadoras propiciaron el surgimiento de alternativas que revalidan la función de prevención general del Derecho Penal, enfatizando el respeto a las garantías del Estado de Derecho, pero sin renunciar a la prevención especial resocializadora, siempre que el condenado sea libre de aceptar el tratamiento o no.

La orientación que desde hace algún tiempo se conoce como “garantismo”, surgió en el ámbito penal como una reacción frente al fracaso del modelo resocializador en cuanto a la efectividad de sus resultados, y frente a las contradicciones producidas entre la tesis del tratamiento terapéutico y los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad del imputado.

El conjunto de estas propuestas recibió el nombre de “neoclasicismo”, ya que sus planteamientos representan un retorno hacia principios y tesis del

Derecho Penal clásico del siglo XIX, como la seguridad jurídica y la proporcionalidad.

Pero es discutible la exactitud del concepto “neoclasicismo” en términos de la verdadera relación entre esta corriente y las tesis del Derecho Penal clásico de corte liberal. De hecho, el neoclasicismo fue traído desde Estados Unidos, donde la discusión no mostraba un contorno tan definido, sino diferencias radicales en cuanto a los programas y estrategias político-ideológicas a las que recurrir, y cuyo único elemento común es el rechazo al tratamiento resocializador del autor como fin de la pena. Por otro lado, no nos hallamos realmente frente al resurgimiento de un Derecho Penal decimonónico ceñido sólo a la protección de bienes altamente personales y del patrimonio, sino ante una opción, propia de la modernidad, en favor de un Derecho Penal orientado a fines que se tienen por más eficaces que la resocialización.

Ahora bien, por su postura central fundada en la salvaguardia de las garantías fundamentales, esta corriente de se denomina también “garantismo”. Para FERRAJOLI, “garantismo” significa tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del Derecho Penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto, también de su verdad.

Por “derechos fundamentales”, FERRAJOLI entiende, en contraste a los derechos patrimoniales, aquellos derechos universales, indisponibles e inalienables, que son atribuidos directamente por normas jurídicas a todos,

en cuanto personas, ciudadanos o sujetos capaces de actuar, sean negativos, como el derecho a la libertad, sobre los que corresponden prohibiciones de lesión; o derechos positivos, como los derechos sociales, respecto a los cuales corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

El fin fundamental del garantismo es acentuar el papel de las garantías formales, tratando de someter a control el ius puniendi del Estado, exigiéndole una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad; pero además introduce nuevas exigencias de contenido en el Derecho Penal, pretendiendo también conciliar el principio de prevención general, mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización. El objetivo de la resocialización de las penas se plantea ahora como una oferta al condenado quien es libre de aceptarlo o no.

Pero no sólo el tratamiento de readaptación es el camino para llegar al fin resocializador, puede alcanzarse a través de otras vías, como la reducción de las penas privativas de libertad al mínimo imprescindible, sea a través de la despenalización de conductas de bagatela, supresión de penas excesivamente largas o la formulación de alternativas a las penas privativas de libertad, como la responsabilidad civil.

Dentro de la orientación garantista se halla el denominado “Derecho Penal mínimo”, que es la representación del Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho, pluralista, tolerante, que tenga al ser humano y su dignidad como centro de la organización estatal. Ya en la Revolución Francesa estaba arraigado en el pensamiento liberal el principio de la

intervención mínima, según el cual sólo son legítimas las penas estrictamente necesarias.

Para GARRIDO MONTT,

“[E]l principio de ‘intervención mínima’ hace que el Estado emplee el Derecho Penal únicamente –y de manera excepcional– cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social han sido insuficientes y la sanción penal se presenta como un medio adecuado para esa preservación (principio de utilidad de la pena)”.¹²¹

FERRAJOLI,¹²² por su parte, cree que ese “mínimo” debe ser el necesario para evitar las posibles reacciones punitivas espontáneas de los agredidos por un delincuente; el Derecho Penal mínimo implica una reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva.

Un sistema penal sólo se justifica si la suma de los delitos, venganzas y castigos arbitrarios que está en condiciones de prevenir, es mayor que las violencias de los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Como este cálculo es imposible, FERRAJOLI concluye que el monopolio estatal de la potestad punitiva está justificado mientras más bajos sean los costes del Derecho Penal respecto a los costes de la anarquía punitiva.

¹²¹ GARRIDO MONTT, Mario; *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2º ed., 2005, pág. 40.

¹²² FERRAJOLI, Luigi; “El Derecho Penal Mínimo”; en: AA.VV. *Prevención y Teoría de la Pena*; Santiago, Editorial Jurídica LexisNexis, 1995, 25-48 pp.

Sobre esto mismo, resulta interesante la tesis de BARATTA,¹²³ quien propone utilizar el concepto de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. De esta manera, los derechos humanos asumirían, primero, una función negativa, limitando la intervención penal, que sólo sería realista si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social; en segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible pero no necesario de la tutela por medio del Derecho Penal. Así, un concepto histórico-social de los derechos humanos permite incluir como posibles objetos de la tutela penal, además de aquellos intereses individuales, también otros colectivos, como la salud pública o la ecología. Estos alcanzan también la tutela de las instituciones, pero sólo en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función del auto reproducción del sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas.

4.4) En los últimos veinticinco años el Derecho Penal ha ido experimentando un desplazamiento desde la protección individual a la de la colectividad mediante nuevos tipos penales en los cuales el bien jurídico protegido sólo puede reconocerse a menudo de forma difusa, porque estos nuevos tipos, en vez de describir formas concretas de lesión, tienden a describir hipótesis de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño.

Frente a este fenómeno de evidente expansión, que es difícil de frenar dada las necesidades de la sociedad moderna, y ante la imposibilidad de volver a un Derecho Penal clásico, se ha abierto camino una posición doctrinal planteada

¹²³ Vid BARATTA, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la ley penal"; en *Nuevo Foro Penal*, N° 34, Colombia: 1986, 421-435 pp.

en España por SILVA SÁNCHEZ,¹²⁴ cuya propuesta contiene una tesis en una configuración dualista del sistema del Derecho Penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles.

Plantea por una parte, el Derecho Penal clásico que cautela los elementos dogmáticos de la imputación y el conjunto de principios garantistas para un núcleo de delitos sancionables con penas privativas de libertad; y por otra, un Derecho Penal donde cabría una flexibilización controlada de las reglas de la imputación, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, como también de los principios de Derecho Penal, como el de legalidad o culpabilidad. Se trataría este último nivel de un Derecho Penal a medio camino entre el Derecho Civil y el Derecho Público, limitado a ilícitos en sobre drogas, económicos, etc. Este Derecho dispondría de sanciones menos intensas que las tradicionales, pero sería también menos exigente en cuanto a las garantías materiales y procesales.

Esta tesis se funda en la afirmación de que no en todo el sistema de Derecho Penal tiene por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas. Así, un Derecho Penal cuyas sanciones sean más próximas a las sanciones administrativas, debería ser más flexible en cuanto a los criterios de imputación y las garantías político-criminales.

Dice también en que el Derecho Penal sigue teniendo ventajas relevantes frente al Derecho Civil o Sancionador. El Derecho Penal aporta un elemento estigmatizador, así como la fuerza del mecanismo público de

¹²⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Espanya, Editorial Civitas, 1999.

sanciones, algo que dota la pena de una capacidad simbólica, con una función comunicativa a la sociedad de entidad superior que las sanciones de naturaleza no penal.¹²⁵

Finalmente, se apoya esta postura en que en el actual grado de desarrollo de las sociedades modernas, es difícil que se acepte el modelo del Derecho Penal Mínimo; al contrario, sobre todo en el área socio-económica, asistimos a un incremento progresivo de los tipos sancionados con penas privativas de libertad, que en un contexto garantista clásico no siempre resultan fácilmente aplicables, generando en la sociedad sentimientos de deslegitimación de las instituciones de la administración de justicia. Un *Derecho Penal de dos velocidades* surge entonces como una vía posible para sintetizar un producto intermedio, que resulte suficientemente garantista y en el que la imputación no tendría que respetar reglas tan rígidas.

Ahora bien, la flexibilización experimentada en los últimos años en el proceso pena no resulta tan alejada de esta concepción, al menos en lo que respecta a la reducción de las garantías del imputado. Así, también es propio de la orientación preventivo general de estos últimos años la tendencia a reducir los derechos del imputado en vez de ampliarlos. Este proceso tiene la tendencia a incidir cada vez en mayor número de delitos y en el proceso penal. Tampoco la reducción de la pena es extraña a las facultades de oportunidad dadas a los órganos de persecución criminal.

4.5) Frente a fenómenos como el terrorismo, la delincuencia sexual violenta y reiterada, y frente a individuos que ya sea por sus actividades delictivas o su vinculación a una organización criminal han abandonado el

¹²⁵ Vid. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo; "Pena y Ciudadanía", en: *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, 2005, 64-83 pp.

ordenamiento jurídico de un modo al parecer prolongado, surge la posibilidad de una *tercera velocidad* para el Derecho Penal, que consiste en admitir la concurrencia de sanciones penales privativas de libertad, con una amplia relativización de garantías político criminales, reglas de imputación y criterios procesales. JAKOBS se refiere así, al Derecho Penal del Enemigo, como contrapuesto al Derecho Penal del ciudadano. En los párrafos siguientes veremos en qué consiste esta teoría.

2. UNA NUEVA REALIDAD: LA SENSACIÓN SOCIAL DE INSEGURIDAD.¹²⁶

Para comprender el contexto en que se sitúa la normativa en la actualidad, debemos reseñar ahora por lo que ocurre en la sociedad actual, para continuar este capítulo.

Hoy puede decirse que la antigua sociedad industrial ha quedado a un lado, dando paso a una de carácter capitalista, principalmente desde los años '70, y ahora en forma más reciente y acentuada, desde la caída de la Unión Soviética. Luego del triunfo de los Estados Unidos, se ha dicho que “la historia habría terminado”, por cuanto habría triunfado, finalmente, el sistema liberal-burgués por sobre el comunismo.

Como corolario de esa concepción de la historia, se ha comenzado una vertiginosa carrera tecnológica, encabezada por el país del norte, y seguida por las grandes potencias europeas y asiáticas. Esta alta capacidad tecnológica ha dado lugar a avances quizás impensados hace algunas décadas atrás. Se trata del fenómeno de la “globalización de las

¹²⁶ Sobre este punto, SILVA SÁNCHEZ, J. *Ob. Cit.*, 1999.

comunicaciones”, por la cual las personas pueden disponer de un volumen absolutamente abismante de información en un corto tiempo, y sin moverse de su lugar. Ello íntimamente vinculado al desarrollo y auge del capitalismo financiero y del derrumbe de las fronteras comerciales, constituyendo lo que hoy se denomina “aldea global”.

Pero tanto avance en tecnología no ha seguido el mismo tranco que la educación, ya que muchísimas personas se encuentran al margen de este proceso, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos por revertir esta situación. Al contrario: tal cantidad de información provoca un sentimiento de indefensión ante el acontecer unido, por supuesto, al manejo de información por los grupos de poder. Hoy existe la clara sensación de inseguridad a nivel ciudadano en parte debido a las reiteradas imágenes aparecidas en prensa sobre delincuencia. No debe desconocerse que los hechos existen, pero no creemos que ocurran de la manera tan frecuente en que se muestran. Ello ha producido una demanda ciudadana a los gobiernos de turno por un verdadero Estado-policía, a través de la demanda de mayor dotación policial, aumento de las penas establecidas para los delitos, el establecimiento de numerosos delitos de mero peligro, entre otras medidas que, sin lugar a dudas, son la clara muestra de una *sociedad asustada* y de la denominada “función simbólica” del Derecho Penal.

Esta situación debe ser interpretada con el supuesto de que los gobiernos se han servido, para efectos de dotarse de legitimidad, de un uso excesivo e indiscriminado del *ius puniendi*, desatendiéndose de los principios básicos del Derecho Penal, cosas que hasta hace poco parecían indiscutibles. Incluso, parece ser que, al menos en los casos latinoamericanos, resulta desequilibrante la influencia dejada por las dictaduras militares desde los años '70, atendido a que, pese a las

aberrantes violaciones a los derechos humanos, existía un *ambiente de seguridad respecto de la delincuencia*, ya que la presencia militar aseguraba su inocuización. No se trata de legitimar tal sensación, sino sólo de recoger los testimonios de la época –desafortunados o no– que surgen del debate cotidiano con el ciudadano lego en estas materias.

No debe dejar de reconocerse que hoy en día existen nuevas formas de afectación de los bienes jurídicos que hasta hace un tiempo resultaban impensados. Surgen, así, voces críticas reclamando por una revisión de las categorías *dogmáticas* en razón de su actual inutilidad en ciertos casos, formulando su reemplazo, total o parcial, por nuevas reglas de un sistema jurídico penal capaz de hacer frente a las nuevas formas de delincuencia.

“Sociedad del riesgo”, “sociedad de enorme complejidad”, “sociedad post industrial”, entre otros, son muchos de los nombres que la teoría social actual adjudica a nuestro modelo. También se puede llamarla “sociedad del miedo”. Miedo de la autoridad, de lo desconocido, de la tecnología, de la inestabilidad de la economía, de la competencia, etc.

La competencia política es otra arena en la que parece conveniente obtener provecho de la delincuencia y sus índices, por supuesto manipulables.

Sin duda un hito en especial ha abierto nuevamente el debate sobre el Derecho Penal del Enemigo, cual es el atentado contra las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001, como se recordará, ya que precisamente otra de las causas de la inseguridad –justificada en este caso, por cierto– es el terrorismo. Este hecho, sin embargo, creemos que ha sido puesto al servicio de los grupos de poder en los Estados Unidos para justificar la llamada

“Guerra contra el Terrorismo”. Ello lo mostramos en otro capítulo de este estudio.

Todo ello ha llevado a un peculiar ideario que podría identificarse con la denominación “Derecho Penal del Enemigo”. La respuesta que se ha dado a estos sucesos es la correspondiente a los postulados del Derecho Penal del Enemigo. En doctrina, sin embargo, esta orientación ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y planteamiento político criminal. No obstante, parece reconocerse por todos la existencia real de enemigos en el Derecho Penal y procesal penal de la actualidad.

En fin, hemos tratado de mostrar algunas causas y rasgos de la sociedad actual. Si bien, resulta de especial interés lo relativo a las causas, se haría algo demasiado extenso, a más de exceder con creces nuestra investigación. Por ello dejamos planteado el tema, para continuar con lo que nos convoca. En lo que sigue profundizaremos los planteamientos del Derecho Penal del Enemigo, contextualizado en párrafos anteriores.

II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Günther JAKOBS es el principal exponente de esta teoría, y le ha dado un revestimiento filosófico con lo que parece de alguna manera difícil de contrarrestar. Sin perjuicio de ello, creemos que la validez de sus conclusiones, dada la conciencia de humanidad que existe en actualidad, resultan contrarias a un Derecho Penal garantista, como intentaremos demostrar.

La visión de aquel que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho como un individuo y que, por ende, debe ser excluido de la sociedad, aparece constante y paulatinamente más definido en la teoría política moderna. Se trata de la idea de que el delincuente, o al menos ciertos delincuentes, no tienen el status de ciudadano o la condición de *persona*. En particular, veremos autores como ROUSSEAU,¹²⁷ MONTESQUIEU¹²⁸ y, por sobretodo, HOBBS.¹²⁹

Quizás sea en los textos de HOBBS en los que podamos encontrar una clara diferenciación de un Derecho Penal del Enemigo con perfiles tan claros que permitirían ver una anticipación del discurso de hoy. Para él, los *enemigos* son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual el rasgo más sobresaliente, expresándolo en términos contemporáneos, sería la *falta de seguridad cognitiva*, tema que abordaremos más adelante.

En efecto, para HOBBS, el bien supremo del hombre es su propia existencia, y en el estado de naturaleza ella no está asegurada, sino que en permanente peligro. Por ello, el objetivo del hombre en esta etapa es la de asociarse a otros para efectos de disminuir la inseguridad.

De hecho,

“La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan

¹²⁷ ROUSSEAU, Jean; *El Contrato Social*, España, M. E. Editores, 1993.

¹²⁸ MONTESQUIEU, Charles; *Del Espíritu de las Leyes*, España, Editorial Tecnos, 2000.

¹²⁹ HOBBS, Thomas; *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la 2ª ed. en español, 1996.

importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él [...]. De esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven *enemigos*, y en el camino que conduce al fin (que es, principalmente, su propia conservación y a veces su delectación tan sólo) tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro”.¹³⁰

En el estado de naturaleza todos tendrían derecho a todo. La igualdad natural de todos los hombres y el derecho común de todos a todo es, así, la causa de que el estado de naturaleza sea una guerra de todos contra todos que presenta ciertos caracteres.

“[E]s manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un *poder común* que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina *guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos* [...]. En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente, no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”.¹³¹

Ante este panorama, la razón sugiere crear normas de paz, que tiendan a la constitución de la *sociedad* y del *Estado*. Así, el Estado y su derecho cumplen su rol esencial si son capaces de oponer a esta guerra, un orden que garantice la existencia de los ciudadanos.

El Estado cumple su fin protector, en primer término, a través de la dictación de leyes civiles, cuyo objetivo es limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se hagan daño unos a otros, y para fomentar, también, que se ayuden mutuamente, y se unan contra los enemigos

¹³⁰ HOBBS, *Ob. Cit.*, pág. 100-101. Las cursivas son nuestras.

¹³¹ HOBBS, *Ob. Cit.*, 1996, pág. 102-103. Lo destacado es nuestro.

comunes, ya que sólo así es posible la paz. De este temor patente viene el apodo de HOBBS como el “Hijo del Miedo”.¹³²

“En esta guerra de todos contra todos se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia [...]. Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso. Estas normas son las que, por otra parte, se llaman *leyes de la naturaleza* [...]”.¹³³

Con la creación por la vía contractual del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren la calidad de *ciudadanos*. En el Estado, los hombres dan garantía del cumplimiento del pacto. “[E]n un Estado civil donde existe un poder apto para constreñir a quienes, de otro modo, violarían su palabra, dicho temor ya no es razonable [...]”.¹³⁴

No obstante, con el pacto no está garantizada la seguridad. Por ello, a las sanciones de las leyes civiles debe anexarse un castigo, ya que es la única forma por la que los hombres “aprendan la lección”. Este sería, en suma, el fundamento de la pena: “Los pactos que no descansan en la espada

¹³² HOBBS “[n]ació en Malmesbury, Wiltshire, Inglaterra, el año 1588. Es sabido, por su propio testimonio, que su madre lo dio a luz anticipadamente, presa del miedo ante las noticias de la proximidad de la Invencible Armada de Felipe II en las costas inglesas”. GODOY ARCAYA, Óscar; “Selección de Escritos Políticos de Hobbes”, en: *Revista del Centro de Estudios Públicos* Nº 23. Chile, 1986, pág. 1.

¹³³ HOBBS, *Ob. Cit.*, pág. 104-105. Lo destacado es nuestro. Más adelante, HOBBS define ley de la naturaleza, como “un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada”. *Ob. Cit.*, pág. 106.

