

Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal

Myrna Villegas Díaz.
Doctora en Derecho Penal
myrnavigasdiaz@yahoo.es

Resumen

El Anteproyecto de Código Penal (APCP) reproduce en su articulado la actual ley 18.314 (LCT), sobre conductas terroristas, sin considerar las falencias que ella presenta: no sólo se mantienen el agravado régimen punitivo y procesal, sino también un concepto de terrorismo difuso y ambiguo que conduce a la creación de tipos penales abiertos, que al no considerar la finalidad política, como elemento subjetivo en el tipo, lo convierte en el cajón de sastre de otras conductas delictivas que poco o nada tienen que ver con el terrorismo; por otra parte, se encuentra ausente la exigencia del elemento estructural (organización terrorista) como elemento integrante del tipo objetivo, lo que conduce a la punición de conductas que más bien pertenecen al plano de la violencia social o espontánea. De este modo, se transforma una legislación en principio excepcional en parte del ordenamiento común, lo que resulta altamente discutible.

Palabras clave

Terrorismo- Derecho Penal del Enemigo- Concepto de terrorismo- Elementos de los delitos de terrorismo- Actos de Colaboración- Atenuación Punitiva por Colaboración con la Justicia.

Abstract

The APCP reproduce the actual law 18.314 about terrorism behaviour without considering its errors. Therefore, its incorporation in the Chilean Criminal code perpetuates and justifies an exceptional law. It has a diffuse and ambiguous concept of terrorism, which leads to different interpretations within the same precept of the law. The risk the law presents is that the judge could considerate and submit other crimes or conducts in the same precept. Even conducts which have nothing to do with terrorism could be punished under this law. A terrorist act does not require the proof of the existence of a terrorist organisation. The judge could apply the "new law" (APCP) for punishing social violent acts.

Key words

Terrorism -The criminal law of the enemy-concept of terrorism- elements of the terrorism crime -Terrorism conducts cooperation- Decrease punishment for helping the justice.

Introducción

Las profundas marcas que el terrorismo ha dejado en las sociedades modernas inevitablemente nos conduce a preguntarnos el por qué, a pesar de la severidad en las legislaciones, el terrorismo no se detiene. Tal vez porque durante siglos nos hemos dedicado a atacar sus consecuencias y no sus causas. Y en nuestro país, por no haber sabido comprender que el terrorismo es ante todo problema político y social, cuya comprensión no se agota en el estudio jurídico. De ahí que sea imposible examinarlo excluyéndolo de un análisis que haga referencia a la estructura general de la sociedad.

Desde los atentados de 11 de Septiembre de 2001, pasando por los de Atocha (11 Marzo 2002) y los de Londres (julio de 2005), la preocupación por la actividad terrorista se ha incrementado, lo que ha significado un reforzamiento alarmante de la cooperación judicial y policial entre los Estados, principalmente en la Comunidad Económica Europea, Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos, sin dejar de contar la legislación norteamericana. Las medidas adoptadas son el contenido de una nueva normativa internacional que, indudablemente, ha repercutido en las legislaciones nacionales transformándolas. Y nuestro país no ha sido ajeno a esta transformación, promulgando diversos tratados internacionales nacidos con posterioridad al 11 S¹.

Cuando el jurista debe abordar el problema de su tratamiento jurídico, se encuentra con una suerte de anatematización del mismo que sólo lleva a confusiones que lamentablemente se traducen en el plano dogmático. Pareciera ser necesario aclarar que el terrorismo se caracteriza por el accionar violento, alejado de los canales democráticos de participación, y atacando derechos humanos fundamentales. Ahora, ¿cabe alguna función al Derecho penal en la búsqueda de una solución a la criminalidad terrorista? Entiendo que el derecho penal no puede solucionar un problema que reside en la estructura misma de la sociedad, no obstante, ha de dar respuesta, y en esa respuesta ha de considerar que si el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos, la legitimación de la reacción penal frente al mismo exige el respeto a estos mismos derechos. El Estado debe adecuar su legislación a los principios del derecho penal de garantías, y en especial a los que se consideran su punto de partida: carácter de última ratio, principio de legalidad, principio de proporcionalidad en las penas, principio de la dignidad de la persona humana, entre otros.

¹ Es así como el Decreto N° 488 del Ministerio de Relaciones Exteriores (13 Nov. 2001), dispuso el dar cumplimiento a la Resolución n° 1.373 de 28 septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En ella se insta a los Estados a adoptar medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de actos de terrorismo. Del mismo modo, y mediante Decreto N° 519 (6 de feb.2002), se ha promulgado el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997. Haciendo eco de la resolución dictada por Naciones Unidas y mediante la ley 19.906 de 13 de Nov. de 2003 ha modificado la ley 18.314, sobre conductas terroristas, incorporando un nuevo tipo penal, autónomo, que reprime, la financiación de los actos de terrorismo, utilizando una técnica legislativa poco adecuada y que trae no pocos problemas. Ello considerando que, paradójicamente, en Chile no existe, ni ha existido, en mi opinión terrorismo, salvo terrorismo de Estado. Por último, y mediante Decreto N° 263, también del Ministerio de Relaciones Exteriores (10 de febrero de 2005), se ha promulgado la Convención Interamericana contra el terrorismo (aprobada en Barbados, 3 de junio de 2002). Sobre esta última véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna. "Convención Interamericana contra el terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos". *Nuevas Tendencias del Derecho: Libro Homenaje a los profesores Avelino León, Fernando Mujica y Francisco Merino*. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 95-127. También en: *Rev. de Derecho y Humanidades*, n° 9, 2002-2003, p. 175-201 (Universidad de Chile).

Dos son las grandes temáticas que inundan la problemática del terrorismo. De un lado su concepto. De otro lado, su tratamiento jurídico.

El concepto de terrorismo ha sido tradicionalmente una fuente de polémica. No ha existido hasta ahora un aunamiento de criterios ni en la legislación, ni en la doctrina. Prueba fehaciente de ello es el distinto concepto que sostienen actualmente Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea. Mientras el primero mantiene un concepto de carácter militar, los segundos lo consideran una forma de ataque a las bases del Estado democrático. Ahora bien, conviene dejar en claro que si bien el terrorismo se caracteriza en último término por su finalidad política, no toda la violencia política es terrorismo. Él terrorismo ataca frontalmente a derechos humanos fundamentales utilizando métodos que se apartan de los canales de participación democrática. De ahí que el terrorismo, en cuanto atentado al orden social, sólo pueda presentarse en el contexto de una sociedad libre y democrática, en un Estado de derecho democrático.

En cuanto a su tratamiento jurídico, desde sus inicios, se caracterizó por formar parte del denominado "derecho penal de la emergencia", el que paulatinamente se fue convirtiendo en una verdadera cultura presta a afrontar los casos de criminalidad violenta. Un derecho penal que se concreta mediante legislaciones de excepción, que cumplen la función de rediseñar el ordenamiento jurídico, produciendo un vaciamiento de las garantías constitucionales. Un desconocimiento de normas sustantivo penales y procesales comunes, que paradójicamente han sido paulatinamente modificadas para acercarnos al garantismo. En esta dirección se ha situado modernamente el Derecho Penal del Enemigo, cuyo objeto central es la censura de un catálogo de conductas y de ciertos autores sindicados como "enemigos de la democracia": terroristas, narcotraficantes, inmigrantes ilegales, movimientos separatistas, mafias, etc.

Si en los Estados de Bienestar la orientación del Derecho penal se inclinaba por privilegiar una reducción de la esfera de lo punitivo (Derecho Penal Mínimo), y entonces se hablaba de Política Criminal y de "Derecho Penal Liberal", en la actual Sociedad del Riesgo, producto de la Globalización, la tendencia es hacia la ampliación de la esfera de lo punitivo (Expansionismo), y la Política Criminal se ha sustituido por la Teoría Penal del Enemigo y el Derecho Penal Liberal está siendo sustituido por el denominado "Derecho penal del Enemigo"².

En palabras de Silva Sánchez³, puede afirmarse que antes de la sociedad del riesgo, existían sólo dos velocidades en el ordenamiento jurídico penal. La primera velocidad está constituida por aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, sector en el cual deben respetarse estrictamente los principios político criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad está conformada por aquellas infracciones de menor gravedad, a las que se imponen sólo penas pecuniarias o privativas de derechos, y en las cuales cabría flexibilizar proporcionalmente a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos. Vistas estas dos "velocidades", propias del derecho penal liberal, y

² Ampliamente, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Del 'Derecho penal liberal' al 'Derecho penal del enemigo'. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coordinador). *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1027-1054

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas, 1998, 2ª ed., 2001, p. 166.

atendido que ellas son insuficientes para hacer frente a la criminalidad que origina la sociedad del riesgo, cabría articular una tercera velocidad específica para esta sociedad: el derecho penal del enemigo, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación⁴.

El eje central de la expansión y por ende del derecho penal del enemigo es la creación de un conjunto de normas penales que constituyen supuestos de criminalización, en el estadio previo a lesiones de los bienes jurídicos, con penas desproporcionadamente altas. Idea que fuera esbozada por Jakobs en mayo de 1985 en el Congreso de penalistas alemanes de Frankfurt, a través de su ponencia "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"⁵. Más tarde ha reformulado esta teoría y mejorado en otras publicaciones⁶ y se le han sumado autores que se alinean con la teoría estructural funcionalista de Luhmann⁷.

Enemigo, en concepto de Jakobs es un ciudadano que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho, no de forma incidental, sino duradera. Siendo así, no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona. El enemigo es, por tanto, una no-persona⁸, y esto porque al no aceptar el orden social constituido, en otras palabras, al estar fuera del Pacto Social, ya sea porque nunca ha estado (Hobbes⁹) o porque habiendo estado en él salió de él (Rousseau¹⁰) deja de tener el status de persona, supuesto que este status se adquiere en la medida en que se ha firmado y se cumple con dicho Pacto Social¹¹. Se convierte, a decir de Lesch¹², en una criatura animal, por tanto, el Estado no tiene obligación de

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión*, p. 163 y ss.

⁵ Esta ponencia se publicó más tarde con el mismo nombre en JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, Civitas S.A., 1997.

⁶ JAKOBS, Günther. En: *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20, 1999, p.137 y ss. También en: JAKOBS; CANCIÓ. *Derecho penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, entre otros.

⁷ CANCIÓ MELIÁ, Manuel. "¿'Derecho penal' del enemigo?" Disponible en: www.pucpdp.edu.pe.

⁸ Denominación dada por PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del 'enemigo' tras el atentado de 11 de septiembre de 2001*. Disponible en: www.iiuajen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf, 2001, p. 2-3. Denominación que mantiene en: "El derecho penal y procesal del 'enemigo': las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos". En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coordinadores). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, 2004, p. 693-720. En el mismo sentido, RIQUERT, Fabián L.; PALACIOS, Leonardo P. "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes". Disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf, p. También en: La Ley, Revista Universitaria, n° 3, 2003, p. 1-8. Sobre esta denominación, ampliamente, GRACIA MARTÍN, Luis. "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'Derecho penal del enemigo'". *Revista General de Derecho Penal*, N° 2, 2004.

⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. España: M. E. Editores, 1993.

¹¹ JAKOBS apoya su teoría desde una fundamentación filosófica basada en Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Kant, Fichte. Tal vez es en Hobbes donde mayormente podemos encontrar el concepto de enemigo en la anticipación del discurso actual. Enemigo es un individuo que vive en un estado de naturaleza, por esa razón, no garantiza seguridad cognitiva. En cambio para Rousseau, el enemigo sería el ciudadano que ha violado el derecho, se transforma por ende en "rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella...". ROUSSEAU, *El contrato*, p. 76.

¹² LESCH, H.H. "Hörfalle und kein Ende. Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Angaben des Beschuldigten in der Untersuchungshaft". *GA*, n° 147, 2000, p. 355 y 362.

respetar sus derechos. En el fondo, y como señala Rousseau: o es el Estado o son los enemigos. En sus palabras: “La conservación del Estado es incompatible con la suya (la del malhechor); es preciso que perezca uno de los dos, y cuando se hace morir al culpable, no es tanto como ciudadano cuanto como enemigo”¹³.

Esto justificaría la existencia de un Derecho Penal para Ciudadanos y un Derecho Penal, distinto, para los enemigos, el que se caracteriza por: a) Un amplio adelantamiento de la punibilidad; b) El aumento exagerado de las penas, o en otras palabras, la anticipación de la barrera de protección penal no es considerada para reducir, en correspondencia, a la pena amenazada; c) Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas¹⁴. De esta forma, el Derecho penal del enemigo, sobre la base de una verdadera legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal sin las clásicas garantías¹⁵.

Pues bien, este constructo teórico, después de los atentados de 11 S, ha cobrado su máximo vigor, ampliándose el catálogo de enemigos tradicionales¹⁶. Ya no sólo son los terroristas, los narcotraficantes y los inmigrantes “terroristas”, sino que ahora lo son también los inmigrantes ilegales (a secas), los grupos antiglobalización, y todo aquel que disienta del modelo neoliberal.

El derecho penal del enemigo no es sino una reformulación del derecho penal de la emergencia en una versión mejorada, una manifestación más de la “cultura de la emergencia” que se ha dado en torno al tratamiento jurídico del terrorismo¹⁷. El problema es que ahora esa emergencia penal cuenta con un sustento doctrinal que legitima un tratamiento diferenciado para con los “enemigos” de la democracia, con lo cual se fortalece el empleo de la legislación de guerra. Y bien sabemos que la emergencia penal ha sido -desde siempre - utilizada políticamente por los Estados para

¹³ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato*, p. 76.

¹⁴ Estas características están señaladas en la obra colectiva de JAKOBS; CANCIÓ MELIÁ, *Derecho penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. Criticadas por la mayor parte de la doctrina, entre otros; GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’*. *Revista Electrónica de Criminología y Ciencias Penales (RECPC)*, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco. “De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo’”. *Revista Penal*, nº 16, 2005, p. 123-137; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El Derecho penal y procesal del ‘enemigo’ las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coordinadores). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, 2004, p. 693-720.

¹⁵ En la línea del DP del enemigo se enmarcan diversos autores, que interpretan el derecho penal y procesal penal desde el prisma del estructural funcionalismo de Niklas Luhmann, de acuerdo con la cual “lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa de Estado a través de las garantías del propio Estado”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La legislación”, p. 2; el mismo, *El Derecho penal*, p. 704.

¹⁶ Sin duda el ejemplo más paradigmático de derecho penal del enemigo lo constituye la USA PATRIOT ACT, de 28 de octubre de 2001, promulgada por Estados Unidos. Esta ley consagra un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, careciendo del más mínimo respeto por las garantías penales y procesales. Amplía extraordinariamente el concepto de terrorismo, incluyendo al terrorismo doméstico o el mal llamado terrorismo individual, concepto poco feliz, puesto que en su virtud cualquier manifestación de disidencia política violenta, queda englobada, lo que permite calificar como terroristas a integrantes de grupos que poco o nada tienen que ver con el terrorismo y también a quienes prestan su colaboración a ellos.

¹⁷ En esta opinión parece estar también MIRÓ LLINARES, Fernando. “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”. *CPC*, nº 87, 2005, p.185-229.

ejercer un control social severo frente a conductas que atacan los intereses de quienes detentan el poder político.

Lo anterior ha puesto muchas veces en jaque a los sistemas penales, y los seguirá poniendo en la medida en que se continúe en esta senda de legitimar excesos en la reacción penal. Y ello porque si examinamos sus fundamentos filosóficos, veremos que la idea de un derecho penal de enemigos, es incompatible con un Estado democrático, ella sólo puede tener lugar en el contexto de un Estado Absoluto en el que tenga plena aplicación el concepto hobbesiano o rousseaiano de persona. Compartiendo la idea de Zaffaroni: “Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos”¹⁸.

El Anteproyecto de Código Penal es nada menos que el “Código Penal de la Democracia” en nuestro país, ¿será correcto entonces legislar sobre el terrorismo amparándonos en el modelo del enemigo, un modelo que no hace sino deslizarnos por la peligrosa pendiente del autoritarismo, propia de regímenes autoritarios como aquel que nos asoló durante 17 años?

¿Quién es hoy el enemigo entre nosotros? No estaría demás recordar a quienes se ha estado aplicando esta legislación de guerra desde 1998 en adelante, a individuos pertenecientes al pueblo mapuche. En efecto, los tribunales orales en lo penal han aplicado con largueza la ley 18.314, a los actos de violencia social desplegados por estos grupos, con las consiguientes y graves restricciones en materia procesal, Ej. Testigos sin rostro, ampliaciones en los plazos de detención, todo lo cual ha ameritado al menos alguna denuncia ante la CIDH¹⁹. Recordemos el citado caso de los Lonkos *Aniceto Norín y Pascual Pichún*, condenados a la pena de 5 años y 1 día por el delito de amenazas terroristas, y otros tantos sujetos condenados por delitos de incendios terroristas a la pena de 10 años y 1 día de privación de libertad²⁰, por la quema de pastizales y bosques de pinos y eucaliptos. Pregunto, ¿son los mapuches enemigos de la inmensa mayoría de los chilenos?

Nuestra ley de conductas terroristas actual (18.314) obedeció a un proceso de reforma legislativa que se dio al inicio de la transición democrática. La ley 19.029 –parte del paquete legislativo denominado “Leyes Cumplido”- reformó sustancialmente la ley de conductas terroristas, depurándola de su extremo objetivismo y exigiendo para la configuración de los tipos penales de terrorismo, la presencia de elementos subjetivos en el tipo.

Sin embargo, y a pesar de este avance (entre otros) y producto de la concepción del gobierno en ese entonces, relativa a que el terrorismo no es una ideología, sino un “método de acción criminal, al cual pueden recurrir los extremismos de derecha,

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 13.

¹⁹ Caso Víctor Ancalaf. Véase: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 4 de junio de 2004. El caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estando su resolución todavía pendiente.

²⁰ Así, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Angol, 3 de mayo 2005, contra José Huechunao y otros.

izquierdas, fanáticos, religiosos", como reza en las actas de debate parlamentario, se optó por no considerar la finalidad política, elemento crucial y que permite no convertir al terrorismo en el cajón de sastre de otras conductas delictivas. Por otra parte, y producto de esta concepción, y en lo que dice relación con el tipo objetivo, no considera a la organización terrorista como elemento integrante de lo injusto penal, sino simplemente como el delito autónomo de asociación ilícita terrorista. En circunstancias que, como se señalará, es la organización la que cualifica la violencia.

Tengo la impresión de que los delitos de terrorismo -y no "delitos terroristas"- deben seguir existiendo como delitos de *nomen iuris* propio. Porque tienen un desvalor de injusto que excede al de los delitos comunes, al atacar antes que nada, un bien jurídico colectivo, que en mi opinión, no es otro que el orden constitucional democrático.

Pienso también que para proceder a la tipificación de delitos de terrorismo, debemos partirse por su caracterización, en el plano sociológico e histórico, para luego poder llegar al menos a los elementos relativos a un concepto jurídico.

1. Características del terrorismo

Considerando que los delitos de terrorismo se asemejan a los delitos políticos, y que la diferencia sustancial entre unos y otros reside en que éstos últimos sólo son posibles de concebir en el contexto de una democracia material, debe esclarecerse cuáles son aquellas conductas que atacando bienes jurídicos fundamentales, y teniendo asimismo una finalidad política, no pueden beneficiarse con los privilegios que se asignan a este tipo de delincuencia. Se trata, por tanto de caracterizar al terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social, partiendo del contexto histórico específico al que asistimos: una renuncia casi universal a la utilización de la violencia como medio de alcanzar o mantener el poder político, por parte de la mayoría de los países y sectores sociales tras la Segunda Guerra Mundial. De ahí que el terrorismo sólo pueda llevarse a cabo en una sociedad democráticamente organizada en la que estén abiertas las vías de participación para una actividad no violenta.