¹³⁴ HOBBS, *Ob. Cit.*, pág. 112.

no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno”.¹³⁵

Pues bien, a las leyes civiles,¹³⁶ sólo están sujetos los *ciudadanos*, no los *enemigos*. No obstante, sólo se habrá de considerar como ciudadanos a quienes, en virtud de su renuncia a su derecho a todo y de su traspaso de sus derechos al Estado, se han obligado a obedecer las leyes civiles y se sienten obligados por ese deber de obediencia, aun cuando eventualmente puedan transgredir aquellas leyes civiles por causas que son inherentes a la propia naturaleza del hombre.

En efecto, HOBBS distingue entre dos sistemas normativos, a saber, el de las leyes *civiles* o del Estado y el de las leyes *naturales*. Entiende que “[D]elito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohíbe, o en la omisión de lo que ordena”;¹³⁷ que los castigos que esta norma lleva anexos para el caso de su trasgresión sólo se aplican a los ciudadanos y que el delincuente, como dijimos arriba, conserva su rol de ciudadano. Por esto, el que infringe la ley civil es un ciudadano, y más aún, sólo los ciudadanos o súbditos pueden transgredir la ley civil.

Pese lo anterior, HOBBS reconoce un margen de tolerancia a la delincuencia, porque quien comete delitos contra las leyes civiles lo hace por motivos diversos que pueden verse como “normales” y aun como

¹³⁵ HOBBS, *Ob. Cit.*, pág. 137.

¹³⁶ “[A]quellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros no de este o aquel Estado en particular, sino de un Estado [...] es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley”, *Ob. Cit.*; pág. 217. Lo subrayado es nuestro.

¹³⁷ HOBBS, *Ob. Cit.*, pág. 238.

enfermedades propias del hombre y de todas las demás criaturas vivientes; por otro lado, también se da el caso de que algunos actúan contra estas leyes por debilidad aunque deseen cumplirlas.

El derecho de castigar del Estado, por otro lado, ya no es adecuado ni procedente respecto a los enemigos. HOBBS tiene por tales a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan su voluntad de no estar dispuestos a respetar las leyes de naturaleza, que ordena respetar todas las leyes civiles, y así, las viola también.

Los “pecados” que cometen los enemigos son *crímenes de lesa majestad*, consistentes en dichos o hechos por los que “un ciudadano o un súbdito declara tener la voluntad de desobedecer al órgano que ostenta el poder del Estado, o bien en actos hostiles contra la organización actual del Estado”. Por esto, quien puede evidenciar garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, no está dispuesto a observarlas respecto de ellos, estará, en el fondo, buscando la *guerra*, y no la paz”. En definitiva, resulta que el daño que a consecuencia de estos *actos legales de hostilidad* –y no castigo– se infrinjan al enemigo sea perfectamente legítimo, al estar ante una guerra en su contra, rigiendo entonces, el *derecho de guerra* en su contra.

“En HOBBS encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho Penal del Enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo. HOBBS contabiliza entre los crímenes de lesa majestad que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que sólo tienen el carácter de actos preparatorios. En efecto, como crímenes de lesa majestad, HOBBS menciona no sólo a los actos contrarios a una ley fundamental, sino también a los consistentes en ‘hacer

planes', y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia al soberano. Por otro lado, mientras que un exceso de pena no puede ser considerado ya como castigo cuando se aplica a un ciudadano, sino que es más bien un acto de hostilidad, en el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra. El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues 2en la guerra, la espada no hace distinciones, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes' por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que también 'a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer'".¹³⁸

HOBBS nombra a lo largo de su obra ciertas garantías procesales al entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente, pero no hay ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos. Ello es consecuencia necesaria si se tiene presente que esa es tal vez la característica más notable del Derecho Penal del Enemigo. De hecho, ello es efecto necesario, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza y sería discutible que para ello fueran necesarias garantías.

Ahora bien, como señalamos al inicio de este apartado, otros autores también han sido usados por JAKOBS en su fundamentación filosófica del Derecho Penal del Enemigo. En términos generales, puede decirse que todos refieren un tratamiento parecido a quien se aparta a las normas que emanan del pacto social, con algunos matices, como ROUSSEAU. En sus palabras:

"[T]odo malhechor al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en *rebelde y traidor a la patria*; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y

¹³⁸ GRACIA MARTIN, Luis; "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del Enemigo'", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 7, 2005, pág. 18.

hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que perezca uno de los dos, y cuando se hace morir al culpable, no es tanto como ciudadano cuanto como *enemigo*. Los procedimientos, el juicio son las pruebas y la declaración de que ha roto el contrato social, y, por consiguiente, que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido tal, al menos por su residencia, debe suprimírsele mediante el destierro como infractor del pacto, o mediante la muerte como *enemigo público*; porque un *enemigo* semejante no es una persona moral, es un hombre, y en tal caso el derecho de guerra es matar al vencido”¹³⁹.

Si bien hay ciertos matices entre uno y otro autor en torno a quienes deben ser considerados como enemigos, la conclusión es que todos concuerdan en que hay individuos que no merecen el tratamiento como ciudadanos comunes y que por ello, merecen ser expulsados de la sociedad e inclusive, muertos. Así, JAKOBS parece cumplir con la labor de revestir su teoría de un fundamento filosófico aceptable, más aun teniendo presente el renombre de cada uno de los autores mencionados.

Pese a ello, nos parece que esas teorías en ciertos aspectos –como el que nos convoca– han quedado obsoletas por la madurez del razonamiento jurídico de la actualidad. Es decir, si bien dichas opiniones pudieron ser válidas en su época, hoy, ciertamente, no pueden menos que ser rechazadas de plano por quien se dice defensor de un Estado de Derecho respetuoso y garante de los derechos fundamentales de que son titulares todos los individuos, por la sola consideración de su estatus de persona, de individuo de la especie humana.

Se hace menesteroso pasar revisión a la concepción jakobsiana sobre la “persona” y que resulta ser la piedra angular de toda su construcción teórica.

¹³⁹ ROUSSEAU, *Ob. Cit.*, pág. 76. Las cursivas son nuestras.

III. SOBRE EL CONCEPTO NORMATIVO DE PERSONA.

Cuando en los párrafos anteriores hemos hecho alusión a algunos de los aspectos que constituyen la teoría del Derecho Penal del Enemigo, lo que en el fondo se ha hecho es mostrar la forma en que la historia de la filosofía del Derecho ha creado algunos presupuestos para el tratamiento diferenciado de algunos individuos respecto de otros. A un grupo se les ha denominado “enemigos” por el hecho de atentar contra las bases fundamentales del Estado, esto es, dan certeza absoluta de que no comparten las reglas que se consideran esenciales en la organización de un Estado. En razón de este tratamiento, se alteran las reglas generales en torno, por ejemplo, a las reglas de punición de los actos preparatorios. Pero ello también ocurre en el denominado “Derecho Penal del ciudadano”. Entonces, no observamos en qué radica la cuestión distintiva de uno y otro “Derecho Penal”, sería más de lo mismo. Surge la necesidad de ir un poco más al fondo del asunto para desentrañar el sustrato de una y otra regulación jurídica.

El modelo según el cual pretenden construir el Derecho Penal del Enemigo sus defensores se determina con la idea de que a los individuos en quienes concurren las circunstancias que se han descrito más atrás, se les atribuiría la condición de “enemigos” del sistema social, atribución que supone la negación de la condición de *personas* a tales individuos y, por tanto, se les considera *no-personas*. El Derecho Penal “ordinario”, en cambio, se dirige a las *personas*. En el Derecho Penal del Enemigo, en consecuencia, no pueden regir los principios ni las reglas del Derecho Penal de las personas, y las no-personas, no pueden ampararse en él. Así, tiene razón

CANCIO MELIÁ cuando ve a este Derecho Penal del Enemigo como un Derecho Penal de autor.¹⁴⁰

Para JAKOBS, con el Derecho Penal del Enemigo se trata de combatir a individuos que en su actitud no ofrecen la *garantía cognitiva mínima* que sería necesaria para su tratamiento como *personas*. Por ello, no tienen el mérito suficiente como para participar de los beneficios del concepto de persona. Por todo ello, la respuesta del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza por que no se trata, en principio, de la restauración de la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro cuya fuente son los individuos que rechazan el *status* de ciudadano y se encuentran y permanecen en el estado de naturaleza. Ahora bien, éste es un estado de *anomia*, es decir, tanto de libertad excesiva como de lucha excesiva, de modo que quien gana la guerra decide lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación. Por lo tanto, dice JAKOBS,

“[E]l Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, *el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar*, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, *el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad*”.¹⁴¹

¹⁴⁰ “Se propondrán dos diferencias estructurales (íntimamente relacionadas entre sí) entre ‘Derecho Penal’ del enemigo y Derecho Penal: a) el Derecho Penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, *el Derecho Penal del enemigo no es un Derecho Penal del hecho, sino de autor*. Hay que subrayar de nuevo que estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grises. Pero parece que conceptualmente puede intentarse la diferenciación”. CANCIO MELIÁ, Manuel; “¿‘Derecho Penal’ del Enemigo?”, en: JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, España, Civitas, 2003, pp. 57-102.

Enrique CURY señala que “se habla de un Derecho Penal de autor para referirse a aquel que sustituye el catálogo de conductas punibles por el de unas descripciones de características personales o modos de vida, a los cuales se conecta la reacción punitiva o la medida correctora o segregadora”. CURY URZÚA, E.; *Ob. Cit.*, pág. 97.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther; “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del

Esta privación y negación de la condición de persona a ciertos sujetos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que el estatus de persona no es algo dado por la naturaleza, sino más bien una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico.

JAKOBS distingue entre individuos y personas. El *individuo* como tal pertenece al orden natural; es el ser perceptible por los sentidos tal y como aparece en el mundo de la experiencia, al que cabría ubicar en el estado de naturaleza hobbesiano, y su conducta tendría un carácter auto referente, es decir, no motivada por ningún *deber* u *obligación*. La *persona*, en cambio, no es sino una construcción social que se puede otorgar a los individuos, es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar uno.

“Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se *definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma*”.¹⁴²

Así, los individuos aparecen como personas que quedan definidas cuando de su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo, y en virtud de lo cual se les reconocen sus derechos. En fin, pues, la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social. Según esto, sólo puede ser sujeto jurídico penal, quien dispone de la competencia de enjuiciar de *modo vinculante* el derecho; ahora bien, de esa competencia forma parte el

Enemigo”, en: JAKOBS – CANCIO; *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 42. Los destacados son nuestros.
¹⁴² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, España, Civitas, 1996, pág. 51. El subrayado es nuestro.

reconocimiento social como ciudadano pleno, y de dicho reconocimiento carecen en general lo inimputables, quienes serían no personas.

De esta manera, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre vinculado por el deber ha de quedar excluido del concepto de persona.

En palabras de PORTILLA CONTRERAS,

“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, por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta. Si, como indica y asegura JAKOBS, el número de enemigos aumenta, una sociedad que conoce tal riesgo no puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva sólo con medios policiales. En otras palabras, no se encuentran otras alternativas al *Derecho Penal* del enemigo porque el Ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadanos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. Los enemigos actualmente no son personas”.¹⁴³

Los enemigos no son personas para JAKOBS y, en fin, el Estado no puede ni debe tratarles como tales. Ya que la personalidad, como concepto exclusivamente normativo, es irreal y sólo puede mantenerse, y sólo será real, si se da alguna *corroboración cognitiva* de ella, esto es, si en el cálculo sobre el comportamiento de alguien se lo puede incluir como persona, lo que significa que se puede partir de su orientación según lo lícito y lo ilícito. Por esto, cuando no existe ya esta expectativa grave, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal, la persona degenera hasta convertirse en un mero enunciado, y en vez de ella aparece el individuo peligroso, el enemigo.

¹⁴³ 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: [\[www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf\]](http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf)

JAKOBS dice que la obtención de una conducta por la *fuerza* y el poder vincular mediante *obligación* a realizar una conducta son dos cosas distintas. Una secuencia normal de conducta y sanción no es en sí misma indicio de la existencia real de un orden normativo porque puede que se trate sólo de una organización coactiva. Sólo en la medida en que se logra que los coaccionados se acostumbren al orden que siguen las normas, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden normativo. Pero si ello es así, entonces las no-personas tendrán que estar excluidas por fuerza del orden normativo, en concreto de la sociedad y del Derecho.

Así quien no es persona no puede ser obligado por una norma. Consecuentemente, JAKOBS, como CANCIO MELIÁ, con mayor certeza, parecen negar el carácter de “Derecho” a las regulaciones “jurídicas” de guerra contra los enemigos. Por esto, cuando se contraponen el Derecho Penal del ciudadano al del enemigo, aclaran que la palabra “derecho” significa en ambos conceptos algo claramente diferente. A diferencia de lo que ocurre con respecto a los ciudadanos, la relación con el enemigo ya no se define por el Derecho, sino por la fuerza. Frente al enemigo, el Derecho Penal es sólo coacción física, hasta la guerra.

Pero entonces debe entenderse que quien gana la guerra define cuáles son las normas, y que quien pierde ha de someterse a esa. Estas normas, sin embargo, ya no son Derecho con respecto al que es castigado. Por otro lado, también el *procedimiento* en contra de los enemigos está regulado jurídicamente. Pero esta regulación jurídica trata de la *exclusión* de los enemigos. A pesar de todo ello, las reglas del Derecho Penal del enemigo tal vez pudieran ser entendidas como “Derecho” desde el momento en que precisamente se siguen reglas y no se trata de un actuar espontáneo.

IV. TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

Para JAKOBS, y como ya lo hemos visto, sí habría individuos que tendrían que ser diferenciados como enemigos, y esa diferencia se establecería en relación a los *ciudadanos*. Por esta razón singulariza un Derecho Penal del Enemigo y lo contrapone al Derecho Penal del ciudadano, si bien últimamente se quiere relativizar tal contraposición mediante una presentación de uno y otro como “tipos ideales” que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro.¹⁴⁴

El Derecho Penal del ciudadano define y sanciona infracciones de normas que llevan a cabo los ciudadanos incidentalmente y que, por lo general, son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su *status* de ciudadanos. El delito de un ciudadano “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como deslíz reparable”,¹⁴⁵ y por ello, concluye JAKOBS,

“el Estado moderno ve en el autor de un hecho *normal*, [...] no a un enemigo [...], sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado –de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)– a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 21 y ss.: “no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal”, por lo que “tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”; véase, además, *Ob. Cit.*, 2003(a), pp 47 y ss. (donde habla de “ciudadanos como enemigos”) y pp. 50 y ss. (donde habla de “enemigos como personas”).

¹⁴⁵ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 35.

¹⁴⁶ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 35-36.

Esto ocurre cuando el autor, a pesar de su hecho, rinde caución de que actuará como *ciudadano*, es decir, “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”,¹⁴⁷ a esto es lo que JAKOBS llama “seguridad cognitiva”.

Distintos de los ciudadanos que han cometido un hecho delictivo son los *enemigos*, que son individuos que en su actitud se han apartado del Derecho tal vez de una forma constante, y por ello, no garantizan esta mínima seguridad cognitiva de su obrar y demuestran esta carencia a través de la misma.¹⁴⁸ Las actividades profesionales de tales sujetos no tienen lugar en las relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la manifestación de la adherencia de tales individuos a una organización ajena al Derecho y que está dedicada a actividades ilícitas. Este es el ejemplo de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, etc. y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada.

Por cierto, las actividades de dichos individuos se verifican normalmente en la comisión de delitos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, como asesinatos, lesiones, etc., pero no son estos hechos los que constituyen el sustrato de las regulaciones del Derecho Penal del Enemigo, pues en ese sentido, en nada difieren de los realizados por los ciudadanos vinculados por el Derecho. Los datos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho Penal del Enemigo son la *habitualidad* y la *profesionalidad de sus actividades*, pero sobre todo su *pertenencia a*

¹⁴⁷ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 36.

¹⁴⁸ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pp. 39 y ss.

organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de esas organizaciones.¹⁴⁹

Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían en cuanto de los comportamientos de estos individuos una significación adicional de negación de los principios políticos o socio-económicos básicos del modelo de convivencia y representarían peligros que ponen en riesgo la existencia de la sociedad, o bien transgresiones de normas sobre configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de los atentados de bienes jurídicos de titularidad individual.

En suma, pues, los enemigos se caracterizan, primero, porque rechazan por principio la legitimidad del orden jurídico y persiguen su destrucción y, segundo, a causa de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, ya que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de su conducta.

Dado que la existencia de enemigos como se ha descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho Penal ordinario, surge la necesidad de crear un Derecho Penal del Enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. JAKOBS considera necesaria esta distinción de un Derecho Penal del Enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho Penal ordinario al estado de derecho.

“Quien no quiere privar al Derecho Penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho [...] debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere

¹⁴⁹ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 39 y 40.

sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho Penal del enemigo, guerra refrenada”.¹⁵⁰

Y como no todos los delincuentes son contrarios al ordenamiento jurídico, “la introducción de un cúmulo [...] de líneas y fragmentos de Derecho Penal del enemigo en el Derecho Penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho”.¹⁵¹

Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica con arreglo al Derecho Penal del ciudadano, la tarea que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho Penal del Enemigo y separarlas del Derecho Penal del ciudadano.

En verdad, este llamado Derecho Penal del Enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho Penal, esto es, de la reafirmación del ordenamiento jurídico o de la norma infringida.¹⁵² Se trataría más bien de una regulación de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su inocuización. No se trata ya de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la creación en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean *eliminados* todos aquéllos que no ofrecen la mencionada garantía cognitiva mínima. El Derecho Penal del Enemigo es la regulación jurídica de la *exclusión* de los enemigos, la que se justifica en tanto éstos son actualmente no-personas y conceptualmente hace pensar en

¹⁵⁰ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 42.

¹⁵¹ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 48.

¹⁵² Ello conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial o de reinserción social.

una *guerra* cuyo alcance depende de todo aquello que se teme de ellos.¹⁵³ Mediante el Derecho Penal Del Enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros y, por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.¹⁵⁴ La pena sirve para eliminar al enemigo, por lo que rebasa ese mismo concepto para derivar en una medida de aseguramiento.

La especial finalidad del Derecho Penal del Enemigo tiene que dar lugar también a una diferencia en sus principios generales y en sus normas procesales respecto del Derecho Penal del ciudadano. Concretamente, en el Derecho Penal del Enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad. Estos principios y normas propias del Derecho Penal del Enemigo vendrían dados por el significado de las circunstancias de hecho que caracterizan el actuar y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como medios idóneos al objetivo de la prevención del peligro que significa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su *eliminación en la guerra* desatada entre él y el Estado, y mediante su *inocuidación*.

Para enfrentar a los enemigos se recurre en las sociedades actuales a regulaciones típicas de un Derecho Penal del Enemigo, como las que se nombran a continuación.

1) Una primera manifestación de éste está representada por aquellos *tipos penales que anticipan la punibilidad a actos preparatorios* de hechos

¹⁵³ “*El Derecho Penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo [...] combate peligros [...]*”. JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág 33. Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁴ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 40.

futuros.¹⁵⁵ Esos tipos basan en los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad y su contenido no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera al margen del Derecho.