Las características esenciales del terrorismo en el plano de las Ciencias sociales y que nos permiten arribar a una definición en el plano jurídico son:

El terrorismo tiene una finalidad política, sea disfuncional o funcional al sistema esto es, sea para socavar la estabilidad del régimen político imperante y promover su sustitución por otro; sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social, aunque por medios ilegales.

El terrorismo se basa en la violencia o su amenaza y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad, o una parte de ella, o el Estado²¹.

²¹ La violencia terrorista cumpliría una "función simbólica" que vendría dada, ante todo, por la necesidad de difusión de sus actos a través de los medios de comunicación social. "Los medios de comunicación - dice FERNÁNDEZ MONZÓN -son algo consustancial al terrorismo... y los grupos terroristas son plenamente conscientes de ello, conocen perfectamente sus efectos y diseñan sus actuaciones contando con elaboradas estrategias informativas". FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel. "Prensa, opinión pública y terrorismo". En: DEL CAMPO, Salustiano (director). *Terrorismo Internacional*. Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, p. 65-80, especialmente p. 70.

Provoca un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad. Se trata de imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad o a toda ella para que sobre la base del miedo adhiera a los propósitos utilitarios de sus autores. Lo característico del terror, es que no se agota en el hecho material que se ejecuta violentamente, sino que prolonga sus efectos en la conciencia de una sociedad. Mediante los delitos de terrorismo se intenta ante todo destruir voluntades y para ello el hecho ejecutado tiene que contar con una suficiente capacidad de trascendencia y dinamismo como para que pueda ser percibido como un hecho espectacular y llamativo. La lógica del terrorismo reclama, como habíamos anunciado, publicidad, cuestión ésta que contribuye asimismo a diferenciarlo de otras formas de violencia. Esto es particularmente notorio tratándose del terrorismo internacional²².

Adopta usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o "método tendencialmente exclusivo". La violencia no es aislada, sino sistemática, y esto es lo que permite, en el plano jurídico, aludir a la "organización terrorista", la manera más adecuada de diseñar y llevar a cabo una estrategia²³.

El terrorismo ataca frontalmente a los derechos humanos empleando medios violentos, que no sólo deben ser ilegales, sino capaces de afectar la vida, la integridad, la salud y la libertad de las personas.

El matiz indiscriminado de la violencia es lo que caracteriza al terrorismo como un ataque frontal a los derechos humanos. Sin embargo, no toda violación de derechos humanos constituye terrorismo²⁴, sino sólo aquella que tenga un carácter masivo y sistemático. Por otra parte, el terrorismo no viola cualquier derecho, sino sólo derechos humanos fundamentales²⁵.

En suma, puede concluirse que el terrorismo aparece cuando en un régimen democrático, establecido según los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, y con un Estado de derecho fundado en los derechos inherentes a la dignidad humana, un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos o políticos, empleando la violencia como estrategia de acción a través del ataque a derechos humanos fundamentales, para imponer a grupos o a toda la sociedad, sobre la base del miedo, el sometimiento a las ideas o propósitos de tal organización.

²² Sobre la significación del terror indiscriminado, véase MONTEALEGRE. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Editorial AHC, 1979. p. 270-271.

²³ La organización exige una estructura jerárquica y la delimitación de funciones en su interior, que actúa de manera clandestina y logísticamente bien provista. La ilegalidad y la clandestinidad serían las características definitorias de estas organizaciones. *Reinares* las ha definido como "una clase peculiar de organización política caracterizada por su naturaleza clandestina y tamaño relativamente reducido, que trata de afectar la distribución del poder en una sociedad mediante un repertorio de acción colectiva en el que ocupa un lugar predominante la práctica de esa forma de violencia que cabe conceptualizar como terrorismo" REINARES. "Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas". *RIS*, n° 5, 1993, p. 35-67 y especialmente p. 49.

²⁴ DEL BARRIO REYNA, Álvaro; LEÓN REYES, José Julio. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Santiago de Chile: Programa de Derechos Humanos, AHC, 1990, p. 126.

²⁵ En la definición de DEL BARRIO REYNA; LEÓN REYES, *Terrorismo*, p. 126: "Terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales (la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal".

2. Bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo

Sabemos que la tipificación de delitos exige claridad en torno al bien jurídico protegido. El APCP al reproducir la ley 18.314, incurre en su mismo error, cual es la confusión en torno a cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. En mi interpretación, el objeto de tutela penal presenta un carácter dual: por una parte bienes jurídicos individuales, y por otra bienes jurídicos colectivos. Estos últimos pueden deducirse:

- De su ubicación sistemática: “Delitos contra el orden público”. Concepto por lo demás amplísimo y que impide al BJP cumplir adecuadamente con su función de garantía.
- De los elementos subjetivos contenidos en el Art. 391. Por una parte, la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella” parece identificar el objeto de protección penal con la seguridad pública, similar a “tranquilidad pública” u “orden en las calles”. Por otra parte, la finalidad de “arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias” parece revelar que el bien jurídico protegido es “la seguridad interior del Estado”. Aquí en este último, da la impresión de que el Anteproyecto, se queda en el umbral sin atreverse a reconocer específicamente la finalidad política en los delitos de terrorismo. Reconocimiento que no tiene por qué significar una incriminación penal “ideológica”.

Creo que para determinar cuál es en definitiva el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo, debe partirse de los criterios trascendentalistas en los que el bien jurídico gira en torno a la persona humana como ente social, en una sociedad democrática, y en este sentido, el contenido material del bien jurídico está determinado por la presencia de relaciones sociales concretas y dialécticas o en conflicto. Contenido material que a su vez está guiado por un criterio de valoración, el que se circunscribe a los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, cuya determinación es social e histórica, y por tanto, sujeta a revisión²⁶.

La adopción de este criterio de valoración resulta de especial importancia tratándose de los delitos de terrorismo ya que su característica esencial es precisamente la vulneración de los derechos humanos. Gran parte de ellos están positivizados en la Constitución, a través de la consagración de las garantías individuales, y dentro de estas garantías, en una sociedad democrática, se encuentra la de la participación ciudadana a través de vías o cauces legales que, en todo caso, han de ser materiales y no meramente formales. Es esto lo que en definitiva, el terrorismo no respeta, y en lugar de utilizar los cauces institucionales “materialmente” garantizados, utiliza como método de lucha política una violencia indiscriminada, pretendiendo, sobre la base del miedo o la intimidación, que la población o un amplio sector de la misma adhiera a sus postulados políticos. Se trata de la imposición, por la fuerza, de una determinada ideología política. Luego, el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad

²⁶ Más ampliamente, VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*. Tesis doctoral. España: Universidad de Salamanca, 2002, vol. II, p. 576 y ss.

popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal.

Opto por el ordenamiento constitucional democrático ya que desde el punto de vista sustantivo penal, no veo otra manera de llegar a una delimitación del objeto de tutela penal más acorde con los postulados básicos de un derecho penal del hecho, y que exigen el cumplimiento de los principios de legalidad, taxatividad, certeza o determinación, seguridad jurídica y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros.

Por otra parte, la referencia a un bien jurídico colectivo “determinable” (mucho más que la alteración de la paz pública o el genérico concepto de orden público) permite que se construyan tipos penales de peligro concreto en relación a ese bien jurídico y no en relación al bien jurídico individual (que llevaría a la construcción de tipos de peligro abstracto). Así las cosas, si bien el objeto material del delito, el substrato empírico del bien jurídico, aquello sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes como la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas, esto no significa que el tipo penal deba agotarse en la lesión de los mismos, sino que basta que los actos realizados por el agente tengan materialmente la capacidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático.

En cuanto a los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por la comisión de los delitos comunes a través de los cuales se expresan los delitos de terrorismo (por eso se les llama delitos de forma libre), pienso que deben restringirse a la vida, la integridad física y la libertad, descartando el derecho de propiedad, en cuanto no afecte o ponga en peligro esos otros bienes jurídicos de mayor entidad. Si bien la propiedad aparece consagrada en el Art. 19 n° 24 de la Constitución, lo que podría indicar que ella es un derecho humano fundamental, dejará de ser uno de aquellos derechos humanos dignos de tan agravada protección como lo es a través de la legislación antiterrorista, tan pronto como pueda comprobarse que la propiedad está ya adecuadamente protegida en la legislación penal²⁷. En efecto, el derecho de propiedad cuenta con una amplia gama de tipos penales destinados a su protección en la legislación penal común o especial²⁸, algunos de los cuales cuentan con correlatos en la legislación antiterrorista, como los incendios. Tales delitos ya aparecen con penas suficientemente altas en la legislación penal común.

A mi juicio, el derecho de propiedad sólo debe protegerse en estos delitos en cuanto lesione o se ponga en peligro (concreto) otros bienes de mayor entidad, como la vida, la integridad física, la salud de las personas²⁹.

3. Examen del articulado del Anteproyecto de Código Penal

El Anteproyecto prácticamente reproduce la actual ley de conductas terroristas, sin considerar en profundidad sus falencias. Modestamente estimo que se está normalizando –y perpetuando– una legislación de excepción, a través de su

²⁷ E incluso “sobre protegida”. Compárese la pena mínima del homicidio (3 años y 1 día) con la pena del delito de robo con fuerza en las cosas (5 años y 1 día).

²⁸ Ej. Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, Ley 17.798 sobre Control de Armas.

²⁹ Más ampliamente, VILLEGAS DÍAZ, *Terrorismo: un problema de Estado*, p. 613 y ss.

incorporación en el ordenamiento penal común. En el fondo, lo "normal" y lo "excepcional" vendrían a ser las dos caras de la misma moneda.

Desde el punto de vista sustantivo penal, pienso que la creación de los delitos de terrorismo no puede consistir en otra cosa que agravar penas a los delitos comunes, considerando de un lado, en el tipo objetivo, a la organización como elemento de lo injusto penal, y de otro lado, a la finalidad política- alterar el orden constitucional democrático- como elemento subjetivo en el tipo, de tendencia intensificada.