A través de semejantes tipos se castigan conductas que ocurren antes de la comisión de cualquier delito dada la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal. Y así se castigan, por ejemplo, comportamientos de mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores.

2) Un segundo rasgo propio del Derecho Penal del Enemigo sería la *desproporcionalidad de las penas*, la cual tendría una doble manifestación. De una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna disminución de la pena en relación a la establecida para los delitos consumados respecto con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo. De otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización ilícita es tenida a la vista para establecer agravaciones considerables y desproporcionadas de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los sujetos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.

¹⁵⁵ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 40, 48 ss.

3) Para el caso alemán, JAKOBS ve también una manifestación típica del Derecho Penal del Enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales alemanas de los últimos años se autodenominen abierta y precisamente como “*leyes de lucha*” o “*leyes de combate*”, lo cual representaría, según él, un “paso de la legislación penal a una legislación de combate”.

4) Un signo especialmente significativo para la identificación del Derecho Penal del Enemigo, y a la vez muy sensible, es la *enorme restricción de garantías y derechos procesales* de los imputados.¹⁵⁶ Así, se cuestiona la presunción de inocencia, oponerse a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen notablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura.

5) Por último, no debe excluirse del examen ciertas regulaciones del *derecho penitenciario* que, sin duda, constituyen muestras típicas del Derecho Penal Del Enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional. Así, vemos las atrocidades por todos conocidas en Guantánamo.

¹⁵⁶ JAKOBS, *Ob. Cit.*, 2003(a), pág. 43 y ss.

V. TOMA DE POSTURA.

En párrafos precedentes hemos expuesto las bases fundamentales del Derecho Penal del Enemigo. Hemos visto que esta teoría presenta un fuerte apoyo filosófico, además de constituir una evidente y concreta propuesta de tratamiento al problema del terrorismo.

También se ha podido apreciar que contiene una racional y completa lógica interna, por lo que no se avizora vacío alguno en su planteamiento con el que se la pueda refutar racionalmente.

Por último, otro argumento que hace algo más plausible los postulados la teoría del Derecho Penal del Enemigo, es su pretendida eficacia al tratamiento de los individuos objeto de su regulación. Ello, por cuanto, si el objetivo es reforzar su exclusión de la sociedad, la supresión se consuma con una normativa tal.

Por lo tanto, si se le pudiese hacer una crítica, ésta viene justamente desde afuera. Si bien, en abstracto la coherencia de sus planteamientos parece incontrarrestable, sus alcances prácticos sobrepasan la línea de admisibilidad de quien se diga respetuoso de los derechos fundamentales.

En efecto, la sola posibilidad de pensar en un procedimiento que no respete las normas del debido proceso, con todo su rico contenido, o de los principios clásicos del Derecho Penal, como el de legalidad, lesividad, o proporcionalidad, entre otros, nos lleva a rechazar sin más la posibilidad de aceptarlo.

Véase, por ejemplo, el triste caso de los detenidos en la cárcel de Guantánamo, quienes se encuentran en tal estado sin saber la causa de su detención, por el sólo hecho de ser sospechosos de integrar el grupo Al Qaeda. Contra ellos ningún cargo se les ha formulado, ni se les ha señalado un plazo de detención, ni se les ha investigado siquiera el posible nexo con algún delito que justifique la privación de libertad, ni serán juzgados por un tribunal legalmente instituido. Es decir, ninguna de las garantías procesales mínimas se ha respetado a su respecto, siendo esta quizá la manifestación más clara –y grotesca, conviene agregar– de la aplicación de los postulados del Derecho Penal del Enemigo.

Otro lamentable caso es el de la cárcel de Abu Grahیب.

“Los abusos cometidos por las fuerzas de ocupación y las fuerzas de seguridad iraquíes estarían más extendidos de lo que se sabe, según organizaciones de derechos humanos. La situación no sería mejor hoy que con el gobierno de Saddam Hussein”.¹⁵⁷

Así, agrega este artículo que se hace caso omiso en el caso de horribles vejaciones proferidas a los detenidos por parte de las autoridades americanas, sin que siquiera se realicen investigaciones al respecto, ya que se archivan las denuncias por no encontrarse antecedentes suficientes que ameriten llevar a cabo un sumario, en fin, las aberrantes conductas de que son víctimas los sospechosos siguen ejecutándose impunemente, a vista y paciencia de las autoridades de las fuerzas de ocupación.

Por otro lado, debe recordarse que los principios clásicos de Derecho Penal no sólo son postulados de la dogmática, sino que también han sido consagrados con rango constitucional en muchos ordenamientos jurídicos

¹⁵⁷ CHIRINOS, Carlos; “Irak: ‘el abuso es rutinario’”, artículo publicado en la página web de BBC <http://www.bbc.co.uk/>. Última visita: 24 de enero de 2008.

occidentales. Ellos representan sendas conquistas de la doctrina, ganadas luego de muchísimos años de luchas, discusiones, persecuciones y hojas escritas.

Por de pronto, el recurso a la protección de los derechos fundamentales aparece como la gran razón en contra de las pretensiones del Derecho Penal del Enemigo.

Pero el razonamiento no se agota ahí. En efecto, creemos que el Derecho Penal del Enemigo tiene además un uso instrumental a nivel político, como medio de dominación del bando opuesto. Y ello es claro, aún teniendo a la vista el tremendo aporte del clásico Derecho Penal, no podemos dejar de reconocer que entre los bienes jurídicos que más protege es la propiedad privada, siendo su contrapartida la persecución de las clases sociales más necesitadas.

Desde este punto de vista, vemos que el Derecho Penal del Enemigo representa un medio idóneo de represión de cualquier forma de manifestación contraria al poder político de turno, ya que, como hemos visto, tiene por finalidad inocular su objetivo, en este caso, al opositor manifiesto.

Así, por ejemplo, ha servido de fundamento para la aplicación de la persecución de judíos en el orden nazi, puesto que el “principio” que le servía de base era “el sano sentimiento del pueblo alemán”, dogma tan elástico – por llamarlo de alguna forma– que daba para cualquier forma persecutoria.

Es claro que desde antaño, el Derecho Penal, el instrumento más potente que tiene el Estado respecto de los ciudadanos, ha sido utilizado como un medio tremendamente eficaz para mantener reprimido a quien se

oponga al poder político. En este sentido, reviste la forma más intromisiva y potente que tiene el Estado para intervenir en la vida de los destinatarios de sus normas.

En relación a ello, podemos concluir que el Derecho Penal del Enemigo parece tener un contenido neutro.¹⁵⁸ Ello, desde el momento en que puede servir para el mismo fin, a cualquier sector político que se encuentre en el poder, por más antagónicos que sean, por los que se perseguía a cualquier individuo que atentara en contra los intereses de la clase dominante.

A título de conclusión de este acápite, podemos señalar que el Derecho Penal del Enemigo lamentablemente se ha ganado paulatino terreno tanto en la práctica de los gobiernos actuales, como también entre los teóricos. Como reglas de excepción, en un contexto de inestabilidad social, han pasado a transformarse en reglas generales de aplicación cotidiana por los poderes de los gobiernos actuales.

Esto último, como señala PORTILLA CONTRERAS,¹⁵⁹ es quizá lo más relevante, por cuanto no es novedoso que los órganos ejecutivos de los distintos países se valgan del Derecho Penal para afianzar y reforzar su poder. Es raro, y lamentable, que en el plano teórico, esto avance y adquiera legitimidad entre los juristas, que comienzan a dar fundamentos jurídicos y a tratar como regla general, un tipo de normas que en un momento fueron solamente utilizadas como normas de excepción. Hoy, las normas que tienen como trasfondo el Derecho Penal del Enemigo, se han convertido en lo que

¹⁵⁸ Así se señala en VILLEGAS – LAVÍN, *Ob. Cit.* 2005.

¹⁵⁹ PORTILLA, *Ob. Cit.*

denominamos las “excepciones permanentes”,¹⁶⁰ cuestión que, como defensores de los derechos fundamentales, y como hemos enfatizado en varias ocasiones en este acápite, nos repugna desde luego.

¹⁶⁰ RIQUERT, Fabián - PALACIOS, Leonardo; “El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes”, en: [\[www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf\]](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf). Publicado en La Ley, Revista Universitaria, año V, N° 3, 2003, pp.1-8. La versión utilizada en esta investigación es la electrónica.

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO INTEGRAL DEL TERRORISMO Y DE LA DELINCUENCIA POR CONVICCIÓN POLÍTICA PROPIAMENTE TAL DE MATRIZ ISLÁMICA.

I. HISTORIA.

Para comprender el fenómeno del nacimiento de grupos armados de tendencia islámica es necesario aclarar ciertos aspectos históricos del Islam, principalmente en relación a sus orígenes como religión y a los pilares fundamentales que sostienen esta fe, y que en última instancia explican o determinan la forma de actuar de estos grupos en la actualidad.

No es objetivo de este trabajo adentrarse en los orígenes remotos del Islam, ni en sus rasgos teológicos en profundidad, sino tan sólo acercarnos con conocimientos básicos de la historia del Islam, principalmente la contemporánea, que como veremos más adelante da origen a los grupos que interesan en este capítulo. De la misma forma no se puede soslayar, si pretendemos comprender el actuar de estos grupos, ciertos conceptos generales de Islam, por lo que también los trataremos tangencialmente. Para estos efectos, centraremos nuestra atención en la idea del “fundamentalismo” islámico, como expresión que cimienta precisamente a estos grupos armados.

El Islam nació hacia el 600 d. C. en La Meca, Arabia Saudí. Es el fruto de ciertas condiciones sociales, económicas y políticas que vive el pueblo árabe de ese entonces, que se manifiestan a través del profeta Mahoma, intermediario, por así decirlo, de la voluntad del único dios Alá.

A la muerte de Mahoma empieza a extenderse la influencia del Islam. Mahoma murió en el 632 después de Cristo, las últimas palabras fueron escritas por los discípulos en el Corán (en árabe). Tras la muerte de Mahoma, la Guerra Santa impuso el Islam en las ciudades de alrededor. Unos cincuenta años más tarde de la muerte de Mahoma, la mitad del mundo civilizado conocido en ese momento fue conquistado, desde España hasta las fronteras Chinas. Mahoma entiende la Guerra Santa como una lucha espiritual y sus discípulos lo entienden al pie de la letra, de ahí entonces, la rapidez de su expansión.

El Corán por su parte, es el libro sagrado de los Musulmanes (quienes profesan el Islam), es la recopilación de las enseñanzas del dios Alá, que según la historia islámica se conocieron a través del profeta Mahoma quien en reiterados estados hipnóticos, reprodujo los dicho del dios. El Corán es el libro básico, así como la Biblia para los cristianos. No es solamente un libro religioso, sino un libro de normas sociales, políticas e ideológicas en general. Es escrito por sucesores o discípulos, también al igual que la Biblia, después de la muerte del profeta, contando con 114 capítulos o “suras”. Algunos de los versículos del Corán se escriben en las mezquitas. El Corán es un libro sagrado, es la autoridad suprema en derecho, ciencias y humanidad, así como en religión.

El Islam permitió la unión del pueblo árabe, llegando incluso a través del poderío del imperio Turco a dominar gran parte del continente asiático y

europeo. De esta forma la fe en Mahoma continuó su expansión por el mundo.

Desde el punto de vista más teológico es Islam, recoge aspectos tanto del cristianismo, como del judaísmo, sigue la herencia de Abraham y Moisés. De la misma forma en su recorrido por el mundo también asimila diversas expresiones religiosas propias de los lugares donde se acuna y desarrolla. Sin perjuicio de esto, en el Islam podemos reconocer ciertos principios o pilares fundamentales, entre otros:

1) No hay más dios que Alá y Mahoma es su profeta;

2) La oración se realiza en cinco momentos específicos del día mirando hacia la Meca (sur de Arabia Saudita). Rezan postrados;

3) Limosna, mantener a los pobres de la comunidad, ayudar a mantener las mezquitas y a la formación religiosa. Estos actos de generosidad purifican la riqueza personal;

4) Ayuno del mes del Ramadán, celebran la primera revelación de Mahoma. Los fieles ayunan desde la salida del sol hasta el ocaso. Al terminar el mes del Ramadán celebran una gran fiesta.

5) El Há es la peregrinación a la ciudad santa de La Meca, donde sólo pueden entrar musulmanes. Realizan la peregrinación una vez en la vida sin importar donde vivan. Van vestidos con una tela blanca sin costuras y significa igualdad de todos los musulmanes. En la Meca no hay distinciones entre los musulmanes, naciones, grupos sociales o económicos.

La peregrinación para los musulmanes es lo más importante en su vida.

Para algunos de los musulmanes hay otro pilar que sería la Guerra Santa que Mahoma entiende como una guerra espiritual y sus seguidores la consideran como la conquista bélica.

1. FUNDAMENTALISMO ISLÁMICO.

Ya en el siglo veinte, con la independencia de los países árabes, comienzan a surgir los estados islámicos, que le otorgan al Corán prácticamente la jerarquía de una constitución política. De esta forma, y también en virtud de otros factores de índole políticos, económicos, raciales y religiosos, comienzan también a aparecer las tendencias más radicales dentro del mundo islámico, y que son precisamente, las que nos interesan. Así es como hechos de gran repercusión condicionan en la región árabe este fenómeno, nos referimos principalmente a: la creación del estado de Israel, la Revolución Islámica en Irán, la guerra de los seis días, la guerra irano-iraquí, el surgimiento de gobiernos democráticos en Egipto y Argelia, la caída de la Unión Soviética, entre otros .

Podríamos definir el fundamentalismo como aquella tendencia política-religiosa que preconiza la vuelta a la estricta observancia de las leyes coránicas en el ámbito del estado y de la sociedad civil. Se podría decir que la inclusión de la ley coránica en las diversas constituciones de los estados con mayoría islámica es uno de los objetivos principales del fundamentalismo islámico que, a partir de mediados de los ochenta, representa una considerable fuerza de masas e incluso electoral en muchos países del mundo árabe.

En realidad los movimientos religiosos tienen como características distintivas, que son ortodoxos, tienen un pensamiento moralista que generalmente presenta rechazo e intolerancia hacia otras religiones, culturas, y núcleos sociales, además tienen el texto religioso muy arraigado y consideran a la cultura moderna como impropia y repulsiva.

En este sentido también existen diferentes sustentos que apoyan al fundamentalismo, tales como el fundamentalismo Hindú, Judaico, e Islámico, pero al final, se relacionan en el sentido de necesitar una base ideológica para actuar. El fundamentalismo es esencialmente un fenómeno religioso, y por sobretodo ideológico, que se opone a los cambios sociales y culturales, pero plantea a diferencia de otros movimientos, el regreso a un orden abandonado, es decir, no pretende instaurar un nuevo régimen.

Tal como señaláramos al comienzo de este capítulo el fenómeno principal de análisis en esta sección son los grupos armados islámicos, principalmente aquellos que tienen un actuar que generalmente se califica como “terrorismo” islámico. Para tal efecto debemos partir aclarando que no necesariamente todos los grupos armados islámicos pueden ser calificados como terroristas, es decir, no es lo mismo hablar de grupos armados islámicos y terrorismo islámico. Los grupos armados islámicos son aquellas agrupaciones políticas que consideran la violencia política o la acción armada como una forma de lucha legítima según sus postulados ideológicos.

Ahora, dentro de esos grupos armados islámicos se encuentran aquellas agrupaciones que desarrollan acciones de carácter terrorista, de manera indiscriminada, sin discernir los objetivos militares de los civiles. El punto común, como señaláramos anteriormente, es que profesan un

fundamentalismo, en muchos casos bastante alejado de los preceptos del Corán o de los pilares del Islam en general, siendo derechamente grupos con objetivos políticos, económicos y geopolíticos, que usan un lenguaje cargado de religiosidad y en nombre de esa fe para convocar y legitimar sus acciones. Si se analiza el actuar de los grupos armados islámicos en los últimos treinta años, se puede ver que aquellos grupos que exacerbaban un discurso religioso radicalmente conservador son precisamente los mismos que desarrollan en gran medida las acciones armadas calificadas de terrorista.

Por otra parte, también es necesario aclarar qué entendemos por Islam y por Islamismo, así como también en qué se diferencia este último del concepto de fundamentalismo. En primer lugar, debemos decir que el Islam no es el Islamismo o lo que manifiestan los islamistas (quienes profesan el islamismo). El Islam, como ya lo hemos dicho, es una religión, mientras que el islamismo es una tendencia ideológica, con intereses de poder (políticos), que utiliza arbitrariamente conceptos del Islam, para sus fines como grupo o corriente determinada, sin ser en ningún caso la posición mayoritaria dentro de la población musulmana. En cuanto al fundamentalismo hay autores que lo diferencian, quizá muy sutilmente de islamismo. Fernando Mires señala con respecto al fundamentalismo que:

“[E]s una corriente islámica que representa una tradición que se encuentra, supuesta o realmente, amenazada por la modernidad política. Debido a esta razón el postulado central del fundamentalismo es regresar la palabra lo dice- a los fundamentos religiosos de los libros sagrados. El fundamentalismo es una doctrina que se basa en textos, y desde una perspectiva religiosa es conservador, tradicionalista y ortodoxo. No así el islamismo. El islamismo se sirve, por cierto, del fundamentalismo, pero opera con la religión de un modo selectivo, no vacilando en violar los “mandatos de Dios” si es que alguno se opone a sus objetivos de poder [...] Así, puede ser posible que determinadas fracciones del fundamentalismo estén al servicio

del islamismo, o a la inversa, que los islamistas utilicen fragmentos del discurso fundamentalista en aras de sus objetivos de poder”.¹⁶¹

Este movimiento ha tenido en el siglo XX sus principales fuentes en tres naciones del oriente medio: Egipto (la Hermandad Musulmana), Arabia Saudita (el Movimiento Wahhabi) e Irán (la Revolución Islámica). Para Isaac CARO estos orígenes del fundamentalismo islámico, sobre los cuales existe consenso entre los tratadistas, comprenderían lo que él ha denominado como Movimientos Fundamentalistas Islámicos Estatales que:

“[s]on aquellos cuya forma de organización y función está centrada principalmente en el Estado, llevando a regímenes sustentados en la religión [...] En (estos) Estados no existe separación entre la religión y la política, aplicándose un régimen jurídico basado en la Sharia o ley islámica, que encuentra un trasfondo histórico e ideológico en el Corán [...]”.¹⁶²

Por su parte, según este autor, podríamos identificar también a los movimientos fundamentalistas Islámicos semiestatales y a aquellos de orden comunitarios, siendo el factor, además del cronológico, el hecho de la participación en los Estados correspondientes o su preocupación por alcanzar el poder en un territorio determinado, siendo los Movimientos Comunitarios aquellos que:

“tienen su función principal en la sociedad civil, a través de comunidades locales [...] Ellas surgieron, en parte, como consecuencia de las profundas crisis económicas experimentadas por las respectivas sociedades, impactadas por la explosión demográfica, la pobreza y la falta de libertades públicas. Se caracterizan por carecer de una preocupación relevante por el Estado y una adaptación al supranacionalismo contemporáneo y a los procesos de globalización”.¹⁶³

¹⁶¹ MIRES, Fernando. *El Islamismo: la última guerra mundial*, Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2005, pág. 9. Lo agregado entre paréntesis es nuestro.

¹⁶² CARO, Isaac, *Fundamentalismos islámicos: guerra contra occidente y América Latina*; Ed. Sudamericana, 2002, pág. 71.

¹⁶³ CARO, *Ob. Cit.*, pág 107.

No compartimos totalmente este factor por cuanto creemos que los grupos denominados por este autor como Comunitarios sí poseen, a nuestro juicio, un importante afán político, siendo una de sus expresiones, la finalidad de la toma del poder¹⁶⁴. Sin embargo, para efectos de la explicación, seguiremos esta distinción, pues sí creemos que se sustenta en el elemento cronológico, es decir, identifica el periodo determinado en que surgen estos grupos islámicos, siendo los primeros en surgir los de índole Estatal y Semiestatal y luego los Comunitarios.

1.1. Movimientos Fundamentalistas Estatales.

1.1.1. Movimiento Wahhabi de Arabia Saudita.

Fundado por Muhammad Abd al Wahhab (1703-1792), plantea un rechazo al sufismo, al culto de los santos, a la falta de moralidad práctica y al inmovilismo religioso. Postula la vuelta al Corán y a la tradición de los primeros tiempos del Islam. Reivindica la interpretación literal del Corán, así mismo, defiende el sentido comunitario del Islam primitivo y pone énfasis en la Jihad, con el objeto de permitir a la dinastía saudita iniciar la lucha para la recuperación de los lugares sagrados. Al-Wahhab es de alguna quién sienta las bases para la constitución del Estado-reino de Arabia Saudita. Para CARO:

“[E]ste régimen que sigue prevaleciendo en Arabia Saudita, corresponde al más conservador y tradicionalista de las cuatro escuelas jurídicas existentes en el mundo musulmán sunnita...en la medida que rechaza el uso del razonamiento por los juristas y postula que la Sharia debe basarse exclusivamente en el Corán [...] En definitiva, el movimiento Wahhabí,

¹⁶⁴ Para ratificar esta idea basta conocer los gobiernos de unificación en Palestina, donde ha tenido una activa participación el grupo Hammas, considerado por este autor como Movimiento Islámico Comunitario.

sustentado en un régimen jurídico hanbalí, se caracteriza por ser tradicional y conservador, limitar el papel de la mujer, desconociendo su derecho al trabajo y a la vida pública, pregonar una hostilidad hacia las comunidades cristianas, judías y, en general, hacia toda la población no sunnita. En Arabia Saudita todo se rige por la ley islámica: la banca, la vestimenta, la alimentación y toda la actividad humana”.¹⁶⁵

En la actualidad, y desde hace unos veinte años, Arabia Saudita es el principal aliado de los EE.UU. en la región. A pesar de lo conservador del régimen saudí, el gobierno norteamericano ve en el reino saudí, un apoyo fundamental para enfrentar las principales amenazas de oriente medio, cuales son Irán y su herencia Khomeinista, y los movimientos de resistencia en Cisjordania. Según CARO esta alianza EE.UU-Arabia Saudita, ha tenido también por objeto el apoyo financiero y militar de otros grupos sunnitas en la región, para frenar así la expansión de la Revolución Islámica de Irán. De hecho señala que:

“[A] partir de la invasión soviética de Afganistán, Estados Unidos, contando expresamente con la ayuda de Arabia Saudita, intentó crear una red islamista internacional, que asegurara la aplicación de los principios de la Sharia, pero que también evitara hablar de una “revolución islámica”. Se trataba de fomentar un radicalismo sunnita opuesto tanto al comunismo soviético como al chiísmo iraní”.¹⁶⁶

1.1.2. La Revolución Islámica en Irán y el Khomeinismo.

Este hecho ocurrido en 1979, fue dirigido por el Ayatolla Khomeini y consiguió el derrocamiento del último Sha de Persia, Mohamed Reza Pahlevi, que tuvo que exiliarse. Irán se convirtió en República Islámica y los

¹⁶⁵ CARO, *Ob. cit.*, pág. 88.

¹⁶⁶ CARO, *Ob. cit.*, pág. 90.

fundamentalistas islámicos, en su mayor parte chiítas, llevaron a cabo, bajo el liderazgo de Khomeini, una radicalización de los principios islámicos, una vuelta a la pureza coránica que fue causa de grandes cambios en el interior del país y de una política agresiva hacia el exterior.

De la misma forma las condiciones que dan origen a la revolución en Irán, también repercuten en otros estados de la región, así la comunidad chiíta se ve remese en 1975 con el surgimiento de Amal en el Líbano, posteriormente de Hizbolá y el Jihad Islámico libanés.

Durante el reinado del Sha Pahlavi se acentuó la separación entre las funciones de la religión y la política, frente a lo cual el clero chiíta (a donde pertenecía el Ayatola Khomeini) acusó al régimen de querer destruir el Islam chiíta a través de un proceso de occidentalización y secularización. La fuente del quiebre sunnita-chiíta es la lucha por el poder entre los seguidores de Alí y los que apoyaban a los tres primeros califas. Al principio de carácter político, la lucha tomó un carácter religioso, pero manteniendo en lo profundo intacto el interés político y económico.

La particularidad de la concepción de Khomeini es que plantea la necesidad de juristas en el gobierno, es decir, a diferencia del Wahhabismo, postula la interpretación de la Sharia por ciertos líderes islámicos chiítas. *“Según Khomeini, la importancia del ‘Libro de Dios’ es que consagra la ‘unidad’ de Dios y contiene lecciones sobre la forma de gobernar”*.¹⁶⁷

Este hecho sin duda marca el destino de los movimientos políticos de matriz islámica durante las décadas del 80 y 90 del siglo pasado, pues

¹⁶⁷ CARO, *Ob. Cit.*, pág. 93.

significó un respaldo político, económico y militar a los crecientes focos de conflicto en el medio oriente, produciéndose una proliferación de frentes de resistencia armada frente al dominio en la zona de los imperialismos inglés, francés y norteamericano, y por supuesto frente al asentamiento judío en Israel. Esto no es menor, puesto que explica en gran parte el surgimiento de grupos que desarrollan lucha armada autoproclamándose como frentes de liberación nacional o de resistencia, que con el paso del tiempo vendrían a ser calificados por sus enemigos internacionales como lo que hoy en día conocemos como terrorismo islámico.

1.2. Movimientos Fundamentalistas Semiestatales. La Hermandad Musulmana.

Los *Hermanos musulmanes de tendencia Sunni*, nacidos en 1929 por inspiración de un profesor egipcio, Hassan al-Banna, empeñado en la instauración en Egipto de una sociedad islámica basada en el Corán, con la consiguiente erradicación de la prostitución, la prohibición de la usura y de las escuelas mixtas, la organización de la limosna y la supresión de la propiedad privada; en definitiva, una cruzada antioccidental basada en el cumplimiento estricto de la *Sharia*.

Dentro de la cultura islámica, el término árabe *sharia* puede hacer referencia al islam entendido como un sistema religioso total; no obstante, suele remitir a las normas que rigen la conducta de los individuos y la comunidad islámica. El descubrimiento y expresión de la ley fue una labor humana, denominada habitualmente *fiqh*, llevada a cabo por un faquí (del árabe *faqih*, 'jurista'): por este motivo se habla, por ejemplo, del *fiqh* de Malik. Por el contrario, la *sharia* únicamente puede atribuirse a Dios, el Profeta o la comunidad: la *sharia* de Dios. Esta ley evoca lealtad y compromiso en un

musulmán; el *fiqh*, a lo sumo, respeto. En la medida en que la ley de los estados musulmanes modernos parece estar en consonancia con la ley de Dios también se la denomina *sharia*. Los grupos de oposición y resistencia también emplean este término para expresar el ideal de un sistema justo y recalcar la injusticia del sistema actual. Comprenden la mayoría absoluta en el mundo musulmán, con alrededor de un 90%, centrándose principalmente en Egipto, pero también en otros países del occidente musulmán, como Sudán, Yemen, Siria, entre otros.

En un inicio el movimiento de la Hermandad creció rápidamente, tanto en Egipto como en el resto del mundo árabe. Como movimiento religioso islámico, la Hermandad tiene su base en la historia y cultura del Islam. Propuso una solución al problema de la identidad de las naciones musulmanas, planteando que ésta estaba enraizada no en la nación, sino en el Islam, abogando por un panislamismo e inspirando la expansión del movimiento a Sudán, Siria y el Magreb. La Hermandad llamó para la restauración del Califato como símbolo de la unidad islámica, convirtiéndose en la primera asociación islámica del moderno Egipto con la meta de la conquista del poder.

Aparte de estos dos grandes grupos, el fundamentalismo también se ha manifestado en agrupaciones argelinas como el Jihad islámico del jeque Sadis al-Mundiri; la secta nigeriana Maitatzine, radicados especialmente en Gombe, etc.

Así, y en términos generales, el desarrollo del fundamentalismo islámico podríamos decir que se debió a varios factores, entre ellos (fuera de los ya señalados):

1) La creación del Estado de Israel en 1948, gracias a la decisión de los países triunfantes de occidente luego de la segunda guerra mundial, significó para el mundo musulmán la ocupación geográfica y cultural de territorios sagrados, y llegada y asentamiento hasta nuestros días del imperialismo norteamericano. Este hecho significó una resistencia espontánea del pueblo palestino y el surgimiento masivo de grupos políticos de matriz islámica que comenzaron a desarrollar una guerra de resistencia y liberación nacional.

2) *Guerra de los seis días*: Este conflicto tuvo lugar durante 1967, entre Israel y el Líbano, con una victoria inapelable del ejército israelí. Se dice que el actual fundamentalismo es consecuencia de esta derrota del mundo árabe. Para Israel fue la demostración de su invencibilidad frente a los estados árabes. Para el fundamentalismo islámico, la derrota no se debió a un problema de armamento, sino de fe.

3) *Guerra Irano-iraquí*: Este conflicto armado librado entre Irán e Irak desde 1980 hasta 1988, comenzó con la invasión de Irán por parte de Irak el 22 de septiembre de 1980. Sus orígenes se encuentran en la larga animosidad árabe-persa y en las rivalidades regionales; en concreto, Irak quería invertir la delimitación de fronteras entre los dos estados, establecida en los Acuerdos de Argel (1975), para conseguir la anexión de la región de Shatt al-Arab.

Además, Irak estaba preocupado por la propaganda religiosa dirigida desde la nueva República Islámica de Irán con el Ayatolá Ruhollah Khomeini al frente, contra el régimen baatista laico de Bagdad, y especialmente temía perder la lealtad de sus súbditos shiíes. Sin embargo, la principal razón de la guerra fue la creencia del presidente de Irak, Saddam Husayn, de que la

potencia militar de Irán se había debilitado en gran medida por la Revolución islámica de 1979, que derrocó al sha (rey) Muhammad Reza Pahlavi, y que el apoyo que conseguiría por parte Occidental le permitiría obtener una fácil victoria, reconquistando Shatt al-Arab y la provincia iraní de Juzistán.

Hacia 1988 Irán deseaba finalizar la guerra, pero las fuerzas iraquíes reanudaron la ofensiva y en julio de 1988, Irán aceptó la resolución de paz 598, adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU el 20 de julio de 1987. Finalmente se llegó a la paz el 20 de agosto de 1990, durante la guerra del Golfo Pérsico, sobre la base del *status quo ante bellum* (mantenimiento de la situación territorial antes del enfrentamiento bélico). La Guerra Irano-iraquí se saldó con un millón de muertos (el 60% de ellos iraníes), y casi dos millones de heridos, además de numerosos gastos materiales, que dejaron la economía de ambos países combatientes en una situación muy precaria.

4) Además el integrismo naciente plantea que la lucha árabe - israelí es parte del enfrentamiento Oriente-Occidente en la medida que el mundo occidental está danzando en una nueva cruzada, utilizando a Israel, en contra del Islam. Bajo estos parámetros el radicalismo islámico se desarrolla en la década siguiente para sustituir a los modelos modernizadores que entran en crisis.

5) Durante el período socialista, los gobiernos abrieron las puertas de las universidades a las masas para suplir el vacío profesional existente. Esta situación explica el fuerte arraigo que ha tenido el Islamismo en las universidades debido a las condiciones sociales y al alto desempleo de los sectores intelectuales.

6) Las opciones liberales llevadas a cabo en varios países, en particular en Egipto y Argelia se enfrentaron a la resistencia de los nasseristas y bumedienistas. Para debilitar a la oposición socialista, los gobiernos de ambos estados hicieron concesiones al fundamentalismo islámico, única fuerza movilizadora, para oponerla al radicalismo. Estas medidas efectivas para la neutralización del nasserismo en Egipto y del bumedienismo en Argelia, permitieron al integrismo consolidar aún más su influencia nacional y convertirse en el principal retador de los gobiernos.

7) La revolución iraní, el triunfo de un modelo integrista, permite a los demás movimientos contar con un apoyo estatal para su crecimiento. Irán desarrolló toda su infraestructura en su ministerio de Relaciones Exteriores como soporte a la acción de los grupos integristas de otros países.

8) El derrumbe del bloque socialista eliminó los apoyos a los movimientos revolucionarios árabes, dejando el fundamentalismo como única fuerza opositora organizada.

9) Finalmente, la guerra del golfo que asestó el golpe definitivo al panarabismo, deja al islamismo como la única opción viable para las masas árabes fuertemente golpeadas por la aplicación del modelo liberal y decepcionadas por el fracaso del discurso socialista.

10) Para los fundamentalistas islámicos, el esplendor del Islam se consiguió con el poderío del Imperio Turco Otomano, es de alguna forma, el periodo que se pretende revivir con el accionar ideológico-religioso, militar y político de las corrientes más radicales del fundamentalismo islámico. La concreción práctica de la estrecha unión religión-política o iglesia-estado remonta a los líderes de estos grupos al Imperio Turco. En tal sentido,

podemos determinar que el origen histórico más remoto del fundamentalismo islámico contemporáneo y de los grupos islamistas, es precisamente la caída o decadencia del Imperio Turco, principalmente luego de finalizada la primera guerra mundial y consiguiente, la derrota turca.

II. DELINCUENCIA POLÍTICA POR CONVICCIÓN Y TERRORISMO DE MATRIZ ISLÁMICA.

Para poder hacer el análisis en particular de los grupos armados de matriz islámica, nos basaremos en el origen, desarrollo histórico, actividad política y militar y planteamientos ideológicos de tres grupos a nuestro juicio, reflejos del fenómeno de la delincuencia política terrorista y no terrorista en el mundo islámico. Nos referimos a Hammas, Hezbolá y Al Qaeda. Además, y siguiendo con el orden establecido en el capítulo anterior, estos grupos constituyen ejemplos de movimientos islámicos de orden comunitario, que son cronológicamente los de más reciente origen, luego de los movimientos islámicos estatales y semiestatales que ya vimos en el capítulo anterior. De hecho estos últimos constituyen los antecedentes políticos e ideológicos de los movimientos no estatales o comunitarios.

Por su parte, al hacer el ejercicio nos hemos encontrado con una serie de dificultades prácticas, que hemos enfrentado a través de la comprensión dialéctica del fenómeno, es decir, comprendiendo la relatividad de las categorías que hemos planteado, pero no en un sentido de eclecticismo, sino material. Los fenómenos tienen matices, contradicciones y excepciones que no debemos soslayar, muy por el contrario, debemos considerarlas como parte íntegra de los hechos mismos, constituyendo la consecuencia lógica de las circunstancias materiales, históricas, culturales y económicas en las cuales se producen estos fenómenos humanos.

Por lo mismo, nos hemos dado cuenta que nuestras ideas primigenias a la hora de empezar este trabajo, no se reflejan tal cual en la realidad del fenómeno en estudio, sino que se relativizan, por lo que se hace necesario replantearse algunos aspectos de nuestras tesis, sin dejar de lado eso sí, los pilares de nuestros postulados, pero enriqueciéndolos con los elementos que el análisis de la realidad nos entrega.

1. HAMAS.

La denominación de Hamas, viene de una expresión árabe que quiere decir “Movimiento de Resistencia Islámica”. Tal como lo señala su nombre Hamas surge para resistir la “ocupación” judía de Israel. Proviene de una escisión de la Organización para la Liberación Palestina producida en 1988 en la ciudad de Gaza.

De la línea de la Hermandad Musulmana, es uno de los principales grupos políticos de matriz islámica encabezando la lucha armada en Palestina. Podríamos decir que vino a suplir a la Organización para la Liberación Palestina cuando esta dejó de usar la violencia como forma de lucha para transformarse en un grupo de exclusiva participación política. Sin embargo, Hamas, no sólo se conforma como una estructura militar sino que principalmente política, que cuenta, eso sí, con un brazo armado llamado Izz Edwin al Qassam. Desde su formación Hamas a través de sus brigadas armadas ha desarrollado una forma de violencia política de carácter urbana, atacando con métodos subversivos¹⁶⁸ principalmente objetivos institucionales y militares de la autoridad israelí.

¹⁶⁸ Al hablar de métodos subversivos nos referimos a aquellos que tienen por objeto

Ahora, desde el punto de vista ideológico, Hamas cuenta con una especie de declaración de principios que ha sido conocida como “La carta de Hamas”. En su primera parte este documento señala en términos generales que los aspectos ideológicos se encuentran definidos por el Islam “del cual se deriva el pensamiento, interpretaciones y visiones sobre la existencia, la vida y la humanidad. La meta es el Islam, el modelo a seguir es la vida del profeta Mahoma, la constitución es el Corán”.¹⁶⁹ Por su parte, se ve a Israel como una grave amenaza al mundo musulmán, a través de su “ocupación” geográfica e ideológica. Dicha ocupación es concebida como una opresión mancomunada entre las potencias imperialistas y el estado de Israel y debe ser combatida por todos los medios posibles por los musulmanes a través de lo que ellos denominan la Jihad¹⁷⁰. CARO cita “La carta de Hamas”, para señalar la concepción antisemita y antisionista presente en estos grupos islámicos:

alterar la “estabilidad” institucional de un régimen determinado, evitando en lo posible el enfrentamiento con las fuerzas represivas del Estado, por ser éstas de mayor poder, sino que hostigando permanentemente y atacando objetivos militares específicos del enemigo, generalmente de carácter simbólico, pues de esta manera se busca también una finalidad de propaganda y difusión de las ideas del grupo subversivo entre la población. También, con este término, nos referimos a aquellos medios armados de que dispongan los grupos sociales y políticos que desarrollan estas acciones subversivas, es decir, menos sofisticados y destructores que los posee el Estado, generalmente de construcción casera, como bombas molotov, granadas vietnamitas, fusiles cortos, entre otros, al menos en un comienzo de la lucha armada, en etapas superiores estos métodos sin duda se sofistican más, pero difícilmente hasta llegar a equipararse a los utilizados por las fuerzas represivas del Estado.

¹⁶⁹ CARO, *Ob. cit.*, pag 111.