3.1. En cuanto al concepto de terrorismo

De la redacción de los Arts. 391 y 392 se deduce que el concepto de terrorismo gira en torno a la existencia de tres elementos:

- Elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por los autores;
- La utilización de medios extremadamente dañosos;
- Para atentar contra bienes jurídicos que se presentan de manera dual: bienes jurídicos individuales y colectivos.

En cuanto al elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por el autor, éste se configura como elemento subjetivo en los tipos penales (Art. 391). A diferencia de la legislación comparada -por ejemplo española- el elemento teleológico no es claramente político sino que se relaciona más bien con la idea de tranquilidad pública³⁰ (intimidar a la población o a un sector de ella, Art. 391 n°1), aludiendo a los efectos resultados de terror o alarma pública, efectos que no son privativos de este tipo de delincuencia. En todo caso, debe tenerse presente que- como señaló el legislador en el debate que precedió a las leyes cumplido- debe tratarse de una acción indiscriminada, porque precisamente esto es lo que le da su carácter de contrario a los derechos humanos. Sin embargo, el Anteproyecto no se pregunta el para qué de la finalidad de atemorizar a la población a través de esta acción indiscriminada. El terrorismo se caracteriza por su intento de someter a un sector o toda la población para que sobre la base del miedo adhiera a determinadas concepciones políticas. Por eso, el terrorismo tiene una finalidad política, objetivo que se persigue a través de la utilización de otra finalidad provisoria, o instrumento si se quiere, que es la de causar temor en un sector o parte de la población, y que utiliza métodos de acción indiscriminados sin reparar en las eventuales víctimas.

Insisto, reconocer relevancia a la finalidad política no dificulta la comprensión de los tipos penales ni tampoco obliga a aplicar el tratamiento benigno propio de la delincuencia política, esto es, no conduce a una atenuación de las penas. Aquí no se están sancionando ideas, sino que actos que atentan contra la convivencia democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, actos que se materializan en la comisión de delitos comunes que en su realización provocan un daño indiscriminado.

Lo que se sanciona es un delito común que forma parte de la táctica de una organización, y cuya estrategia consiste en obligar a la comunidad a adscribir a una determinada idea política sobre la base del temor. Por el contrario, el no reconocer

³⁰ Muy similar a los arts. 571, 575 y 577 del CP español que requieren también la finalidad de "alterar gravemente la paz pública".

relevancia política al terrorismo, y crear tipos penales solo sobre la base de los medios especialmente dañosos empleados y la finalidad de causar temor, terror, o alarma pública conlleva el peligro de extender la punibilidad hacia otras formas de violencia, distintas del terrorismo, suponiendo además una infracción al principio de lesividad, que hace radicar el fundamento de los delitos en la exclusiva protección de bienes jurídicos. En los delitos de terrorismo este bien jurídico, como se ha señalado, tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático.

3.2. Elementos subjetivos del tipo. Examen de las circunstancias contenidas en el art. 391

3.2.1. Circunstancia Primera del Art. 391: la finalidad de producir temor

Modestamente entiendo que la alarma o temor que pueda llegar a producirse debe ser considerado (*lege ferenda*) como una tendencia de la conducta, pues como ha reconocido la jurisprudencia chilena “la alarma es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además, una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”³¹.

Siendo una motivación que parece encontrarse en el ánimo interno del agente, existen dificultades en cuanto a su prueba³², por lo que el APCP- al igual que el Art. 1 de la ley 18.314- se encarga de dar indicios objetivos cuya concurrencia vendría a demostrar el propósito ilícito descrito: “la naturaleza y efecto de los medios empleados”, o “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar en contra de una categoría o grupo determinado de personas”. El Anteproyecto, consciente de la dificultad de acreditar el propósito de atemorizar recurre en el inciso segundo al cómodo sistema de las presunciones judiciales para acreditar esta “naturaleza y efectos de los medios empleados”. Se trata de una presunción simplemente legal, mediante la cual se puede darse por acreditada la existencia del propósito o finalidad terrorista cuando en la acción se usen medios o artificios explosivos, incendiarios de gran poder destructivo, medios tóxicos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos³³.

Merece la pena realizar algunas consideraciones en torno a esta presunción:

³¹ SCA de Santiago, de 13-11- 1992, considerando séptimo (caso Edwards). *Gaceta Jurídica*. n° 149, 1992.

³² En esta opinión GUTIÉRREZ SAHAMOD. “La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones.” *Cuadernos del CED*. n° 14, 1991, p. 11.

³³ La jurisprudencia, en un intento por precisar esta presunción ha indicado que para que ella pueda configurarse es menester que se trate de “armas de gran poder destructivo, sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres, pistolas u otras armas cortas”. Se exige además, de acuerdo al tenor literal del precepto, la efectiva utilización de los artefactos o artificios explosivos o incendiarios, es decir, “que el inculpaado no sólo los porte o lleve, sino que haga utilización de ellos, cometiendo el delito precisamente mediante la manipulación del artefacto”. Siendo así, aún cuando se pudiere dar por establecido que los inculpaados les hubieren “portado en bolsillos, cinturón o bolsos artificios de esa naturaleza, dicha circunstancia no es suficientemente capaz para hacer operable la presunción establecida en el inciso 2° del artículo 1° de la actual ley 18.314”. Sentencia de 1ª instancia de 15-9-1992 (considerandos 10, 11 y 12) dictada por la ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Stgo. Sra. G. Olivares, en causa Rol N° 49.595-91, contra Paula Carrasco y otros. Confirmada por SCA de 27-10-1992 (n° 40-561-92).

a) La infracción al principio de legalidad

El recurso al sistema de las presunciones judiciales para eliminar las dificultades de prueba, es algo que el derecho penal moderno tiende a rechazar puesto que se violenta con ellas el principio de tipicidad y de legalidad o reserva. A pesar de estas consideraciones, este sistema no ha sido nunca ajeno a la legislación antiterrorista³⁴, constituyendo una infracción a la exigencia de tipicidad, exigencia que al tener rango constitucional (Art. 19 n°3 CPRCH), pareciera dar lugar a un problema de constitucionalidad ya que - como aciertan MEDINA y MERA-, en estos casos, “la ley escamotea la descripción de la conducta, presumiendo que ésta se ha realizado cuando concurren las circunstancias por ella señaladas”³⁵.

b) Infracción al principio de presunción de inocencia

El Anteproyecto presume la culpabilidad del sujeto en cuanto a la intención o propósito de causar temor, en circunstancias que legalmente corresponde presumir su inocencia conforme lo ordena la Constitución.

c) Problemas de doble incriminación.

Si los tipos penales de terrorismo se configuran por la presencia de la circunstancia 1ª del Art. 391, y ésta se presume por el hecho de emplearse para la ejecución del delito determinados medios de comisión, observaremos que ella no resulta aplicable para la figura contenida en el n°4 del artículo 392, pues éste contempla también el empleo de artificios explosivos. En efecto, dentro de la multiplicidad e indeterminación de los medios de comisión, el empleo de algunos de ellos, a saber “artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos”, hace presumir la existencia del propósito de causar temor a toda la población o a un sector de ella. El Art. 392 n° 4 por su parte, tipifica como delito de terrorismo – y que por tanto requiere la presencia de cualquiera de las finalidades alternativas del Art. 391- el “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas o causar daño”.

Siendo así, en el Art. 392 n° 4, el artificio explosivo o incendiario no es un eventual “medio de comisión” sino que se encuentra incorporado en la descripción de la conducta típica. El darle al artificio explosivo o incendiario el carácter de medio de comisión del tipo penal descrito en el artículo señalado implicaría que la conducta típica podría prescindir del mismo y verificarse por otros medios. Dicho de otra manera, de ser considerado un medio de comisión, y de suprimirse el artificio explosivo o incendiario, el tipo penal carecería de sentido e ilicitud.

³⁴ En el primer proyecto de ley de conductas terroristas se quiso establecer como única causal de conducta terrorista el “provocar maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella”, como elemento genérico a fin de calificar de terrorista cualquier conducta, lo que indudablemente habría llevado a un tipo penal abierto atentando expresamente contra el principio de legalidad. DEL BARRIO; LEÓN REYES, “Terrorismo”, p. 233 y ss.

³⁵ MEDINA Cecilia; MERA, Jorge. “Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 6, Santiago de Chile, 1996, p. 389.

Por todo ello, me parece que se produce una doble incriminación atentando contra el principio de non bis in ídem ya que, al revestir el artificio explosivo o incendiario las características de elemento de la existencia del tipo y eventual medio de comisión se observa una doble fuente de ilicitud, la primera para la existencia del delito, y la segunda para la calificación terrorista del mismo.

Cuestión sumamente peligrosa desde el punto de vista político criminal: imaginemos un estudiante que lanza un cóctel molotov en rechazo a las políticas de educación. Esta es una conducta de violencia social, y sin embargo, ese estudiante puede ser considerado terrorista porque incurre en el tipo penal del Art. 392 N°4, y la finalidad terrorista se presume por este mismo hecho. Esto es lo que se ha dado en el caso de los actos de violencia desplegados por sujetos pertenecientes a la etnia mapuche. Así por ejemplo, en el caso del incendio a un camión perteneciente a la empresa Ralco (sin peligro para las personas), al supuesto autor se le castigó en virtud del actual Art. 2 N.º 4 de la Ley de conductas terroristas (idéntico al contemplado en el Art. 392 N.º 4 del APCP), esto es, lanzamiento de artefactos incendiarios, presumiéndosele la finalidad terrorista por el mismo hecho de lanzar el artefacto incendiario³⁶.

3.2.2. Circunstancia Segunda del Art. 391: el propósito de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad

Puede advertirse la contradicción en que se incurre al suponer que puede existir un delito de terrorismo cuando no se crea un grave temor en la población, y por el contrario, suponer que existe cuando solo se realiza para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad. Concuerdo con *Mera* cuando señala: "si no logra crearse ese temor, no puede haber delito terrorista"³⁷.