¹⁷⁰ Generalmente se usan indistintamente los términos de Jihad y “Guerra Santa”, sin embargo, estos no es correcto puesto que la expresión Jihad en una traducción e interpretación armónica con el Corán se acerca más al concepto de “sacrificio” o “esfuerzo”. Esto se explica, por un lado, por la manipulación de algunos conceptos religiosos por parte de ciertos grupos fundamentalistas para radicalizar más la resistencia, y por otro lado, también por la manipulación de conceptos con objetivos propagandistas y de deslegitimación (con respecto a la actividad de resistencia islámica) por parte de los EEUU, así como por otras potencias principalmente europeas.

“El nazismo de los judíos no excluye a las mujeres y a los niños, sino que atemoriza a todos. Los judíos hacen la guerra a la subsistencia de los pueblos, saqueando sus dineros y amenazando su honor. En sus acciones horribles, ellos maltratan a las personas como si fueran los más horrendos criminales de guerra (Hamás, 1988; 13)”.¹⁷¹

No obstante, Hamás postula la tolerancia religiosa incluso en relación a los judíos, planteando a juicio de CARO que:

“[E]n cuanto a los miembros de otras religiones [...] Hamás es un movimiento humano, que respeta los derechos humanos y que está comprometido con la tolerancia, que es inherente al Islam. Su hostilidad se dirige sólo hacia aquellos que son hostiles a Hamás. Por eso, indica que bajo la guía del Islam es posible para los miembros de las tres religiones (Islam, cristianismo y judaísmo) coexistir en forma segura. Sin embargo, lo miembros de otras religiones deben desistir de luchar contra el Islam en esta región.”¹⁷²

Por último queremos recalcar dos hechos. Uno que Hamás reitera permanentemente un discurso supranacional (esto será fundamental para el acápite subsiguiente sobre el problema de la territorialidad), señalando que la lucha incumbe a todos los musulmanes pues es en defensa de su fe y cultura frente a la “invasión ideológica”:

“Los combatientes del Jihad se unen a otros combatientes del Jihad y toda esta acumulación parte de cualquier lugar del mundo islámico, obedeciendo al llamado del deber y entonando ¡Ven, únete a la Jihad! Este llamado desgarrará las nubes en los cielos y continuará sonando hasta que la liberación sea completa, los invasores sean vencidos y la victoria de Alá prevalezca (Hamás, 1988; 21-22)”.¹⁷³

En segundo lugar, queremos recalcar la idea también persistente en los fundamentos de la carta de Hamás, estos es lo referido a que el objetivo

¹⁷¹ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pág. 113.

¹⁷² CARO, *Ob. Cit.*, pág. 115. Lo agregado entre paréntesis es nuestro.

¹⁷³ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pág. 116.

principal de la lucha de Hamas es de liberación y resistencia al invasor, llámese Israel, EEUU y las potencias imperialistas:

“Hamas ha aprendido de estas lecciones y ejemplos que la actual invasión sionista ha sido precedida por una invasión cruzada de Occidente, y otra – los Tártaros– de Oriente. Y del mismo modo en que los musulmanes enfrentaron esas invasiones y planearon su eliminación y derrota, ellos son capaces de enfrentar la invasión sionista y derrotarla (Hamas, 1988; 23)”¹⁷⁴

La violencia política ejercida por Hamas durante sus casi veinte años de actividad, ha sido desarrollada dentro de este marco de conflicto entre palestinos e israelíes, al cual nosotros calificamos definitivamente de Guerra de Liberación ante la invasión y la ocupación israelí.

En ese sentido, el carácter político de Hamas es incuestionable, la existencia de una estructura orgánica es un hecho, así como también es un hecho, el ascendiente político e ideológico que tiene Hamas entre las masas palestinas, principalmente entre los sectores universitarios¹⁷⁵ es también innegable.

Tampoco podemos negar la actividad política no violenta de Hamas, que es precisamente su principal forma de expandir sus ideas y su ámbito de influencia entre la población palestina y musulmana en general. Cuenta con participación en organismos de representación popular bajo la autoridad palestina, incluso ha participado en la historia reciente de gobierno de coalición, cuenta con organizaciones y redes de apoyo en varios países, de

¹⁷⁴ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pág. 116.

¹⁷⁵ Al respecto cabe recordar que uno de los factores que en parte promovió el nacimiento de grupos políticos y militares de matriz islámica, fue el hecho de la entrada masiva de jóvenes, proveniente principalmente de sectores populares, a las universidades. Esta apertura fue en gran parte promovida por la influencia del bloque socialista en la región.

hecho su principalmente fuente de financiamiento, además del propio aporte de sus militantes palestinos, es la ayuda que proviene del exterior.

No podemos entender a Hamas sólo como un grupo armado y a sus militantes como dementes o fanáticos religiosos. Independiente de las diferencias que podamos tener con sus accionar o sus bases ideológicas, debemos reconocer su actividad política y su legitimidad como movimiento de resistencia. Creemos que no es riguroso llegar y platear sólo porque desarrollen lucha armada, de terroristas a estos grupos. El análisis debe ser un tanto más preciso, sobre todo en lo que dice relación con las circunstancias sociales, políticas, económicas, culturales y geopolíticas que conforman el escenario donde se desarrolla esta violencia política. Nosotros basamos nuestro análisis en el hecho de que en la región donde acciona Hamas, es decir, Cisjordania y Gaza, existe un conflicto de orden bélico, que calificaremos de Guerra de Liberación y Resistencia con respecto al Estado de Israel y sus aliados occidentales.

Al plantear esto, debemos aceptar necesariamente que el uso de la violencia se legitima eventualmente de ambos bandos, o sea, tanto de parte del Estado israelí, como de parte de la resistencia palestina, siendo Hamas uno de los grupos que la conforman.

Ahora, con respecto a los factores que dimos en el capítulo III para calificar la delincuencia política no terrorista, creemos que concurren, a pesar de ciertas salvedades, en su totalidad. Con respecto al primero, y tal como adelantábamos anteriormente, estamos ante un escenario de ocupación y opresión por parte de un Estado con una gran capacidad militar, económica y geopolítica, con apoyo prácticamente de todas las grandes potencias, especialmente de EEUU, contra un pueblo y una nación que se ve

impedida, por ejemplo de contar con fuerzas armadas propias, donde se aprecia claramente la figura de un grupo social en un estado de dominación, con su derecho a la autodeterminación como pueblo, absolutamente conculcado. Por estas razones creemos que la violencia política ejercida por Hamas se enmarca dentro de un conflicto bélico, que de alguna forma legitima el uso de la fuerza y que se presenta como una acción de resistencia frente a una situación de dominación.

Por su parte, el segundo factor es una consecuencia necesaria del primer punto o factor. El carácter formal de la Democracia del Estado Israelí es prácticamente incuestionable desde esta perspectiva. En cuanto al tercer factor, o sea, la necesidad de contar el grupo que desarrolle el delito político no terrorista con una organización política estructurada, con participación política, ya hemos señalado a grandes rasgos la estructura ideológica y orgánica de Hamas, así como también su constante actividad política. Por último, es en relación al cuarto factor donde se puede presentar una incertidumbre con respecto a nuestra perspectiva. Este factor dice relación con la intensidad de la violación de derechos fundamentales, principalmente en relación al derecho a la vida, a la integridad física y la libertad personal.

Nosotros señalamos que la violación indiscriminada y grave de estos derechos implicaba entrar a la categoría de terrorismo. Hamas, a través de sus años de actividad política y militar, ha llevado acciones armadas contra objetivos militares e institucionales causando, en la mayoría de los casos, bajas enemigas militares y políticas, así como también ha causado destrozos en la propiedad pública y privada principalmente en territorio judío. Si entendemos la existencia de un conflicto bélico, de Guerra de Liberación y Resistencia, por un lado, y de ocupación, por otro, podemos entender

perfectamente que este tipo de acciones son propias de las guerras o situaciones que se asemejen.

Ahora, el tema que nos hace complejo el análisis, son las bajas civiles judías causadas por Hamas. No obstante, y en base a la lectura de documentos de Hamas y al análisis histórico de su actividad y sus acciones, creemos que, más allá del espíritu antisemita que podemos observar en sus ideas fundantes, no existe una intencionalidad política y militar concluyente que permita afirmar que las bajas civiles causadas por acciones de Hamas sean un objetivo político y militar, sino más bien son costos de un conflicto bélico que día a día causa víctimas y sufrimientos a la región, además de no ser de exclusiva responsabilidad de Hamas u otro grupo de matriz islámica, sino que también producto de las acciones militares del ejército israelí¹⁷⁶.

Por las razones expuestas, creemos que no se puede calificar de terrorista a Hamas, sino como un grupo que desarrolla y utiliza la violencia política, entre otros medios, para sus fines ideológicos y políticos, dentro de un límite que nos permite entenderlo como un grupo que se enmarca dentro de la delincuencia política propiamente tal o no terrorista. Con la salvedad, de que las bajas civiles causadas en determinados casos por sus acciones más que constituir una finalidad política y militar de la organización, son costos de una guerra. Por su parte, tampoco creemos que el hecho de haber incurrido en alguna oportunidad en una conducta terrorista, permite o da pie para calificar *per sé* cualquier actividad de esa agrupación como terrorista, para ello debemos atender a un contexto objetivo y general que de luces sobre la

¹⁷⁶ En relación a este punto, las cifras oficiales en cuanto a bajas civiles se trata, no juegan a favor del ejército israelí. El número de muertos palestinos es cuantitativamente muy superior que las víctimas judías del conflicto.

finalidad política y militar de la acción en particular, y de la organización en general.

2. HEZBOLÁ.

“El partido de Dios” fue fundado a comienzos de la década del ochenta del siglo pasado, con el objeto principal de difundir la Revolución Islámica de Khomeini, centrando su accionar en la zona del Líbano, con el objetivo de expulsar a las fuerzas de Israel de crear en esa zona un Estado Islámico chiíta como el existente en Irán en esa época. Cabe destacar la situación de entonces en la Libano, con una fuerte presencia e intervención israelí, estadounidense y francesa, lo cual sin duda se erige como uno de los más importantes factores que gatilla la constitución de Hezbolá.

Sus inicios de caracterizaron por una fuerte ofensivas contra las fuerzas de ocupación en la zona, en especial contra tropas norteamericanas e israelíes, causando una gran cantidad de bajas militares. Hezbolá posee una estructura orgánica jerarquizada, contando con un consejo consultivo amplio y una dirección que en su momento era ejercida directamente por el Ayatola Khomeini.

En cuanto a sus acciones armadas, éstas son principalmente atentados explosivos, coches bombas, secuestros de personalidades políticas israelíes y occidentales, tanto en territorio ocupado por Israel como en otros países e incluso en otros continentes, eso sí, en su mayoría dirigidos contra blancos militares y políticos israelíes (embajadas, bases militares, centros de inteligencia, entre otros).

Por su parte, en cuanto a las ideas fundantes de Hezbolá, estas se encuentran recogidas en un documento, que al igual que “La carta de Hamas”, se considera como una declaración de principios del movimiento. Este documento se publicó con el nombre de “Carta abierta de Hezbolá”, donde según CARO:

“[E]l movimiento no se define como un partido cerrado y organizado en el Líbano, ni tampoco como una asociación política, sino como una comunidad musulmana (umma) ligada al mundo musulmán a través de la conexión religiosa y doctrinal del Islam [...] Su ideología está basada en el Corán, la Sunna y las decisiones legales del faquir, representado por Khomeini, quien constituye una fuente de inspiración”.¹⁷⁷

Por su parte, en relación a los objetivos de Hezbolá, la “Carta abierta” señala:

“¡Amigos, donde quiera que estén en el Líbano... estamos de acuerdo con ustedes sobre los grandes y necesarios objetivos: destruir la hegemonía estadounidense en nuestra tierra; colocar término a la pesada ocupación israelí; golpear todos los intentos de los falangistas (cristianos) por monopolizar el poder y a la administración! (Fadlallah, 1985; 3)”.¹⁷⁸

En cuanto a las razones por la Hezbolá combate a EEUU e Israel, considerados como invasores, la carta dice:

“Estados Unidos, sus aliados del Pacto Atlántico, y la entidad sionista en la tierra santa de Palestina, nos atacaron y continuarán atacando sin respiro (...). Ellos invadieron nuestro país, destruyeron nuestros pueblos, degollaron las gargantas de nuestros niños, violaron nuestros santuarios y designaron a amos para nuestro pueblo que cometieron las peores masacres contra nuestra umma. Ellos no cesarán de dar apoyo a estos aliados de Israel y no nos permitirán decidir nuestro futuro de acuerdo a nuestros propios deseos (Fadllah, 1985; 2)”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ CARO, *Ob. cit.*, pag 107.

¹⁷⁸ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pág. 108.

¹⁷⁹ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pag. 109.

Hezbollah se presenta francamente, al igual que Hamas, como un movimiento de liberación y resistencia a lo que ellos denominan las “fuerzas de ocupación”, representadas por Israel, EEUU y sus principales aliados en la región, como son los gobiernos de inspiración cristiana como también muchos de los países miembros de la OPEP, con quienes EEUU tiene estrechos lazos económicos, constituyendo la verdadera razón por la cual insiste en intervenir en la zona con objeto de mantener a salvo los intereses de esta superpotencia, los cuales se ven amenazados precisamente por estos grupos islámicos que combaten esa intervención y defienden el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

Esta presencia norteamericana llega a tal punto en el Líbano que a raíz de un acuerdo suscrito el 17 de mayo de 1984, entre EEUU, Israel y los gobiernos “cristianos” de la región, se estableció que el Líbano sería en adelante un “protectorado norteamericano”. Ante esta situación, es difícil que no se de origen a un conflicto de orden social, económico, político y militar en la región. Hezbollah, de alguna forma es producto precisamente este contexto. En términos de la carta:

“Nuestro pueblo no podría aguantar otra traición más. Esta decidido a oponerse a la infidelidad –sea francesa, estadounidense o israelí- atacando sus cuarteles y lanzando una verdadera guerra de resistencia contra las fuerzas de ocupación (Fadllah, 1985; 3)”¹⁸⁰.

Ahora, la historia de Hezbollah está marcada por la dura resistencia a la intervención occidental en el Líbano, desarrollando acciones armadas que para la mayoría de la comunidad internacional constituyen actos de terrorismo, sin embargo, tal como lo planteamos en relación a Hamas, estos hechos ocurren en medio de un conflicto bélico, que lleva décadas marcando

¹⁸⁰ Citado por CARO, *Ob. Cit.*, pág. 109.

la pauta de los acontecimientos en la región, son, de alguna forma, dos caras de la misma moneda.

Por un lado, la intervención militar israelí y estadounidense, y por otro, la reacción de los “intervenidos”, es decir, de grupos organizados de matriz islámica, que constituyen una avanzada dentro de la población musulmana en el Líbano en esta lucha de resistencia. De lo declarado por los documentos oficiales de Hezbolá, podemos advertir claramente esta concepción de “resistencia” y “liberación”, argumentos que motivan la reacción en armas, la defensa y la agresión militar. No podemos decir, que las acciones que generalmente se consideran como terroristas, se dan de manera aislada, sin motivo alguno. Podemos estar en desacuerdo con ellas, pero no por eso debemos desconocer las raíces de un conflicto que tiene una de sus crudas expresiones en las acciones de grupos islámicos como Hezbolá. Nosotros afirmábamos como uno de nuestros fines que queríamos despolitizar un tanto el concepto de terrorismo, limpiarlo de la carga ética e ideológica que posee en la generalidad de sus acepciones.

Dijimos también que analizaríamos el fenómeno tomando siempre en consideración el contexto material o las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas en se presentaba. Entendemos que sólo así, se puede comprender el fenómeno en estudio en su integridad, con un grado mayor de objetividad, lo que necesariamente nos permite mayor rigurosidad en el análisis. Y es precisamente en base a estas razones que desde un punto de vista criminológico coherente con nuestras afirmaciones fundamentales, no podemos considerar como “terrorismo islámico” al movimiento Hezbolá, sino como grupo político-militar que realizar acciones opuestas a los intereses de EEUU e Israel, con una fuerte legitimidad social, con una estructura orgánica y política definida, con una identificación clara en una guerra de resistencia,

ejerciendo violencia ante la violencia de la ocupación misma, bajo un régimen democrático en lo formal, es decir, cumpliendo los parámetros que hemos propuesto en el capítulo III de esta trabajo.

Por su parte, a las acusaciones de parte de la comunidad internacional de los actos indiscriminados de asesinatos o donde ha habido como consecuencia bajas civiles, Hezbolá nunca ha reconocido su autoría o reivindicado el hecho, por el contrario, ha insistido en numerosas oportunidades que la vinculación a actos calificados como terroristas ha sido producto de una manipulación de parte de los gobiernos de EEUU y de Israel para desmerecer la lucha del pueblo musulmán. Además, de los principios y objetivos que se plantea en la Carta abierta de Hezbolá, y que hemos reproducido parcialmente, no se advierte la finalidad política ni militar de atentar contra la vida o integridad de civiles cristianos o judíos, por el contrario, hay una condena permanente a los asesinatos y víctimas de la ocupación israelí e intervención estadounidense en la región.

Ante esto la finalidad de causar temor en la población a través de la violencia como medio, no se sostiene con una certeza ni siquiera media, menos aún al considerar los factores externos que han generado una situación bélica, donde la violencia política es ejercida por ambos bandos, y de hecho con una mucho mayor capacidad de destrucción por parte de las “fuerzas de ocupación”. Por estas razones, afirmamos que Hezbolá, al igual que Hamas, no pueden ser calificados como grupos terroristas islámicos desde una perspectiva criminológica, sino como grupos políticos de matriz islámica, que realizan acciones armadas que efectivamente violan la legalidad imperante, constituyéndose en una forma delictual que podemos calificar de *delincuencia por convicción política propiamente tal o no terrorista*.

3. AL QAEDA.

Es una organización considerada como terrorista por los Estados Unidos de América y otros países. Su fundador, líder y mayor colaborador es Osama bin Laden, un multimillonario de origen saudí, que se educó en las mejores universidades del Reino Unido. Esta organización tiene un origen distinto a los grupos antes tratados. En diciembre de 1979, el director de los servicios secretos saudíes, reclutó a Osama para gestionar financieramente las operaciones de la CIA en Afganistán. La CIA invirtió dos mil millones de dólares para lograr el fracaso de la Unión Soviética, que en ese momento estaba librando una guerra en el país centroasiático. Los servicios saudíes y estadounidenses reclutaron a musulmanes de diversas regiones, los armaron y aleccionaron en una supuesta Jihad para combatir a los soviéticos. Osama gestionaba las operaciones financieras en un fichero informático llamado Al Qaeda (literalmente "base de datos"), de ahí precisamente proviene el nombre de la organización.

Las acciones de este grupo iban dirigidas contra determinados gobiernos en regiones tan diversas como Afganistán –contra la ocupación URSS– o la extinta Yugoslavia para detener el genocidio musulmán en Bosnia Herzegovina. Como señalamos anteriormente, existen sobradas evidencias documentadas sobre el apoyo indirecto de la Administración de Estados Unidos y de la CIA a la lucha afgana contra la invasión Soviética porque comulgaba con sus intereses durante la guerra fría.

La organización ha construido campos para aquellos militantes musulmanes repartidos por el mundo, entrenando a miles en técnicas paramilitares. Recientemente sus agentes se han involucrado en numerosos

ataques terroristas, como la destrucción de las embajadas estadounidenses en Nairobi, Kenia, y Dar es Salaam, Tanzania en 1998. En Daar-es-Salam fallecieron once personas, ninguno era norteamericano, mientras que en Nairobi perecieron 213 personas de las cuales doce eran estadounidenses (1 de septiembre de 1998). El 12 de Octubre de 2000 realizó un ataque suicida con bomba contra el buque de guerra estadounidense USS Cole en las costas de Yemen, dejando 17 marines muertos.

En 2001 se creía que Bin Laden y otros líderes de Al Qaeda se encontraban bajo la protección de los talibanes, un grupo islámico que controlaba la mayor parte de Afganistán. En ese mismo año cambió radicalmente la actividad de este grupo, alcanzando un mayor impacto internacional por la magnitud de sus acciones militares. Según la CIA y el FBI 19 militantes de Al Qaeda dirigidos por el egipcio Mohammed Atta llevaron a cabo el atentado del 11 de septiembre de 2001 contra el Pentágono y el World Trade Center. Aquel fue uno de los atentados más terribles de la historia con unos 2.900 muertos.

Estados Unidos respondió iniciando un ataque masivo contra las fuerzas talibanes y de Al Qaeda en Afganistán, matando y capturando a miles de militantes y obligando al resto de sus líderes a sumirse inicialmente en la clandestinidad. A pesar de la subsiguiente captura de varios de sus miembros claves (incluyendo el militante que supuestamente planeó y organizó los ataques del 11 de septiembre de 2001), la actividad del grupo se ha mantenido hasta la actualidad acentuando los atentados en distintos países del mundo principalmente occidental. Los siguientes ataques esta vez fueron en Indonesia, como el bombardeo de un club nocturno en la isla de Bali que dejó más de 200 muertos (85 australianos) y los atentados en

Yakarta en la embajada de Australia. Posteriormente en 2003, atentados en Arabia Saudita dejaron 35 muertos en edificios habitados por occidentales.

En los últimos tiempos cédulas de Al Qaeda en Europa se atribuyeron la autoría de los Atentados del 11 de marzo de 2004 (atentados con bomba a trenes en Madrid, con 191 muertos), en España y los Atentados del 7 de julio de 2005 de Londres (con más de 50 muertos), entre otras acciones en otros puntos del mundo. Más recientemente, el 11 de abril de 2007, el brazo armado de Al Qaeda del Magreb Islámico, perpetró un atentado en Argel, dejando al menos 24 muertos y 222 heridos. Este mismo día Al Qaeda se atribuyó los atentados perpetrados el 10 de abril del mismo año en Casablanca (Marruecos).

El presunto objetivo de Al Qaeda es reunir a todos los musulmanes bajo un mismo gobierno regido en forma estricta bajo la ley islámica y establecer un nuevo Orden Mundial. Para ellos, aquellos gobiernos que no se ajustan a esta política deben ser derrocados. Desde su principio, Al Qaeda ha considerado a Occidente y su forma de vida como el principal enemigo del Islam, y ha llamado a todos los musulmanes a embarcarse en un Jihad, entendido como guerra santa, en especial contra los países líderes de Occidente, principalmente Estados Unidos, Reino Unido e Israel.

De los antecedentes históricos que hemos recopilado, podemos advertir profundas diferencias con respecto a los movimientos Hamas y Hezbolá, ya sea en cuanto al origen de la organización, fundamentos ideológicos, formas de actuar, objetivos e intereses económicos, militares y políticos. En primer lugar, en relación al primer factor señalado en el capítulo V, Al Qaeda es una organización que tienen su origen mediato en los intereses de EEUU, su estructura militar fue precisamente financiada por esta

superpotencia, su razón de ser fue la lucha por la hegemonía de EEUU sobre la URSS y para controlar una zona de grandes proyecciones económicas representadas por el petróleo, por lo tanto no es un grupo político de matriz islámica propiamente tal, pues se aleja de los principios básicos que fundan las concepciones islamistas, principalmente en relación al combate del invasor y de la independencia respecto de éste.

Por su parte, y a partir de la información recogida en medios escritos y *on-line* de investigación periodística, podemos concluir que su principal líder y fundador, Osama Bin Laden, no es ni un teólogo, ni un líder espiritual ni de fe ni político, sino un multimillonario saudí, que formó, a instancias de EEUU, un grupo paramilitar, una especie de grupo mercenario, bajo el manto de un discurso en defensa del Islam. Sin embargo la realidad de su accionar, que ha sido casi exclusivamente militar, dejan entrever una concepción política y religiosa muy manipulada y antojadiza. No representan en absoluto a sectores sociales dominados, sino más bien grupos dominantes en la región, basta recordar el régimen talibán en Afganistán, bajo cuyo amparo Al Qaeda se fortaleció y resguardó.

El hecho de que este grupo atente en la actualidad contra intereses norteamericanos después de haber supuestamente nacido a instancia del gobierno de EEUU, no desmiente ni niega este hecho, sino que demuestra la ambigüedad de sus fundamentos ideológicos y de fe, y además, demuestra el carácter utilitario de la organización y su nula representatividad de pueblo musulmán, como se ha pretendido afirmar por los EEUU.

Ahora, con respecto al accionar militar de Al Qaeda, podemos decir que se ha manifestado en reiteradas ocasiones una violación indiscriminada de derechos en especial de civiles. Para Al Qaeda, o al menos así queda

demostrado de su forma de actuar, los blancos civiles sí son objetivos militares. Basta con recordar los atentados del 11 de septiembre de 2001 en New York, el 11 de marzo de 2004 en Atocha, España, entre otros, todos reivindicados públicamente por los líderes de la organización. Aquí sí podemos apreciar una violación indiscriminada del derecho a la vida, con innumerables matanzas y asesinatos masivos.

En este caso, el límite cuantitativo y cualitativo que establecimos en el capítulo V es absolutamente sobrepasado, por lo que, desde la perspectiva de este trabajo, no podemos dejar de calificar como terrorismo el accionar de Al Qaeda e incluso la organización misma, pues su única finalidad inmediata es y ha sido, el causar temor en la población mundial y el asesinato masivo de civiles, sin importar nacionalidad, raza, clase o religión, en aras de una supuesta defensa del Islam y de un combate al invasor norteamericano, de cuyo vientre nació precisamente Al Qaeda.

III. SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

El tratamiento que se le ha dado a los grupos señalados, sin distinción alguna, es efectivamente el que se ajusta al Derecho Penal del Enemigo.

Debemos recalcar que, en ningún caso aceptamos este tratamiento, aún cuando consideramos que Al Qaeda sea un grupo terrorista. Concluimos que Hamas y Hezbolá no constituyen grupos terroristas, porque según nuestra propuesta no ameritan tal calificativo, sin embargo, a sus integrantes sin distinción alguna se les trata como “enemigos”, esto es, no existe un debido proceso a su respecto, las penas son tremendamente altas, se anticipa la punición a sus actos; en suma, se les persigue por el solo hecho

de pertenecer a alguna de estas agrupaciones: son objeto de un Derecho Penal de autor, del Derecho Penal del Enemigo.

Con respecto a Al Qaeda, esta organización se vale ciertamente de actuaciones de carácter terrorista, a fin de imponer sus objetivos. Pero ello no es excusa para tratar de inocuizarlos. Como sea, el terrorismo es una forma de manifestación de la disidencia, por repugnables que sean sus medios. Y no por ello se les debe considerar enemigos de la humanidad, como para exterminarlos definitivamente, como se ha hecho en la práctica. Menos, debe prestarse el Derecho Penal para el amparo de intereses económicos, ya que lo que se ha buscado siempre, y se logró como producto de una lucha de siglos, fue el establecimiento de un Derecho Penal garante de los derechos individuales, tales como la vida, la propiedad, obtenidos al amparo de un debido proceso.

Todas estas garantías han sido suprimidas respecto de los integrantes de estos grupos, recluyéndoselos en Guantánamo, sin siquiera haber sido formalizados, desconociendo los cargos de los cuales son objeto. No tienen derecho a defensa, ni posibilidad de contradecir la prueba, porque precisamente no hay prueba alguna, ni siquiera hay un juicio: derechamente se trata de un centro de detención de personas que solo son integrantes de grupos considerados como “enemigos”, por Estados Unidos. He ahí el peligro mayor del Derecho Penal del Enemigo: quien detenta el poder, determina quien es el enemigo, al que hay que exterminar. Eso, estimamos, es inaceptable.

Más adelante, llegaremos a la conclusión de que la única forma por la que se debe perseguir la responsabilidad criminal de estos individuos es aquella que los acepte como personas, por lo que deberá reconocer sus

derechos en sede judicial. Es decir, se les deberá llevar a un tribunal establecido con anterioridad a la perpetración de los hechos, el que deberá ser imparcial e independiente, garante del debido proceso respecto del imputado, en cuyo proceso se juzgará la comisión de hechos, y no a las personas en atención a su grupo de pertenencia. Deberá establecerse y llegarse a la sede de un tribunal penal internacional, en la actualidad, la Corte Penal Internacional.

No se trata de justificar su conducta, teniendo en cuenta la magnitud de los resultados producto de los actos de terrorismo, sino que se trata de entender o contextualizar el actuar de los mismos. En efecto, no se trata de detectar la existencia de atentados cometidos, por ejemplo, el 11 de septiembre de 2001, justificándolos, sino que se trata de llevarlos a un tribunal que los juzgue debidamente, escuchando al menos sus descargos, y ejecutándose la pena de conformidad a los principios del Derecho Penitenciario.

Y esta persecución tiene un trasfondo mayor que la sola persecución: como se trata de movimientos libertarios de la opresión externa, se trata de proteger los grandes intereses económicos.

Pero nos tenemos que enfrentar ahora a otra aparente dificultad en relación a la jurisdicción competente para conocer de estos hechos, cual es el factor de territorialidad, el que será objeto de comentario a continuación.

IV. EL PROBLEMA DE LA TERRITORIALIDAD

Cuando a empezamos a trabajar en este estudio, uno de los puntos que nos hacía repensar nuestras hipótesis y objetivos, era el hecho de que

en base a qué normativa haríamos nuestro análisis del terrorismo y de la delincuencia política no terrorista.

Como el objeto de investigación es el terrorismo de matriz islámica, sostuvimos en un comienzo que quizás debiésemos de indagar en la normativa de aquellos países cunas del islamismo. Sin embargo, al estudiar el hecho, comprendimos que tenía una connotación internacional, es decir, que involucraba las jurisdicciones y competencias de un sinnúmero de naciones. En tal sentido, teníamos que tomar en consideración muchas y muy distintas variables, como son entre otros hechos: que las acciones que eran calificadas de terrorismo por EEUU y la comunidad internacional, generalmente eran realizadas en territorio occidental y contra enemigos occidentales; las diferencias enormes existentes entre el concepto de normatividad en occidente, con respecto al mundo musulmán donde existe, tal como afirmamos en un comienzo de este trabajo, una confusión entre el Estado y la religión y, por ende, entre el derecho positivo y las normas religiosas, no es posible comparar derecho en este caso como se acostumbra a hacer, sino que hay atender en gran medida a factores culturales o, mejor dicho, supraestructurales, en general.

Por estas razones concluimos que era prácticamente imposible llevar a cabo un análisis de orden normativo en relación al tema, o que al menos ese método nos alejaría demasiado de nuestro objeto de estudio, y que lo más conveniente era hacer un análisis de orden criminológico, entregando elementos para una nueva comprensión del fenómeno del terrorismo y de la delincuencia política, en especial de matriz islámica, comprendiendo las enormes y reales trabas que impone la carga política del problema, así como su ambigüedad doctrinal.

A esto le sumamos una serie de hechos que hacen aún más complejo el panorama, como por ejemplo: el tratamiento de parte de EEUU a aquellos delincuentes terroristas presos en cárceles de Norteamérica, en especial Guantánamo: ¿en base a qué argumento de territorialidad podemos justificar este tratamiento del terrorismo, si muchos de los prisioneros fueron apresados luego de duras intervenciones militares en Medio Oriente? Al parecer el análisis del terrorismo no pasa por el tema de la territorialidad de la ley penal o qué país es competente para juzgar estos actos, sino por comprender el tema como un fenómeno dentro de un conflicto de carácter cultural, político, militar, social y económico, con ribetes internacionales, sobre el cual debemos aplicar un tratamiento coherente con el resguardo de los derechos fundamentales sin hacer excepción a la hora de sancionar a los grupos y sujetos “terroristas”.

Por su parte, y en relación al tema de este punto, la doctrina no coincide a la hora de calificar al terrorismo como “nacional” o “internacional”; para ello, los tratadistas sólo se basan principalmente en un criterio territorial o espacial, es decir, si la acción fue cometida en tal o cual nación, o si los sujetos delincuentes terroristas son de tal o cual nacionalidad, etc. LAMARCA señala:

“La confusión no es menor si tratamos de averiguar qué se entiende por terrorismo internacional [...] su examen nos muestra una vez más el escaso acuerdo que existe en el uso del término terrorismo y en el de sus adjetivos como internacional, político, etc. Si para SOTTILE el terrorismo es internacional cuando cualquiera de las fases del delito, desde la preparación a la ejecución y sus efectos, tiene lugar en países diferentes. DAVID, por el contrario, estima que la naturaleza del terrorismo como crimen internacional es un corolario del carácter internacional de los valores contra los que atenta”.¹⁸¹

¹⁸¹ LAMARCA *Ob. Cit.*, pág. 45.

La verdad es que, para efectos de este trabajo, esta discusión no es relevante, pues, y para ser coherentes con nuestras propuestas al final de este capítulo, el carácter nacional o supranacional¹⁸² de un eventual grupo “terrorista” radica, a nuestro juicio, en el contenido de los fundamentos ideológicos de la organización, es decir, en las concepciones que fundan el actuar supuestamente terrorista.

Por ejemplo, al señalar las características de los movimientos Hamas y Hezbolá recalcamos el carácter supranacional de sus ideas, la concepción de un “mundo musulmán”, de una cultura y de una fe del Islám, no de un territorio determinado; a su vez, los entes en conflicto que forman este escenario donde aparece el “terrorismo islámico”, lo constituyen diversos Estados, incluso de diversos continentes. Por lo tanto, el carácter nacional o internacional de una organización calificada de terrorista no es relevante si los postulados de dichas organizaciones atienden a un sentido supranacional, ya sea de religión, de raza, de clases, etc.

En resumen, para efectos de este trabajo no es relevante el problema de la territorialidad de la ley penal en relación al terrorismo y también a la delincuencia política no terrorista, pues el carácter del conflicto dentro del cual se desarrolla este tipo de criminalidad de matriz islámica, involucra, prácticamente en todas sus manifestaciones, intereses, bienes jurídicos, fuerzas en combate, territorios, etc., de distintas naciones, es decir, de carácter internacional (además del contenido ideológico o finalidad política supranacional como ya se señaló), por lo que la solución o las propuestas de tratamiento al respecto deben considerar este factor. En tal sentido, nuestra

¹⁸² Ocupamos el concepto “supranacional” como sinónimo de internacional, es decir, que excede en su ámbito no sólo de acción, sino de identidad social e ideológica, las fronteras de un estado o nación determinada.

propuesta, que será desarrollada en el siguiente acápite, se basa precisamente en el Derecho Internacional, tanto Humanitario como Penal.

Mapa que muestra las zonas que han sido objetivos permanentes de ataques realizados por grupos de matriz islámica desde 1993 a la fecha.¹⁸³



V. PROPUESTA DE TRATAMIENTO ALTERNATIVO.

Hemos señalado anteriormente, y en forma enérgica, que rechazamos absolutamente la aplicación de las normas inspiradas en la teoría del Derecho Penal del Enemigo para quienes han sido acusados o condenados

¹⁸³ Mapa elaborado por el periódico virtual "The Sun", publicado en marzo del 2007. <http://www.thesun.co.uk>.

por conductas terroristas. Ello porque, estimamos, atenta gravemente contra los derechos fundamentales, consagrados en los distintos instrumentos tanto a nivel universal como regional.

El abierto desconocimiento del estatus de personas a ciertos individuos por el hecho de no prestar la suficiente seguridad cognitiva de convivencia, es el aspecto básico de la teoría en estudio. Pero esta afirmación es carente, en términos axiológicos, de cualquier fundamento que sirva de fuerza tal, que nos lleve a aceptarla. Todos los individuos son personas, por lo que merecen su reconocimiento, sobretodo a nivel normativo, no sólo en el plano moral.

Por esto, es que los autores de conductas terroristas deben tener un debido proceso de ley cuando tengan que ser juzgados. Y este debido proceso excluye, como afirmamos, el tratamiento conforme a las reglas del Derecho Penal del Enemigo, por lo que nuestra propuesta consiste en otorgar un tratamiento que respete, obviamente, los derechos fundamentales.

Pensamos que la solución al tratamiento jurídico de quienes realizan conductas constitutivas de terrorismo internacional se encuentra en otra sede. En efecto, el tratamiento que otorga el derecho internacional humanitario ofrece reglas y principios que reconocen la existencia de derechos mínimos incluso en el contexto de la catástrofe humanitaria más grave, que es la guerra. Otro escenario que nos puede servir es el de la justicia penal internacional, por lo que merece mención aparte el Estatuto de Roma.

Y ello es plenamente aplicable por cuanto hemos señalado que el contexto en que se desarrollan las denominadas conductas terroristas es el

de una guerra, ya que se trata de una verdadera lucha por la liberación del opresor externo, que constituye un derecho legítimo inherente a todos los pueblos.

En los párrafos siguientes mostraremos las implicancias que traen las diversas alternativas que efectivamente respetan los derechos fundamentales, como afirmamos en nuestro trabajo, previa breve relación de cada una de ellas.

1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.¹⁸⁴

Primeramente, el Derecho Internacional Humanitario se puede considerar como un *derecho de excepción* que se aplica en un caso excepcional, que es la guerra. En tal escenario permanece aplicable el derecho general de los Derechos Humanos. Por tanto, en lo que no se apliquen las reglas especiales del Derecho Internacional Humanitario, rigen las normas generales de los derechos humanos.

Además, el Comité Internacional de la Cruz Roja ocupa un lugar central en el sistema humanitario, que no tiene símil en el sistema de los derechos humanos. Ha sido el órgano clave en el desarrollo mismo del Derecho Internacional Humanitario, la supervisión de su aplicación y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados.

¹⁸⁴ En este apartado, seguiremos muy de cerca los materiales de estudio del Curso de Derecho Internacional de Derechos Humanos dictado por el Profesor José Zalaquett Daher el año 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1.1. Jus ad bellum y jus in bello.

La distinción tradicional entre *jus ad bellum* y *jus in bello* tiene plena vigencia teórica. La primera expresión se refiere al derecho de los Estados a recurrir a la guerra; la segunda, a las normas que rigen la conducta de las partes envueltas en un conflicto armado.