El abanico de hipótesis delictivas puede desplegarse de manera tal que no sea necesaria la presencia de la circunstancia 1ª, y tan solo la de la segunda. Esto amplía excesivamente el ámbito de punibilidad. Por ejemplo, un narcotraficante que secuestra a una persona e impone exigencias a la autoridad, perfectamente puede cometer un delito de terrorismo. Y si vamos más allá aún, pueden también sancionarse bajo este título conductas que más bien pertenecen al ámbito de los desórdenes públicos y que sociológicamente pueden ser consideradas violencia social. Así por ejemplo, lanzar cócteles molotov en el curso de una manifestación estudiantil, obrera, de minorías étnicas, etc. para conseguir determinadas resoluciones de la autoridad, sea gubernamental o estudiantil.

3.2.3. Otras consideraciones dogmáticas sobre las circunstancias del art. 391

Las finalidades alternativas exigidas por el Art. 391 del Anteproyecto constituyen elementos subjetivos de lo injusto y no un dolo específico.

El dolo del autor abarca la conducta violenta e idónea para la lesión del bien jurídico, dejando fuera las circunstancias exigidas alternativamente por la descripción típica. Las pretensiones intencionales del agente son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, ya que basta con que el autor confiera a la acción típica un especial

³⁶ SCA de Concepción, de 4 de junio de 2004, contra Víctor Ancalaf y otros.

³⁷ MERA, Jorge. *Ley 18.314: Los delitos terroristas*. 1984, p. 26.

sentido subjetivo, sin que se exija un resultado en orden a que efectivamente el autor alcance sus propósitos, es decir, que efectivamente el ordenamiento constitucional democrático o la paz pública se vean alterados. Basta con el “resultado de peligro” para el mismo.

Esto determina que los delitos de terrorismo deben ser contruidos como delitos de tendencia interna intensificada y no delitos de intención. Estos últimos por su estructura semejante a la de una tentativa castigada como delito consumado, impiden prohiar un criterio penal garantista acorde con los derechos humanos. En ellos la acción se dirige por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, consumándose el tipo con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que queda fuera del tipo. En cambio, en los delitos de tendencia intensificada, basta con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial, que viene a concretar la forma de lesión de la conducta típica, sobre la base de este elemento subjetivo.

La consumación en los delitos de terrorismo, de acuerdo al criterio que aquí se sostiene, se producirá cuando se compruebe al menos el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo, para lo que hace falta la producción de los actos ejecutivos que se describen en el tipo objetivo.

3.3. Elementos objetivos del tipo

Al tratar las características sociológicas del terrorismo, se ha destacado que es una estrategia o método tendencialmente exclusivo, que solo puede ser llevado a cabo por una organización, pues es ella quien cualifica la violencia y la transforma en terrorista, amén de las finalidades exigidas en la conducta, como elementos de tendencia intensificada.

Por estas razones estimo que el elemento estructural debe formar parte de lo injusto penal. Para arribar a esta conclusión debo hacerme cargo, en primer lugar, de aquellas teorías que estiman la posibilidad de la existencia de un terrorismo individual.

3.3.1. Rechazo de las teorías que admiten el terrorismo individual

Considerando el bien jurídico protegido, ha de partirse de la base, como se ha dicho, que el terrorismo es una estrategia política que utiliza la violencia como método y pretende someter u obligar a la población sobre la base del miedo para que adhiera una determinada concepción política. Así ocurre tanto en el terrorismo insurgente como en el terrorismo patrocinado desde el Estado. Una estrategia como la descrita, con sus objetivos – insisto- solo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista, es decir, es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia, sin perjuicio de que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico porque el elemento valorativo primordial es la intencionalidad política, intencionalidad de la que carece el crimen organizado³⁸.

³⁸ Sobre la distinción entre terrorismo y crimen organizado véase VILLEGAS, Myrna. “Terrorismo ¿Crimen Organizado? Análisis comparado”. *Anales de la Facultad de Derecho*. Universidad de Chile, 2004, p. 227-248.

Y es que la finalidad política que se reconoce en el terrorismo y que se concreta en la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático no parece tener posibilidades de materialización cuando no existe la organización. No creo posible que la acción individual pueda concebirse como delito de terrorismo.

La doctrina que argumenta en su favor alude en primer lugar a razones históricas, refiriéndose a la acción individual anarquista que impregnó las manifestaciones de violencia política durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del S. XX³⁹. Razones históricas que la misma historia se ha encargado de desvirtuar⁴⁰.

La segunda razón sustantivo penal y que hace radicar el concepto de terrorismo en el empleo de determinados medios lesivos para ejecutar la acción. Se atiende a un derecho penal “objetivo” que atiende al “daño producido”. En mi opinión: Primero, como se ha dicho antes, esto supone desconocer la naturaleza histórica y social del fenómeno terrorista, ya que no todo delito cometido a través de determinados medios lesivos puede ser calificado como terrorista, recordemos los delitos políticos. Segundo, por respeto al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos hay que señalar que no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica sino la lesión o posibilidad de lesión al bien jurídico protegido. Tercero, es difícil pensar que un individuo aislado pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional. Cuarto, la consideración del terrorismo individual trae aparejada la posibilidad de una extensión indebida del ámbito de lo punible hacia otras formas de violencia, generalmente social.

Pienso que la calificación jurídica de terrorismo a los actos especialmente violentos realizados al margen de una organización y con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional es errónea.

La mayor parte de la doctrina sostiene la necesidad de la presencia de un grupo organizado para el concepto jurídico del terrorismo⁴¹. Y así lo han considerado también

³⁹ Así CUERDA ARNAU. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, , 1995, p. 374 y ss. NÚÑEZ FLORENCIO, Rafael. *El terrorismo anarquista (1888-1909)*. Madrid: Siglo XXI, 1983, p. 38.

⁴⁰ A este respecto véase: WOODCOCK, G. *L'anarchia*. Milán: Fetrini, 1962; BONANATE. “Dimensioni del terrorismo politico”. En: BONANATE, Luigi (editor). *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*. Milán: Franco Angeli, 1979, p. 130-131; GARCÍA SAN PEDRO. *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1993, p. 129.

⁴¹ Así, LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985, p. 48, p. 206 y ss., p. 456; de la misma: “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”. *ADPCP*, nº 42, 1989, p. 957-988 y especialmente p. 960 y ss.; de la misma: “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”. *ADPCP*, 1993, p. 535-559, especialmente p. 536-537; GARCÍA RIVAS, N. “Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”. *PJ*, nº 10, 1984, p.107-113, p.107; MESTRE DELGADO. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, p. 58, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal*. tomo II. Parte Especial; editorial Bosch, 1999, p. 1229; PRATS CANUT. *De los delitos de terrorismo*. QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS, et. al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 1624-1625; DE PRADA SOLAESA. “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”. *Jueces por la Democracia*, nº 25, 1996, p. 73-77. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 265. BARÓN QUINTERO. “Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la

la mayor parte de las legislaciones europeas, con mayor o menor énfasis en la creación de los tipos penales⁴². Distinta ha sido la situación en los países latinoamericanos en los que el elemento organizativo no ha sido considerado como esencial⁴³. En Chile, el elemento estructural no ha sido considerado de *lege data*, pero la tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial se ha orientado paulatinamente a valorar la organización⁴⁴.

En suma, en mi opinión, el elemento organizativo es consustancial al terrorismo, porque la organización "cualifica la violencia"⁴⁵ transformándole en un instrumento al servicio de una estrategia política, y a la vez, objetiviza la finalidad política.

Constitución". En: FERRÉ OLIVÉ, J.C.; ANARTE BORALLO (editores). *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales, y criminológicos*. Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 272-273; MARTÍNEZ CARDÓS. "El terrorismo: aproximación al concepto". *Actualidad Penal*, 1998, n° 1, marginales. 479-487, especialmente marginal 486. En España, LAMARCA, *Tratamiento*, p. 48, 206 y ss., 456; 1989, p. 960 y ss.; "Sobre", p. 536-537; GARCÍA ARÁN; FERRÉ OLIVÉ; HORMAZÁBAL; LÓPEZ GARRIDO; SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina*, Gráficas Alberdi, S.A.; Octubre de 1998, p. 55. En la doctrina italiana, BONANATE, "Dimensioni del terrorismo político", p. 130-131. En Chile, DEL BARRIO; LEÓN REYES, *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, p. 206.

⁴² En la legislación española desde la Ley 82/1978 hasta el CP de 1995, se contempla como excepción el terrorismo individual; la Ley de Prevención del Terrorismo de 1974 y la *Terrorism Act* 2000 en Gran Bretaña que sancionan el hecho de pertenecer o colaborar con organizaciones terroristas; la *Anti Terror Gesetz* de 1976 en Alemania que incorporó al CP el tipo penal de asociación ilícita terrorista (art. 129 a) CP); la *Ley Reale* de 22-5-1975 en Italia. También en Francia se observa esta consideración (Ley n° 86-1.020 de 9-9-1986), aunque también contempla la posibilidad de terrorismo individual. La jurisprudencia española incluso después de la entrada en vigencia del CP 1995 siguió la tendencia a sancionar a título de terrorismo cuando el sujeto se hallare vinculado a una organización terrorista, recordemos por ejemplo las múltiples sentencias que se han dictado en virtud de las actuaciones de los GAL. Aunque ya desde el año 2000 la Audiencia Nacional comienza a aplicar el terrorismo individual a los actos de violencia callejera, cuestión sobre la que el TS no ha tenido un pronunciamiento claro. La jurisprudencia chilena a partir de 1992 comienza a valorar la organización como requisito indispensable en la definición formal de terrorismo.

⁴³ Así ocurre en el CP colombiano (art. 187), y en el DL 25.475 de 6-5-1992 en Perú, aunque éste contiene la organización pero como forma de terrorismo agravado.