Sobre el *jus ad bellum*, la costumbre internacional asumía hasta la Primera Guerra Mundial que era un privilegio de los poderes soberanos declarar la guerra. Luego, la Carta de las Naciones Unidas y diversas resoluciones de las de Naciones Unidas¹⁸⁵ prohíben todo recurso a la fuerza entre Estados, salvo en legítima defensa y en otros casos excepcionales contemplados en la Carta.

1.2. Criterios normativos y normas que derivan de la lógica de la guerra.

Las guerras son una contienda entre dos o más bandos que buscan la sumisión de su oponente, evidenciando una progresiva radicalización y violencia en su actuar.

De esta lógica se derivan ciertos criterios normativos básicos que dan lugar a las principales normas sustantivas de Derecho Internacional Humanitario sobre el manejo de la guerra y protección de las víctimas, y que llevan a distinguir entre combatientes y civiles; determinar los blancos de los ataques militares; determinar medios y métodos de combate; determinar qué conductas deben ser consideradas crímenes de guerra; y determinar las reglas

¹⁸⁵ En adelante, "ONU".

sobre aplicabilidad de distintas normas de Derecho Internacional Humanitario a distintos tipos de conflicto armado. Estas mismas consecuencias deben observarse en caso de considerarse el enfrentamiento al enemigo como una “guerra”. Veamos una reseña sobre dichos criterios.

1) Los miembros de fuerzas armadas y combatientes son miembros de las FF.AA., las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo mando responsable por la conducta de sus subordinados y sometidas a una disciplina que haga posible cumplir las normas internacionales de los conflictos armados.

Todos los miembros de las fuerzas son combatientes, salvo el personal religioso y sanitario, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

Los combatientes tienen derecho a ser considerados *prisioneros de guerra* si caen en manos del enemigo; así, no pueden ser castigados ni sometidos a proceso por haber tomado las armas o por actos de combate que se ajusten a las reglas de conducción de las hostilidades; tienen derecho a condiciones de privación de libertad y de trato que están muy reglamentadas. El combatiente que no está en posición de combatir, por la razón que sea, goza de inviolabilidad de su vida, integridad física e incluso de ámbitos de privacidad.

La lógica de esta protección es que en tales casos vuelve a aplicarse la regla general de inviolabilidad: el derecho de matar al enemigo, que tiene fundamento en la legítima defensa y la necesidad militar, no rige si el enemigo ya no constituye un peligro. Tampoco se aplica en tales casos la proporcionalidad, ya que matar al combatiente en tales circunstancias va más

allá de la necesidad militar de anular su capacidad combativa cuando está vencido.

El Derecho Internacional Humanitario provee una serie de normas auxiliares para poder aplicar debidamente las que se refieren a los combatientes. Estas buscan distinguir a los combatientes de los civiles, exigiendo que los primeros se organicen bajo mando responsable, lleven sus armas abiertamente y porten distintivos fijos reconocibles a distancia. Así, los blancos legítimos de ataques militares son los combatientes adversarios, mientras tengan la capacidad de combatir. Una regla básica de Derecho Internacional Humanitario es que las partes en conflicto deben hacer en todo momento esa distinción. Además, ni espías ni mercenarios tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra.

Por último, la población civil se define por exclusión. En caso de duda, la persona se estima civil y no combatiente.

2) Respecto de métodos y medios de guerra permisibles, la regla fundamental es que los medios de ataque son limitados. Se prohíbe, asimismo, todo ataque dirigido directamente contra personas o bienes que no pueden ser objeto de ataque.

Se prohíben también los ataques indiscriminados, porque violan la regla básica basada en los principios de necesidad y proporcionalidad de hacer siempre distinciones entre personas objetivos militares y civiles.

Se prohíben también ataques de represalia contra la población civil y los castigos colectivos, hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra o destruir bienes indispensables para su supervivencia, los actos de

terrorismo, la toma de rehenes, el pillaje, declarar que no se dará cuartel, la perfidia.

3) En cuanto a las reglas sobre aplicabilidad de distintos Convenios, Protocolos o de normas específicas de los mismos, a distintos tipos de conflictos armados, las siguientes distinciones son relevantes:

a) Conflictos armados internacionales: El art. 2 común de los cuatro Convenios de Ginebra hace aplicables estos convenios a los conflictos armados de carácter internacional.

b) Guerras de “liberación”. El Protocolo I de 1977 asimila ciertos conflictos internos a los de carácter internacional: aquéllos conflictos en que los pueblos libran luchas de liberación en contra de poderes coloniales, ocupación extranjera o un régimen racista. Los combatientes hechos prisioneros tienen la calidad de prisioneros de guerra.

c) Conflictos internos del tipo Protocolo II. Se aplica a determinados conflictos armados internos. Los combatientes no gozan de la inmunidad penal propia del prisionero de guerra.

d) El artículo 3 común de los Convenios de 1949 se aplica a todo conflicto armado interno. Para estos efectos es necesario definir qué es, en sentido genérico, un conflicto armado. Los elementos generalmente considerados como definitorios son el que las partes que se enfrentan tengan una organización bajo mando responsable y una capacidad de emprender acciones militares sostenidas y concertadas.

Otros definen conflicto armado sobre la base del tipo de alzamiento o enfrentamiento, que debe ser tal, que requiera más que la capacidad normal de una policía para hacerles frente. El artículo 3 común contiene en realidad normas básicas de derechos humanos. Su efecto es que permite intervención del Comité de la Cruz Roja y somete la conducta de las partes no gubernamentales a los principios de humanidad.

e) Tensiones internas y disturbios interiores: están por debajo de las situaciones del art. 3, pues ni siquiera son conflictos armados. Se aplican a tal situación exclusivamente las normas de derecho interno y de derechos humanos, incluyendo entre ellas posibles normas sobre estados de excepción.

4) Las infracciones graves a las normas de Derecho Internacional Humanitario pueden ser caracterizadas como crímenes de guerra, con las consecuencias legales que ello acarrea, como el que no es aplicable a tales crímenes la prescripción ni otras limitaciones para su punición.

Ahora bien, distintos tratados internacionales establecen que los Estados pueden atribuirse jurisdicción penal por distintos conceptos para enjuiciar los crímenes que en esos instrumentos se tipifican. Además del fundamento territorial, se suelen establecer los principios de personalidad pasiva, el de personalidad activa, y el de “juzgar o extraditar”.¹⁸⁶ Bajo este principio, cualquier Estado tiene jurisdicción sobre ofensas a los intereses de la Comunidad Internacional cual sea el lugar donde se haya cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima y de su agresor. Su protagonismo es notorio luego de la Segunda Guerra Mundial y, está basado en la asunción

¹⁸⁶ Según el cual un Estado en cuyo territorio se encuentra una persona acusada de haber cometido el crimen del caso contra el derecho internacional, debe someterla a proceso o bien extraditarla a algún país al que se apliquen los criterios de territorialidad o de personalidad pasiva o activa.

de que algunos crímenes son universalmente condenados, ya que sus perpetradores son enemigos de todos los pueblos.

Estas formas de jurisdicción extraterritorial se han llamado, erróneamente, “jurisdicción universal”. En sentido estricto, esta sólo se haya en las normas de Derecho Internacional Humanitario que establecen la obligación de las partes contratantes de perseguir y enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra, sin otra consideración que la de ser partes de los instrumentos respectivos de Derecho Internacional Humanitario.

Las normas de *ius in bello*, como podemos ver de esta brevísima reseña, son en forma predominante de derecho sustancial. Para el juzgamiento de las violaciones estas normas no existía una institucionalidad permanente que ejerciera jurisdicción sobre esos hechos. Por ello, ex-post, se crearon especialmente tribunales denominados *ad-hoc* para conocer, juzgar respecto de los hechos constitutivos de violaciones a las normas que rigen la guerra.

Con la creación de la Corte Penal Internacional,¹⁸⁷ este vacío se llena, ya que precisamente este tribunal, como explicaremos a continuación, reviste los caracteres de ser un órgano permanente para juzgar, entre otras materias, crímenes de guerra.

2. ESTATUTO DE ROMA. ¹⁸⁸

¹⁸⁷ En adelante, la “Corte”.

¹⁸⁸ Para este apartado, COLLANTES, José Luis. “La Corte Penal Internacional”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 4, 2002, [<http://criminet.ugr.es/recpc>].

2.1. Preliminares.

Como es bien sabido, en el plano internacional no existe una soberanía popular universal que delegue el monopolio de la fuerza legítima en un organismo supranacional cuya función sea hacer cumplir la ley internacional. Si bien hay órganos como la ONU que pueden disponer de medidas de fuerza internacionales, la aplicación de las mismas estará siempre supeditada a la prestación de los necesarios recursos por parte de Estados determinados. En todo caso, tales medidas se restringen a casos graves de alteración de la paz internacional.

Ello no es óbice a que existan en el plano internacional órganos cuya función sea la solución de controversias o la adjudicación de responsabilidades de Estados por incumplimiento de sus obligaciones ante el Derecho Internacional o la determinación de la responsabilidad criminal de personas por su participación en ilícitos penales de carácter internacional.

El cumplimiento efectivo de las decisiones queda entregado, en estricto rigor, al honor de los Estados mismos, si se ha establecido su responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado o por actos u omisiones contrarias al Derecho Internacional. Sin perjuicio de ello, tal incumplimiento puede generar otras acciones de Estados determinados o por parte de órganos de la ONU encaminadas a hacer cumplir efectivamente las decisiones internacionales o a imponer sanciones a los Estados por su incumplimiento.

Por su parte, el ejercicio efectivo de la jurisdicción penal internacional supone que el acusado se encuentre en poder del tribunal internacional respectivo o, en subsidio, que éste tenga los medios para hacerlo

comparecer ante él, lo cual requiere, por lo general, de la cooperación del Estado donde la persona se halla. Dicha cooperación puede ser voluntaria o adoptada bajo presiones diplomáticas, económicas o de otro tipo; de lo contrario, tal comparecencia sólo sería posible mediante el uso de la fuerza internacional para capturar a la persona o personas en cuestión.

Ahora bien, en el plano internacional operan dos factores que permiten que las resoluciones judiciales internacionales se cumplan en mayor medida.

El primero se deriva de las múltiples relaciones que vinculan a los Estados entre sí en el contexto de la globalización. En tal sede, las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones internacionales repercuten en el estatus internacional del respectivo país, generando efectos diplomáticos, políticos y económicos.

El segundo factor se relaciona a la emergencia, en las últimas décadas, de una ética política internacional, impulsada principalmente por una ascendente opinión pública internacional; el peso de este factor se explica por la influencia que puede llegar a tener en las decisiones de política internacional de países que son importantes actores internacionales.

2.2. Justicia Penal Internacional.

En la actualidad, de acuerdo con sus Estatutos, los Tribunales Internacionales para Ruanda y para la Ex-Yugoslavia ejercen jurisdicción simultáneamente a los tribunales nacionales sobre crímenes perpetrados en el territorio de ambos países. Se trata de tribunales *ad-hoc*, como explicamos precedentemente.

En 1998 se celebró en Roma la Conferencia Diplomática para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Su creación es el corolario de muchos esfuerzos para dejar atrás la cultura de la impunidad por una de responsabilidad y supone un avance en la represión de los crímenes internacionales.

Veremos a continuación, qué implicancias nos trae el Estatuto de Roma,¹⁸⁹ siguiendo la distinción tradicional entre Derecho Penal sustantivo y procesal.

1) *Derecho Penal Internacional Sustantivo*. El Estatuto contiene los principios generalmente aceptados de Derecho Penal, como el de legalidad de los delitos y de las penas, irretroactividad, responsabilidad penal individual, la intencionalidad, circunstancias eximentes de responsabilidad penal y reglas específicas sobre el error de hecho y de derecho.

Conforme a ello, debemos tener presente las exigencias que en general han formulado los penalistas, en el sentido de que las señaladas garantías deben ser respetadas en cualquier sede. Así, en un hecho determinado, tenemos que conforme al principio de tipicidad de delitos y penas, sólo se puede imputar a una persona por los delitos contenidos expresamente en el Estatuto.¹⁹⁰

Aquí debemos hacer presente que el terrorismo no se encuentra consagrado especialmente como tipo materia de competencia de la Corte.

¹⁸⁹ En adelante, el "Estatuto".

¹⁹⁰ Según el artículo 5.1 del Estatuto, la Corte tendrá jurisdicción sobre *genocidio*, *crímenes de lesa humanidad*, *crímenes de guerra* y *agresión*, de acuerdo con la definición que este les hace. Su jurisdicción es taxativa, lo que significa que otros crímenes que podrían atacar la paz y seguridad de la humanidad estarán fuera de su jurisdicción, como el terrorismo o los daños graves e intencionales al medio ambiente.

De ello, tenemos noticias de que no lo fue por razones netamente políticas, además de prácticas, ya que no hay un consenso en torno a su definición, técnica que es utilizada en el Estatuto. Sobre ello concluiremos más adelante en este acápite.

Importa enfatizar aquí por cuanto, si bien el Estatuto puede ser entendido como una codificación de Derecho Penal Internacional, ello no implicaría un corpus cerrado ya que, aunque puede decirse que la tipicidad de los crímenes del Estatuto tiene una base consuetudinaria; este no sólo ha cristalizado la costumbre internacional, sino que también podría generar otras normas nuevas.¹⁹¹

Por otro lado, el Derecho Internacional reconoce que la responsabilidad internacional del individuo puede fundarse no sólo en normas convencionales sino también sobre la base de la costumbre internacional y en los Principios Generales del Derecho.

2) *Derecho Penal Procesal Internacional*. Sobre el particular, conviene precisar que, en materia orgánica, el Estatuto parte instituyendo, en su artículo 1, un *tribunal de carácter permanente que conocerá de las materias que expresamente señala el presente Estatuto*.

El Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto prevén una jurisdicción con carácter complementario a la justicia penal de los Estados. Esto implica una relación de subsidiariedad entre la justicia estatal y la Corte, la que reviste

¹⁹¹ El artículo 127 permite la aplicación también de principios. Esta previsión no significa que la Corte pueda ejercer jurisdicción sobre algún crimen no contemplado en su Estatuto argumentando como base la costumbre o los PDG; sino que las normas extraestatutarias a las que se refiere este precepto servirían para completar normas procesales, pero no para definir crímenes.

una sugerencia a los jueces nacionales a ejercer jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, ya que de no hacerlo, o de hacerlo sin observar la supremacía del Derecho internacional sustrayendo a un individuo de su responsabilidad, se estaría activando la jurisdicción de la Corte.

Concretamente, el principio de complementariedad significa que corresponde a la Corte ejercer jurisdicción cuando las jurisdicciones nacionales no han actuado o lo han hecho de modo meramente formal o bien se ha producido una demora injustificable en administrar justicia a nivel nacional.

En cuanto a la competencia temporal, el Estatuto dispone que la Corte será, por regla general, competente sólo respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor de su Estatuto, estableciéndose así un sistema de jurisdicción irretroactiva.

Si un Estado se constituye Parte del Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer jurisdicción sobre sus nacionales y territorio por crímenes cometidos únicamente desde la entrada en vigor para tal Estado, a menos que consienta que la Corte pueda ejercer jurisdicción sobre un crimen determinado, por lo que, excepcionalmente, cabe un ejercicio retroactivo de jurisdicción, de manera *ad-hoc*. Dicha retroactividad no podría ir más allá de la misma fecha de entrada en vigor del Estatuto.

Por otro lado, el Estatuto permite un “recorte” de jurisdicción *ratione temporis* sobre crímenes de guerra. Así, cuando un Estado se constituya Parte del Estatuto podrá declarar que durante un período de siete años

desde que al Estatuto le vincule, la jurisdicción de la Corte no le es oponible sobre estos.

Además, el Estatuto reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Ahora bien, en materia de procedimiento, la jurisdicción de la Corte aparece condicionada a cómo éste se inicie. En efecto, el Estatuto indica que un procedimiento se puede iniciar de tres maneras: primero, cuando un Estado Parte remita a la Fiscalía una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes. En segundo lugar, cuando el Consejo de Seguridad de la ONU, actuando conforme a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes. Y, por último, cuando el Fiscal haya iniciado una investigación de oficio. Como se desprende, la figura del Fiscal monopoliza la acción penal y no cabe la constitución de una acusación particular.

Si un procedimiento se inicia a instancia de un Estado Parte o del Fiscal, la Corte ejercerá jurisdicción con el consentimiento del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos y/o del que el presunto responsable es nacional; pero si un procedimiento es iniciado a instancia del Consejo de Seguridad, la Corte puede ejercer jurisdicción prescindiendo del consentimiento de los Estados.

Por último, el Estatuto reconoce la prohibición de doble juzgamiento (*ne bis in idem*). En efecto, en sintonía con la complementariedad, el Estatuto dispone que la Corte no ejercerá jurisdicción, declarando inadmisibile un asunto, cuando se esté investigando o el proceso se esté celebrando en el

Estado que sea competente sobre él, a menos que tal ese Estado no esté dispuesto a investigar o procesar o si realmente no pudiera hacerlo; cuando el asunto haya sido investigado por el Estado que sea competente sobre él y haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que este no esté dispuesto a procesar o no pueda realmente hacerlo; cuando la persona de que se trate ya haya sido juzgada por la conducta a que se refiere la denuncia y la Corte no pueda procesarle por tratarse de cosa juzgada; o cuando el asunto no sea grave.

En conexión con esto, el Estatuto señala que no se procesará a nadie que lo haya sido por otro tribunal en razón de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad salvo que el juicio en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al imputado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o no hubiere sido llevado en forma independiente o imparcial conforme con las reglas del debido proceso reconocidas por el Derecho Internacional, o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

2.3. Propositiones.

La jurisdicción taxativa sobre los cuatro crímenes previstos trae consigo el problema de que otros graves crímenes queden fuera de su jurisdicción, como el *terrorismo*. Al quedar al arbitrio de los Estados, estos crímenes exigen que tanto legisladores como jueces nacionales sintonicen la supremacía del Derecho Internacional en sus actuaciones.

Por ende podríamos considerar que existe un vacío en torno a la materia que nos convoca, por lo recién señalado. Empero, pensamos que,

dentro de la minuciosa regulación que se hace respecto de los otros delitos que son de competencia de la Corte, puede encuadrarse en uno de ellos el terrorismo, a saber, en el crimen contra la humanidad. En específico, en la categoría de “otros crímenes de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” y, consecuentemente, ser jurisdicción de la Corte. Ello, conforme a los elementos necesarios que deben concurrir para la calificación de un hecho como terrorista que hemos descrito precedentemente en esta investigación.

Por otro lado, el Estatuto reafirma la jurisdicción de los Estados, que pueden activar cualquiera de los principios referidos a la jurisdicción penal. Esto cobra más importancia en la medida en que la Corte carezca de jurisdicción sobre todos los crímenes internacionales.

En la especie, hemos visto que a los sujetos calificados por una autoridad *ad-hoc* se les ha perseguido en forma voraz por el apetito político de Estados Unidos de eliminar al enemigo, como ha sido tradicional en su breve y sangrienta historia.