⁴⁴ Así en la doctrina DEL BARRIO y LEÓN REYES. En la legislación véase el mensaje presidencial de 11 mayo de 1990, citado, en el que se define el terrorismo como "un método de acción criminal". En la jurisprudencia, SCA de 13 nov. de 1992 considerando 5°, GJ, n° 149, 1992, p. 90, (Caso Edwards), la que señala que por delitos terroristas debe entenderse: actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático".

⁴⁵ En España, LAMARCA, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, p. 451. En Chile DEL BARRIO; LEÓN REYES, *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, p. 206. En contra GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 133, para quien la organización no es una cualidad de la violencia sino una característica del grupo.

3.3.2. Ventajas de aceptar la consideración del elemento organizativo en lo injusto penal

La consideración en lo injusto de la organización, unida al elemento subjetivo relativo a la finalidad política, permite distinguir claramente las conductas de terrorismo de:

Las conductas de violencia social, o violencia espontánea no organizada con finalidad política. Así no pueden encuadrarse dentro del concepto de terrorismo las conductas desplegadas por piquetes de huelga de trabajadores, por grupos de autodefensa estudiantil y en general las de violencia callejera, así como tampoco las conductas de “individuos solitarios”. Todas ellas pueden llegar a tener trascendencia penal, como ocurrirá cuando la conducta pueda encuadrarse, por ejemplo, dentro de los delitos de desórdenes públicos, o atentados a la autoridad, o tenerla en menor grado o no tenerla, como ocurrirá cuando ellas no alcancen a las exigencias de ciertos tipos penales, y se trate ya de faltas o de conductas atípicas.

Las manifestaciones de mera disidencia política que incluso situadas al margen de las reglas institucionales de participación, no comportan reacción penal si no pierden su carácter pacífico.

Las conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, tales como las asociaciones ilícitas comunes.

3.3.3. Desventajas de considerar el elemento estructural

Las desventajas que ocasiona la inclusión de la organización en lo injusto penal provienen, a mi entender, no de la consideración del elemento estructural en sí, sino más bien del tratamiento agravatorio propio de los delitos de terrorismo sacrificando el principio de legalidad en materia penal.

En mi opinión el problema más grave que se advierte, y quizá el único importante, es la incriminación de las conductas de colaboración con organizaciones terroristas (Art. 394 y 396 APCP).

Cabe señalar que si bien el fundamento político criminal de la tipificación delictiva de este tipo de conductas de favorecimiento obedece a la ya consabida razón de combatir el terrorismo en todas sus formas, prevenir la comisión de este tipo de delitos y agravar las penas, por otra parte también parece que el legislador intenta soslayar un problema procesal de prueba, sacrificando el principio de proporcionalidad en las penas. Si la colaboración es prestada por un *extraneus*, es decir, un ajeno a la organización terrorista ¿por qué otorgar el mismo desvalor a la conducta de quien comete un delito concreto “perteneciendo” a una asociación ilícita”, que a quien lo comete “colaborando” con ella? parece ser que efectivamente quisiera evitarse la prueba relativa a la pertenencia o integración en una asociación ilícita terrorista.

3.4. Elementos para un concepto jurídico de terrorismo y propuesta de lege ferenda

El problema que se plantea a efectos sustantivos es, de un lado, cómo hacer coincidir la naturaleza del terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social, y del otro, el respeto al principio de legalidad y sus derivados. Tengo la impresión de que si se quieren

sancionar a título de terrorismo este tipo de conductas debe considerarse en términos generales: Primero, al carácter atentatorio a los derechos inherentes a la dignidad humana que revista el acto. Segundo, la finalidad política, entendida como la intención de alterar el ordenamiento constitucional democrático. Tercero, el acto debe ser violento e idóneo para causar temor en la población y para alcanzar la finalidad perseguida. La responsabilidad penal recaerá, según las reglas generales, en los individuos que cometen la conducta.

En mi opinión un concepto jurídico de terrorismo debería conjugar, de manera copulativa, los siguientes elementos:

Ser un delito común de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.

Ser cometido con la finalidad de "alterar" el ordenamiento constitucional democrático, entendiendo por tal el propósito de conmover los fundamentos del Estado democrático. Con ello se cumple el reconocimiento a la finalidad política y la protección al bien jurídico, a través del elemento teleológico. Técnicamente es un elemento subjetivo de lo injusto de tendencia interna intensificada.

Ser cometido por sujetos pertenecientes o integrantes de una organización criminal, una asociación ilícita para cuya calificación como terrorista no basta la mera ideología política contraria a la institucionalidad, sino que es preciso que ella tenga por objeto la comisión de delitos comunes de los descritos con la finalidad indicada y a través de la conducta que se describe. Cuestión distinta es la conveniencia o inconveniencia de tipificar autónomamente la asociación ilícita terrorista.

Al exigir la pertenencia o integración en una asociación ilícita se contempla el elemento estructural en el sujeto activo para la configuración típica, debiendo tratarse las conductas de colaboración con esta organización criminal en la forma indicada.

La conducta debe ser violenta para que pueda destacarse su carácter atentatorio contra los derechos humanos. En este sentido se atiende a los medios empleados y al resultado producido.

Los medios empleados deben ser de aquellos idóneos para atacar los bienes jurídicos fundamentales de carácter individual ya mencionados y para alcanzar la finalidad política perseguida. De esta forma el delito debe ser cometido utilizando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado extendiendo sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si éstas son ajenas a los móviles del delito.

Con la conducta debe perseguirse además la finalidad provisoria de causar temor a toda la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño. Se trata de intimidar a la población para conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que esta finalidad última o propósito efectivamente se alcance.

Pienso que este contenido en el concepto de terrorismo permite arribar a una comprensión que diga relación con su esencia en cuanto fenómeno social: la conducta violenta, apartada de los cauces democráticos de participación que forma parte de la

estrategia política de una organización y que implica una agresión directa o indirecta a los derechos inherentes a la persona humana, al Estado de Derecho que se funda en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, conducta que debe ser idónea para imponer a la sociedad o una parte de ella, sobre la base del miedo o temor, el sometimiento a las ideas o los propósitos políticos de dicha organización.

En consecuencia, y de *lege ferenda*, se propone la siguiente tipificación:

Art. 391. "Constituirán delitos de terrorismo los que cometieren sujetos integrantes de una asociación ilícita terrorista, y que se enumeran en el artículo 392, cuando en ellos concurrieren las circunstancias siguientes:

1. Que el delito se cometa con la finalidad de alterar el orden constitucional, infundiendo temor a la población o parte de ella de ser víctimas de delitos de la misma especie para lograr su propósito.
2. Que el delito se cometa empleando artificios nucleares, bombas, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos, infecciosos u otros que pudieren causar grandes estragos".

Art. 392. "Constituirán delitos de terrorismo, cuando reúnan las características señaladas en el artículo anterior:

1. Los de homicidio, lesiones, secuestro y sustracción de menores.
2. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.
3. El expendio de alimentos y bebidas adulteradas o en descomposición, el envenenamiento de las aguas para el consumo público y la diseminación de gérmenes patógenos.
4. Los atentados contra la seguridad de nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público y el apoderamiento de los mismos o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.
5. Los delitos de incendio en cuanto afecten o puedan afectar la vida o integridad física de personas.
6. La colocación o lanzamiento de artefactos explosivos o incendiarios, que afecten o puedan afectar la vida o integridad física de personas".

Según se observa de la propuesta, se ha tratado de seguir un orden y clasificación lógicos: Delitos contra bienes personalísimos (nº 1 y 2) y delitos de riesgo catastrófico (nº 3, 4, 5 y 6). No obstante no se encuentra contemplado en el Art. 392 el delito de asociación ilícita terrorista. Ello para ser coherente con la inclusión en lo injusto penal del elemento organizativo y no infringir el *non bis in idem* al exigir para la configuración de la asociación ilícita la pertenencia a la misma, como elemento de lo injusto penal, con lo cual la pertenencia a la organización revestiría un doble carácter: de un lado elemento de lo injusto común a todo tipo penal de terrorismo, y a su vez elemento de lo injusto del tipo específico de asociación ilícita.

Para arribar a esta conclusión, se ha reflexionado sobre los siguientes puntos:

- Pareciera ser que no existiría distinción entre la asociación ilegal y los actos preparatorios. Desde luego, ambos implican un adelantamiento de la

punibilidad⁴⁶ ya que quien integra una asociación ilícita es sancionado independientemente de la efectiva comisión de otros delitos utilizando la asociación como medio. Compartiendo la opinión de *Quintero Olivares*⁴⁷ estimo que no deja de ser incomprensible el castigo “de los que se agrupan para decidir agruparse para luego delinquir”, y que en todo caso, de ser necesario el castigo a fases anteriores del delito, existe la fórmula de la tipificación expresa o específica, evitando las descripciones genéricas de los actos preparatorios punibles.

- A la luz de las consideraciones realizadas cabe preguntarse si es jurídico y político criminalmente adecuado contemplar la asociación ilícita como tipo penal autónomo. Y con mayor razón a la asociación ilícita terrorista, que supone penas agravadas en relación a la asociación ilícita común. Desde luego, como se ha señalado, la asociación ilícita constituye un adelantamiento de las barreras de protección penal, adelantamiento que por otra parte ha sido utilizado históricamente para reprimir las más variadas formas de disidencia⁴⁸.

La configuración típica de este delito parece querer salvar un vacío legal que tiene por objeto incriminar penalmente la conducta de quienes sin haber cometido delito alguno, deben, por razones de política criminal, ser castigados en razón de su adhesión a una determinada idea política. Quizás esta afirmación parezca un tanto severa, pero no encuentro otra explicación para su inclusión en el APCP como un delito autónomo.