Con la aplicación del Estatuto respecto de estos actos, tendríamos que los detenidos en Guantánamo no podrían seguir en dicha situación, ya que ni siquiera se les ha formulado una acusación en su contra, ni se les reconoce garantía alguna por el hecho de que la cárcel se encuentra fuera del territorio jurisdiccional del gigante de Norteamérica. En el fondo, este débil argumento es una excusa para aplicar encubierta y derechamente el Derecho Penal del Enemigo. Es más, se les ha y torturado, hecho que es repudiable por todas las legislaciones occidentales.

Con la aplicación del Estatuto, decíamos, se evitarían todas estas vejaciones que ya son de público conocimiento. En suma, es un acierto del Estatuto tener previsto que la Corte pueda atraer para sí un asunto de la jurisdicción de un Estado en determinados casos. En virtud de ello, los acusados ante tribunales donde no existan las garantías para un debido proceso podrán disfrutar de estas garantías en un proceso ante la Corte.

CONCLUSIONES.

Primero: Más allá de las categorías criminológicas o doctrinales que se utilicen al hacer un análisis de un determinado fenómeno, en la especie, la delincuencia política y terrorista de matriz islámica, debemos necesariamente, si no queremos caer en un dogmatismo, considerar fuertemente las circunstancias históricas, políticas, sociales, culturales y económicas que rodean el hecho, entendiendo que el fenómeno de la criminalidad política y terrorista es consecuencia de un sistema social y económico donde prima un desequilibrio permanente que produce precisamente los conflictos que dan origen a estos tipo de delitos, tan severamente sancionados por los Estados a través de la persecución penal.

Segundo: Al hacer este ejercicio, forzosamente nos damos cuenta de la relatividad de las categorías en razón del tiempo, el espacio y las circunstancias en general que las rodean. Debemos entender la dinámica de los conceptos y los fenómenos, sus transformaciones.

Tercero: Por lo mismo, el fenómeno de la delincuencia política terrorista y no terrorista de matriz islámica (y esto es aplicable a todo fenómeno criminal), surge y se desarrolla en medio de un conflicto estructural y supraestructural, en que una serie de contradicciones propias de la situación se han agudizado a tal punto que la violencia política (y no sólo la estructural) se ha desatado y se ha convertido en la lógica permanente en la región.

Cuarto: Por lo tanto, al juzgar las categorías que la criminología ha entregado para calificar al terrorismo islámico, debemos ser consecuentes con esta ponderación de las condiciones materiales en que se desenvuelve

el hecho, y no simplemente reprochar la violencia ejercida por uno sólo de los bandos enfrentados, sino que entendiendo también la postura ideológica y política del bando que aparece casi a priori catalogado de terrorista. Por eso hemos querido comprender aunque sea en parte, los postulados ideológicos de estos grupos de matriz islámica, entendiendo el sentido de sus motivaciones para el accionar político y militar. En el fondo, hemos enfatizado y basado nuestro análisis, en el aspecto estructural, es decir, las condiciones materiales del “terrorismo islámico”, y en el aspecto supraestructural, es decir, en las concepciones ideológicas y culturales en general. Así, es perfectamente posible llegar a conclusiones distintas a las de la criminología tradicional, así como también a las planteadas por la comunidad política internacional.

Quinto: En resumen, no es tachar simplemente de “terrorista” un accionar que se valga de la violencia como forma de lucha y del islamismo como sostén ideológico, sino que debemos ser más cautelosos a la hora de calificar y encasillar en una categoría denostadora, como lo es el terrorismo. Para ello debemos considerar una multiplicidad de factores, más allá incluso de los que consensúa la generalidad de los autores¹⁹². Nuestro análisis no debe ser unilateral, sino dialéctico. Ese es el desafío.

Sexto: Creemos que sí es posible entregar parámetros de delimitación de la categoría de terrorismo más objetivos, que complementen los que utiliza tradicionalmente la criminología, principalmente en relación al terror como finalidad del accionar terrorista. Los factores señalados en el capítulo III contribuyen a despolitizar un tanto el concepto de terrorismo, como también para precisar su uso a la hora de hablar de los grupos de matriz islámica.

¹⁹² Nos referimos a la violencia como método y a terror como resultado.

Séptimo: En consecuencia, el sujeto terrorista constituye una categoría criminológica distinta de la categoría delincuente político propiamente tal

Octavo: En la actualidad, el delincuente político en general recibe el tratamiento jurídico de acuerdo a las reglas del Derecho Penal del Enemigo, el que es utilizado por las naciones poderosas como instrumento para silenciar la disidencia.

Noveno: Hoy en día, Hezbolá, Hamas y Al Qaeda son considerados como terroristas, indistintamente, sin hacer debidamente una distinción entre sus objetivos. Empero, y de acuerdo a lo estudiado, sólo Al Qaeda reviste ese carácter, ya que los primeros realizan una lucha de liberación política, en ejercicio del derecho inherente a todos los pueblos de resistencia a la opresión extranjera, entrando en la calificación de delincuentes políticos no terroristas o propiamente tal.

Décimo. Del análisis práctico, hemos concluido que no podemos prescindir absolutamente del factor teleológico para determinar si un determinado hecho constituye o no delincuencia terrorista. No obstante, esta consideración debe ser hecha en conjunto con los otros factores que hemos entregado y en relación a una finalidad política y militar del grupo que desarrolla la acción y no sólo en base a la intencionalidad del sujeto.

Undécimo: Por su parte, tampoco creemos que el hecho de haber incurrido en alguna oportunidad en una conducta terrorista, pueda permitir para calificar *per sé* cualquier actividad de esa agrupación como terrorista; para ello debemos atender a un contexto objetivo y general que dé luces sobre la

finalidad política y militar de la acción en particular, y de la organización en general. Así, evitamos y rechazamos la categoría de Derecho Penal de autor.

Duodécimo: No se puede definir en la totalidad de los casos la calificación absoluta de terrorista a grupos islamistas, cuando estos actúan política e ideológicamente, desarrollando lucha armada de resistencia, a pesar de haber realizado acciones con graves costos civiles. Creemos que aquí el elemento teleológico de la acción y del grupo, recupera importancia a la hora de hacer esta afirmación, puesto que en virtud de manifestaciones políticas e ideológicas de algunos movimientos de matriz islámica no se puede afirmar que es una finalidad política o militar la muerte masiva de civiles. No creemos que una acción o acciones aisladas de determinados grupos donde haya bajas civiles de pié para calificarlos de terroristas. Para esto es necesario, calificar la acción o el grupo en base a los demás factores que hemos señalado en el capítulo III, es decir, que la acción o la entidad política y militar tengan o no identidad con sectores dominados; que el accionar se cometa bajo un régimen de democracia formal o material o autoritario; si existe o no una estructura orgánica y política que sustente el eventual delinquir político; y por último, la gravedad de la vulneración de derechos fundamentales que conlleva el accionar delictual, ya sea en su aspecto cualitativo y cuantitativo.

Décimo Tercero: Asimismo, también con respecto al elemento teleológico en el análisis de estos grupos, creemos que puede ser ponderado de manera más objetiva. Esto lo permite la consideración de las condiciones materiales en que se realiza la acción, partiendo incluso por las condiciones más inmediatas que rodean el hecho. Por ejemplo, la colocación de un artefacto explosivo en un colegio en hora de clases no permite excusas, en virtud de una supuesta finalidad política con respecto a la acción, el hecho es terrorista

sin lugar a dudas. Mientras que el mismo artefacto puesto en un automóvil, y que se procura activar en un momento en que no transite gente y en un lugar aislado, obteniendo sólo el objetivo militar preciso. En este caso sí puede haber un argumento teleológico para no considerar como terrorista la acción.

Décimo Cuarto: Los derechos humanos, cuyo reconocimiento llena de orgullo a la civilización occidental, son hoy conculcados por quienes se autodenominan como “defensores de la libertad”, como los Estados Unidos, lo que implica una abierta inconsecuencia y sólo sirve para ocultar intereses económicos y de perpetuación en el poder.

Décimo Quinto: El Derecho Penal Internacional constituye la instancia idónea para el juzgamiento de los delincuentes por convicción política, dado que entre sus principios rectores se encuentra la debida protección de los derechos fundamentales, incluso de quienes incurrir en conductas delictivas. En este sentido, las normas del Derecho Internacional Humanitario y las contenidas en el Estatuto de Roma, pensamos, son las normas a que deben adecuar su conducta quienes se encuentran enfrentados en verdaderas guerras de liberación respecto de la opresión foránea, y en ningún caso, aquellas inspiradas en el Derecho Penal del Enemigo.

Décimo Sexto: Nuestra propuesta de tratamiento alternativo se basa en el Derecho Internacional, en especial en el Derecho Internacional Humanitario y en el Estatuto de Roma. En términos generales esta propuesta pretende incluir a la totalidad de la comunidad internacional, en el marco del respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales, sin embargo, la realidad nos presenta un panorama no ideal, lleno de situaciones de excepción que en virtud de su número se han convertido en la generalidad. Nos referimos principalmente a la situación que nos presenta Estados Unidos e Israel,

ambos países líderes en el combate a los grupos de matriz islámica, ya sea a través del ejercicio militar, con las conocidas invasiones de Iraq, Afganistán y la intervención de numerosas zonas de conflicto como Cisjordania y Gaza, como en el teórico jurídico, con la aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

El problema es que tanto Estados Unidos como Israel se han negado a ratificar el Estatuto de Roma, lo que nos enfrenta al problema de que precisamente las dos naciones más poderosas e incitadoras de la persecución indiscriminada del fenómeno del “terrorismo islámico” se mantienen en una situación de excepción con respecto al resto de la comunidad internacional, no respetando nada más que sus intereses políticos, económicos y militares, atribuyéndose además la facultad de ir fuera de sus fronteras, tomar como prisioneros a quienes juzguen como “terroristas”, llevarlos a sus territorios, mantenerlos en sus cárceles, aplicarles su legislación y sin permitir que la comunidad internacional pueda cuestionar sus procedimientos.

Ante esta situación tan irregular cualquier propuesta que venga del ámbito jurídico o intelectual es inocua, éstas sólo puede tener repercusión práctica cuando se dan una serie de presupuestos de índole formal y legal, que en la actualidad no existen.

Esta situación es quizás el gran límite que tienen nuestras propuestas de tratamiento alternativo al Derecho Penal del Enemigo, en pos de un resguardo mayor de los derechos fundamentales, así como también de una democracia mayor en el ejercicio de la justicia. Es también la razón por la cual creemos es necesario entender en su real dimensión el conflicto entre “occidente” y el mundo islámico, entre las naciones poderosas del mundo y las naciones oprimidas, y comprender que este sólo hecho o relación de

dominación y desigualdad, genera tarde o temprano conflictos sociales que conllevan un alto grado de violencia estructural que desemboca generalmente en hechos de violencia política armada, en guerras civiles, de resistencia o liberación, entre naciones poderosas por el reparto del mundo, etc. Creemos asimismo que es fundamental aceptar la existencia de una guerra de resistencia o liberación en algunas naciones del medio oriente, ante la vulneración grosera del Derecho a la Autodeterminación de los Pueblos, de la misma forma es necesario reconocer el carácter de beligerante a ciertas agrupaciones político-militares en la región que en la actualidad se presentan como verdaderos ejércitos de liberación.

Todo esto contribuiría a normalizar un tanto el conflicto armado y a regular de igual manera tanto el accionar militar de los grupos de matriz islámica como el de las tropas de invasión norteamericanas e israelíes. La aplicación de los convenios que constituyen el Derecho Internacional Humanitario, permitiría controlar un tanto a las partes en conflicto, en especial a aquellas naciones de las que hablamos y que prácticamente el respecto del Derecho Penal Internacional ni siquiera preocupa.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARAYA COROMINA, Arturo; *El terrorismo*, Santiago, 1980.
- AVAKIAN, Bob; *Comunismo y Religión, Parte III*, 1997. [<http://www.rwor.org>].
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio; “Derecho Penal y Derechos Fundamentales”. [<http://islandia.law.yale.edu/sela>]
- BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; *La Delincuencia por convicción*, Ed Tirant Monografías. Barcelona, España. 2001.
- BARATTA, Alessandro; “Criminología Crítica y Política Penal Alternativa”, en *Revue Internationale du Droit Pénal*, N° 1, 1978, pp.43 y ss.
- -----; “Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la ley penal”, en: *Nuevo Foro Penal* N° 34, 1986, Bogotá, Colombia, pp. 421-435.
- -----; “El Modelo Sociológico del conflicto y las teorías acerca de la criminalidad”, en *Derecho Penal Año II*, 1979.
- -----; “*La Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*”, traducción de Álvaro Bunster, 6° edición, Ed.Siglo XXI, México, 2000
- BECCARIA, Cesare; *De los delitos y las penas*, Argentina, Editorial Orbis, 1984.
- BULLEMORE GALLARDO, Vivian - MAC KINNON, John; *Curso de Derecho Penal*, Parte General y Parte Especial, Materiales difundidos en formato electrónico para uso exclusivo de los alumnos del Curso de Derecho Penal I, II y III del profesor Bullemore, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; años 2003 y 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II. Ed Trotta, S.A., Madrid, España.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal, tomo III*, Editorial Ediar- Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1989.

- CANCIO MELIÁ, Manuel; “¿‘Derecho Penal’ del Enemigo?”, en: JAKOBS / CANCIO MELIÁ. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, España; Civitas, 1º edición; 2003; pp. 57-102. [<http://www.pucp.edu.pe/>].
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl; “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho Penal moderno”, en: *Política Criminal* N° 3; Facultad de Derecho, Universidad de Talca, 2007. [<http://www.politicacriminal.cl>].
- CARO, Isaac; *Fundamentalismos islámicos: guerra contra occidente y América Latina*, Ed. Sudamericana, 2002, 1º edición.
- COLLANTES, José Luis. “La Corte Penal Internacional”; en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 4, 2002, [<http://criminet.ugr.es/recpc>].
- COUSIÑO MAC IVER, Luis; *Derecho Penal Chileno, Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CURY URZÚA, Enrique; *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7º edición, 2005.
- DE SOLÁS DUEÑAS, Ángel; *Socialismo y delincuencia*, Editorial Fontamara, Barcelona, España, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- -----. “El Derecho Penal Mínimo”, en: AA VV. *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica LexisNexis, 1995, pp. 25-48.
- -----. *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid, España, Editorial Trotta, 2004.
- FERRI, citado por Colectivo de abogados José Alvear Restrepo en “¿Terrorismo o rebelión? Propuestas de regulación del conflicto armado”, 12/02/2002 en [<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros>]

- FOUCAULT, Michel; *Vigilar y Castigar*; Madrid, España, Editorial Siglo XXI, 25ª versión en castellano, 1996.
- GARAUDY, Roger; *Los Integristas: Ensayo sobre los fundamentalismos en el mundo*, Gedisa Editorial, 2001, 4ª edición.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*, Ed. Espasa Calpe, España, 1988.
- GARCÍA SAN PEDRO, José; *Terrorismo: Aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993.
- GARRIDO MONTT, Mario; *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2005.
- GODOY ARCAÑA, Oscar; "Terrorismo e Historia", En *Estudios Públicos* N° 84, Santiago de Chile, 2001.
- -----; "Selección de Escritos Políticos de Thomas Hobbes", en: *Estudios Públicos* N° 23, Santiago de Chile, 1986.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel; "Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia", en: *Estudios Penales*, Ed. Colex.
- GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco; *Elementos de Criminología*; Santiago de Chile, Imprenta de Carabineros, 1998.
- GRACIA MARTÍN, Luis; "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del enemigo'", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005. [<http://criminet.ugr.es/recpc>].
- HOBBS, Thomas; *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la 2ª edición en español, 1940.
- HULSMAN, Louk; "La Criminología Crítica y el concepto de delito", en: AA VV. *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica LexisNexis, 1995, pp. 119-135.

- JAKOBS, Günther; *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; traducción de Manuel Cancio Meliá; 1998.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis; *Tratado de Derecho Penal, tomo III, 4ª ed.*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1963.
- -----; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, España, Civitas, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1996.
- ----- - CANCIO MELIA, Manuel; *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, España, Civitas, 2003.
- KÜNSEMÜLLER LOËBENFELDER, Carlos; *Culpabilidad y Pena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- LAMA MALOFF, Carlos; *Esquema histórico jurídico del islamismo*, Memoria de Grado para optar al Grado Académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1943.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, Colección Temas Penales, Serie A N° 3, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985.
- LARRAURI, Elena; *La Herencia de la Criminología Crítica*, Editorial Siglo XXI, Madrid, España, 1991.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo; “Pena y Ciudadanía”, en: *Revista del Centro de Estudios de la Justicia* N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre - POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - RAMÍREZ GONZÁLEZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2005.
- MELENDEZ, Tlemo; *La Historia del Islam*, Ed. Ercilla, Santiago, 2001.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en Cuadernos de Política

Criminal Nº 39, 1989, pp.723-748.

- -----; *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.
- -----; “La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”. [<http://www.iujaen.org/>]
- MIRES, Fernando, *El Islamismo: La última guerra mundial*, LOM ediciones, 2005, 1º edición.
- RADBRUCH, Gustav; “El delincuente por convicción”, traducción y notas José Luis Guzmán Dalbora, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Nº 7, 2005. [<http://criminet.ugr.es/recpc>].
- RAPORT, David (compilador); *La Moral del Terrorismo*, Ed. Ariel, Barcelona. 1985.
- RIQUERT, Fabián - PALACIOS, Leonardo; “El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes”, en: *La Ley*, Revista Universitaria, Nº 3, año V, junio de 2003. [<http://www.unifr.ch/>].
- TAMARIT SUMALLA, Josep; *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Madrid, España; Civitas, 1999.
- -----; “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Nº 9; 2007. [<http://criminet.ugr.es/recpc>].
- ROXIN, Claus; *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos, La Estructura del Delito*, Civitas, Madrid, 1997.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento jurídico de la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Público, Área Penal, Universidad de Salamanca, 2001.

- -----; “Convención Interamericana contra el Terrorismo: Entre la involución de las Garantías y la Desprotección de los derechos humanos”, en: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 9, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002-2003.
- ----- – LAVÍN ESPNOZA, Michel. *Terrorismo e Intervención Penal en la red internet. Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la represión penal del Terrorismo*; Departamento de Investigaron, Universidad Arcis, versión electrónica, 2005. [<http://www.uarcis.cl>]
- VÍQUEZ, Carolina; “Derecho Penal del Enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”; en: *Política Criminal* N° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Chile, 2007. [<http://www.politicacriminal.cl>].
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”. Apuntes de cátedra. Universidad de Salamanca.
- ZOLO, Danilo; “Marxismo y cuestión criminal”, en *Democracia y Capitalismo Maduro*, Col. El Viejo Topo, 1983.

Fuentes Legales.

- Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Disponible en <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>. Última visita: 28 de enero de 2008.

Fuentes Electrónicas.

- <http://www.islamchile.com>. Última visita: 7 de diciembre de 2007.
- <http://www.webislam.com>. (biblioteca virtual). Última visita: 7 de diciembre de 2007.
- <http://www.thesun.co.uk>. Última visita: 10 diciembre de 2007.
- <http://www.bbc.co.uk/>. Última visita: 24 de enero de 2008.

- <http://www.amnesty.org/es>. Última visita: 24 de enero de 2008.