En mi opinión, y en la propuesta que se señala, es dudosa la idea de la punición autónoma de la asociación ilícita terrorista, porque supondría una incriminación adicional para todos los delitos que se cometan desde la actividad de una organización terrorista. Si lo que político criminalmente se persigue es la sanción agravada a conductas de terrorismo, y en ellas el elemento estructural u organizativo se encuentra inserto como parte del tipo objetivo de los delitos no parece adecuado incriminar autónomamente la conducta de quienes aún no han cometido este tipo de delitos, y cuya sanción es además desproporcionadamente más grave que la del resto de las asociaciones ilícitas. Si de agravar las penas se trata, parece ya suficientemente grave el tratamiento punitivo de los tipos penales que contempla el APCP.

Por ello es que –y para ser coherente con mi propuesta- estimo que no debe tipificarse la asociación ilícita terrorista como delito autónomo. Sí, en cambio contemplar un artículo en el cual se defina la asociación ilícita terrorista, pudiendo quedar como sigue:

“Se entenderá por asociación ilícita terrorista, toda asociación de tres o más personas, con una estructura orgánica, jerarquía, reglas propias y disciplina que produzcan el efecto de generar entre sus miembros vínculos de alguna manera estables o permanentes, y cuya finalidad sea la de alterar el orden constitucional,

⁴⁶ BUENO ARÚS, Francisco. Principios generales de la legislación antiterrorista. En: *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid*, Monográfico nº 11, 1986, p.135-145, especialmente p. 138.

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”. En: FERRÉ OLIVÉ, J.C.; ANARTE BORILLO, E. (editores). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales, y criminológicos*. Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 186 nota 9.

⁴⁸ En este último sentido, QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada*, p. 179.

mediante la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los artículos 391 y 392”.

Un punto que queda al parecer sin resolver en esta contra propuesta de redacción es la del castigo a quienes actúan colaborando con las asociaciones ilícitas terroristas. A ello me referiré a continuación, tras examinar los actos de colaboración en el APCP.

3.5. Actos de colaboración

El APCP contempla dos normas destinadas a castigar actos de colaboración para la perpetración de delitos de terrorismo, similar al contemplado en otras legislaciones (CP español Art. 575 y 576)

Convendría tener presente que la colaboración que se está sancionando internacionalmente y en las legislaciones internas, es la que se da de respecto de organizaciones terroristas, y no de individuos aislados. El colaborador es un “*extraneus*” a la organización, que debe ser castigado a título del acto de colaboración cometido, o bien del delito concreto cometido. En cambio el “*intraneus*”, la persona que integra una organización terrorista, no realiza actos de colaboración, pues tales actos le corresponden en virtud de la estrategia y táctica elaborada por la asociación ilícita terrorista a la cual pertenece. Dicho de otra manera, al *intraneus* le corresponde realizar tales actos en virtud de la jerarquía y disciplina propias de una organización terrorista, notas que deben estar presentes en la asociación ilícita terrorista, además de su permanencia en el tiempo y pluralidad de objetivos dolosos, en concreto, la comisión de delitos de terrorismo⁴⁹.

3.5.1. El delito de inducción y promoción de los actos terroristas (art. 394 APCP)

Me parece que aquí se están confundiendo conductas de autoría con formas de participación.

La conducta de inducción a cometer delitos de terrorismo, es una conducta de autoría. En cuanto a la conducta de promoción. Promover significa “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”, o “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”. Por tanto, la conducta del que promueve delitos de terrorismo puede ser desplegada por el *intraneus* a la organización terrorista o por un *extraneus*. En el primer caso nos encontramos ante una conducta de autoría por pertenencia a la organización terrorista. En el segundo caso, y según el APCP, estaríamos ante un acto de colaboración.

Tanto la conducta del que promueve sin pertenecer a la organización, como la del sostenedor o financista es la de un *extraneus* al delito. Por lo que deberían haber sido ubicados en las conductas de colaboración del Art. 396.

3.5.2. Financiamiento (art. 396 APCP)

El Art. 396 del APCP es idéntico al Art. 8 de la actual LCT, introducido por la ley 19.906 de 13 de Noviembre de 2003⁵⁰: la conducta típica consiste en “solicitar”,

⁴⁹ Así se ha manifestado la jurisprudencia, ver por todas: SCA Santiago 13.11.1992, Rol n°14.711-92 (Caso Edwards), considerando 4°.

⁵⁰ Introducido en la normativa antiterrorista para dar cumplimiento ala Resolución 1373 de ONU.

“recaudar” o “proveer de fondos” directa o indirectamente con la finalidad de que se usen para la comisión de delitos de terrorismo.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “solicitar” tiene siete acepciones distintas, de las cuales dos podrían ser aplicables al precepto en comento: “Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado”, “Instar, urgir”.

Por su parte “recaudar” tiene tres acepciones: a) “Cobrar o percibir dinero”; b) “Asegurar, tener, o poner en custodia, guardar”; c) “Alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que se desea”.

Por último “proveer” tiene cinco acepciones, de las cuales tres son compatibles con la frase “proveer de fondos” que señala el precepto: a) “Preparar, reunir lo necesario para un fin”; b) “Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”; c) “Tramitar, resolver, dar salida a un negocio”.

a) Problemas en los verbos rectores que describen la conducta típica.

De acuerdo a lo que mayoritariamente estima la doctrina comparada⁵¹, la colaboración que se sanciona es la que se traduce en actos materiales y que tiene una finalidad próxima o inmediata, llegando a ser irrelevante la colaboración con la finalidad mediata, esto es, alterar el orden constitucional. Esta colaboración normalmente se traducirá en la aportación de financiamiento a una determinada estructura u organización, una asociación ilícita terrorista. Traducida en actos materiales debe ir desligada de un acto delictivo concreto, esto es, debe tratarse de una provisión de fondos no vinculable a delitos terroristas determinados. Consiste en poner a disposición del terrorista determinadas aportaciones. Luego, si se incluyera el vocablo solicitar se estaría castigando un acto preparatorio que no dice relación con una verdadera aportación a la comisión de delitos de terrorismo, si se interpreta en su sentido natural y obvio. En efecto, se trata de una persona que “pretende, pide o busca algo”, “insta o urge”, lo que no parece avenirse con el espíritu general del precepto y de los lineamientos político criminales que justifican esta incriminación, cuales son, en concreto, aportar a la financiación de los actos de terrorismo.

Por esta misma razón no parece aconsejable incluir el vocablo “indirectamente” ya que “colaborar indirectamente” se aparta de la exigencia del dolo que requiere la conducta.

En cuanto a la conducta de “recaudar” no se entiende el porqué de su inclusión en el tipo penal, puesto que en el Mensaje Presidencial de la ley 19.906, que fue la que incluyó este precepto como Art. 8 de la ley de conductas terroristas y que se reproduce en el Art. 396 del APCP, se señala que al que solo recauda, pero no provee de fondos, no le puede caber responsabilidad en ningún delito de terrorismo. Ello se ve reforzado por el sentido natural y obvio de la palabra recaudar. El que recauda “cobra o percibe dinero”, “asegura, tiene o pone en custodia, o guarda”, o bien “alcanza, consigue con instancias o súplicas lo que desea”.

⁵¹ Por todos: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 783.

En mi opinión, si quiere mantenerse una norma que castigue los actos de colaboración, la conducta debería reducirse solo a la provisión de fondos o financiamiento y a la promoción⁵² para cumplir con el principio de legalidad. Pudiendo, en todo caso, la conducta de financiamiento, quedar comprendida a título de autoría o participación en el concreto delito de que se trate, de conformidad a las reglas generales de participación criminal previstas en el APCP.

3.5.3. Propuesta

Es cierto que en principio, el fundamento de las normas examinadas es el castigo de determinadas conductas de colaboración que, por no haberse producido el resultado lesivo (delito concreto) o por la dificultad de probar el correspondiente nexo causal, podrían quedar impunes. No obstante, parece que no es sólo la necesidad de prevenir actos de terrorismo lo que ha motivado la inclusión de estas normas, sino también, la intención de severidad penal, aumentando con ello los efectos criminógenos de este tipo de legislaciones. Y esto porque en el Art. 394 las penas aplicables son tan altas que al colaborador le será igual actuar dentro o fuera de la organización. Y en el Art. 396 se aplica la misma pena sea que el colaborador aporte directa o indirectamente a la actividad terrorista. Modestamente estimo que la pena debería graduarse en función de la gravedad de la conducta de colaboración. En consecuencia, vistos los problemas que ocasiona la inclusión de los actos de colaboración, como delitos autónomos se propone castigar las conductas que describen los Art. 394 y 396 como forma de participación en el delito concreto cometido, retornando así a las reglas generales de participación criminal, que son las que mejor garantizan el respeto al principio de proporcionalidad y culpabilidad por el hecho.

3.6. Íter criminis (art. 395 APCP)

Siguiendo los criterios de agravación propios del tratamiento jurídico que se asigna al terrorismo, el precepto establece una excepción a las reglas ordinarias sobre la penalidad de la tentativa, castigando además la proposición de cometer esta clase de delitos y la amenaza seria de ejecutarlos.

Modestamente estimo que de un lado, no puede justificarse esgrimiendo razones de política criminal el establecimiento de dicha excepción a la regla general establecida en el mismo APCP, respecto de la sanción a la tentativa de delito. De otro lado, se produce un indudable efecto criminógeno al sancionar la tentativa como delito consumado, aunque la pena asignada sea la mínima. El efecto criminógeno se produce toda vez que, del texto legal se desprende que el desvalor de acción que se asigna a la tentativa y al delito consumado es el mismo, de donde resulta que a los sujetos les será indiferente realizar un delito tentado o consumado.

Segundo, la conspiración, acto preparatorio, es sancionada con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados, lo que también constituye una excepción a las reglas ordinarias sobre penalidad.

Tercero, la “amenaza” de comisión de delitos de terrorismo se castiga como tentativa del mismo, esto es, con la pena mínima asignada para el delito consumado.

⁵² Entiéndase la promoción de quien no es integrante de la asociación ilícita terrorista.

Llama la atención que un delito que en la legislación común se encuentra tipificado autónomamente, sea equiparado en su tratamiento a una de las fases correspondientes al *iter criminis*. Lo que se infiere del texto del Art. 396, es que se está considerando, erróneamente, que la amenaza de un delito de terrorismo implica dar principio a la ejecución de ese mismo delito por un hecho directo. Tal aseveración resulta insostenible: no puede considerarse que quien realiza una llamada telefónica a otro amenazándole con secuestrarle a él o a un miembro de su familia, está dando principio a la ejecución del delito de secuestro.

3.7. La atenuación punitiva por colaboración con la justicia: el arrepentimiento eficaz (art. 397 APCP)

3.7.1. Aspectos generales

El Derecho penal premial se ha constituido en un instrumento de utilización frecuente en contra de las organizaciones terroristas, como técnica de control social enmarcada en la legislación de emergencia que se aplica a las mismas. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, independientemente de la producción en el mismo de un determinado estado psicológico que efectivamente de cuenta de su reinserción social. A ello se agrega el peligro inminente para la verdad procesal, toda vez que el sujeto que encontrándose en una situación de desventaja y accede a la “negociación” con las autoridades no da garantía de la fiabilidad de sus declaraciones.

Se trata de una “atenuación específica de la pena” que procede respecto de un comportamiento post delictivo ya que tiene lugar después de la consumación del delito por el que ha sido procesado el sujeto, y que, como es patente en el APCP, no limita sus efectos al delito en el que el sujeto hubiese tomado parte y por el cual se encuentra procesado, sino a otros relacionados con la actividad de organizaciones terroristas. Con ello se produce una distorsión en la relación delito-pena⁵³, pues se presenta un elemento ajeno al delito (comportamiento post delictivo) y que resulta determinante en la atribución de la responsabilidad penal.

Hay que tener presente, que como ha señalado la doctrina, que los comportamientos post delictivos no afectan al binomio antijuridicidad-culpabilidad, puesto que ellas quedan determinadas al momento de la consumación⁵⁴. De esta manera no puede sostenerse que la presencia de un elemento ajeno al comportamiento delictual tenga la capacidad de afectar a los restantes elementos del delito (antijuridicidad, culpabilidad). Máxime, cuando lo que se contempla en estas normas no es un supuesto tradicional de comportamiento post delictivo.

⁵³ En este sentido, en España DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 30, 1986, p. 559-602, p. 558. LAMARCA, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, p. 321. En Chile, MOLINA, Rodrigo; MERA, Jorge. *Ley de Arrepentimiento Eficaz: sus principales problemas*. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1994, p. 11. MUJICA MONTES; RIEGO. *Ley sobre arrepentimiento eficaz*. Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1994, p. 28-29.

⁵⁴ CUERDA ARNAU, M^a Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1995, p. 266-267, CAMPO MORENO, Juan Carlos. *Represión penal del terrorismo: una visión jurisprudencial*. Valencia: Editorial General de Derecho, 1997, p. 111.

3.7.2. Examen de los supuestos de colaboración con la justicia del Art. 397 del APCP

a) *Llevar a cabo acciones tendientes directamente a “evitar o aminorar las consecuencias del hecho inculpativo”*

Este supuesto puede interpretarse de dos maneras que no tienen por qué ser excluyentes: a) un comportamiento previo tendiente a evitar, sin conseguirlo, la consumación del delito; b) que una vez consumado el delito se trate de aminorar sus consecuencias.

En el primer caso, cabe preguntarse si no nos encontramos ante una eventual conducta en la que, en principio, la atenuante no está llamada a proyectarse. El sujeto que voluntariamente interrumpe el *iter criminis* para impedir la consumación del delito, realiza una conducta muy semejante a la figura del desistimiento.

b) *“Proporcionar antecedentes” que sirvan efectivamente para “impedir o prevenir la perpetración” de otros delitos, o bien para “detener o individualizar a responsables”.*

Esta es una forma especial de colaboración eficaz con la Justicia⁵⁵ que en su primera modalidad no queda limitada a las informaciones o antecedentes relativos al delito en el cual hubiere tomado parte el sujeto, sino que se extiende a “otros delitos de terrorismo”. ¿No se está beneficiando con ello la delación? ¿No se están infringiendo principios básicos del derecho penal? ¿No resulta dudosa su constitucionalidad?

La aplicación de este beneficio sólo cuando la colaboración con la justicia diga relación con otros “delitos de terrorismo”, rompe con el principio de igualdad. Hay una diferencia arbitraria cuando la atenuación se hace aplicable para quien revela antecedentes relacionados con delitos de terrorismo, y no con otros delitos que también pueden relacionarse con la actividad de una asociación ilícita tales como los de la Ley de Control de Armas o los delitos contra la Seguridad del Estado, e incluso sobre delitos comunes, como los consistentes en atentados contra la propiedad para financiar la estructura.

Resulta contradictorio asimismo que se establezca una rebaja de la pena para quien informa a la autoridad acerca de la comisión de delitos en los cuales no hubiere tomado parte, y no en relación al delito en el que sí hubiere participado. Como decía, se rompe con ello la relación necesaria que ha de existir entre el delito y la pena, contradiciendo una exigencia básica del propio Derecho penal, inspirada en consideraciones preventivo-generales, cual es el principio de proporcionalidad⁵⁶.

Existe además un riesgo inminente para la “verdad procesal” ya que el sujeto que negocia con la autoridad judicial en una situación de desventaja, enfrentado a una alta pena, no posee la imparcialidad suficiente como para garantizar la veracidad de sus declaraciones⁵⁷, puede llegar a involucrar a personas ajenas a la actividad delictiva, en aras a conseguir, a toda costa, su propio beneficio.

⁵⁵ En este sentido MUJICA MONTES; RIEGO, *Ley sobre arrepentimiento eficaz*, p. 36-37.

⁵⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Atenuación”, p. 580. Le siguen en Chile MOLINA; MERA, *Ley de Arrepentimiento Eficaz*, p. 28-30.

⁵⁷ La doctrina ha sido unánime a este respecto. Véase, por ejemplo, en torno al caso italiano, BARATTA, A. Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia. En:

En cuanto a la entrega de informaciones que lleven a detener o individualizar a los responsables de actos terroristas, cabe decir que aunque el fundamento político criminal de las normas de derecho penal premial tiene un carácter netamente utilitarista, pero también puede fundamentarse desde los fines de la pena. Es en este punto donde cabe hacer una matización ya que la modalidad de conducta consistente en la inculpación de terceros no parece adecuarse a los criterios de reinserción.⁵⁸ Si seguimos el tenor literal, entendemos que se trataría de los “responsables” de esos otros delitos en los que el colaborador no ha tomado parte, y por tanto, lo que se está exigiendo es que el sujeto proporcione informes acerca de la estructura, medios, planes y lugares de la asociación ilícita terrorista a través de la cual se cometen delitos de terrorismo.

De esta forma, la exigencia de una colaboración “eficaz” nuevamente rompe con el principio de igualdad ya que se establece un tratamiento diferenciado para un mismo tipo de delinquentes. La atenuación de la pena queda reservada a quienes, dentro de una organización, poseen una mayor cuota de control sobre la misma, conociendo a sus integrantes, planes y estructura. Existe una situación de privilegio, que conduce a otorgar el beneficio a los “terroristas más peligrosos”, que son los únicos en disposición de prestar la colaboración “eficaz” requerida⁵⁹.

Lo anterior lleva a plantear un reparo también desde el punto de vista ético, ya que no parece existir distinción, entre lo que verdaderamente implica una colaboración con la justicia y la delación. Colaborar con la justicia es un derecho que asiste a cualquier ciudadano que se ha visto involucrado en hechos delictivos y que desee reinserirse socialmente. El sistema democrático debe garantizar que esos ciudadanos tengan cabida en él. Sin embargo, lo que no puede amparar es que el delator sea recompensado por una actividad que en sí misma provoca su degradación moral.

No parece ético que en un Estado de Derecho, para mantener su vigencia y combatir el terrorismo “tenga que institucionalizar una práctica tan deleznable como es la delación”, porque “ella compromete gravemente un conjunto de valores esenciales de las personas y la sociedad”, valores que deben encontrarse presentes en un país que quiere reconstruir sobre la verdad, la transparencia, la justicia, y el pleno a los derechos humanos”⁶⁰.

La decisión de ciertas organizaciones de mantener la estrategia de violencia tras el advenimiento de la transición democrática, fue una consecuencia lógica de los tiempos que se vivieron bajo el régimen autoritario, y por tanto, la forma de combatir al terrorismo no es a través del fomento de la delación, sino a través del diálogo, considerando especialmente que existen claros antecedentes que los grupos más significativos han abandonado la vía armada: “en la lucha contra el terrorismo deben

Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa. 6ª ed. Bilbao: IPES, 1985, p. 45. Para el caso español, PÉREZ CEPEDA, Ana. Reinserción en materia de terrorismo. *Cuadernos Jurídicos*, n° 31, Junio 1995, p. 27. Para el caso chileno, MUJICA; RIEGO, *Ley sobre arrepentimiento eficaz*, p.120-121.

⁵⁸ En esta opinión que comparto, CUERDA ARNAU, Mª Luisa. *Atenuación*, p. 353.

⁵⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Atenuación”, p. 580. Similar, en la doctrina chilena, MUJICA; RIEGO, *Ley sobre arrepentimiento eficaz*, p.121-122.

⁶⁰ Opinión del Diputado Sr. Naranjo durante la discusión del Proyecto de ley que precedió a la ley de arrepentimiento eficaz (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley 19.172. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Santiago: 1997, p. 2260-2261.

estimularse los valores morales y no los contrarios a ellos...la delación compensada es negativa, rompe con la idiosincrasia del pueblo chileno, el cual desprecia al delator. No hay que desconocerle a nadie sus valores positivos, como es la lealtad”⁶¹.

c) Posibilidades de aplicación de normativa de las asociaciones ilícitas y atenuantes de aplicación general.

Considerando las objeciones realizadas cabría preguntarse si no es posible prescindir de una norma como la que se comenta y buscar en otros artículos una normativa similar que permitiera incentivar la colaboración con la justicia sin quebrantar principios e instituciones básicas del derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, igualdad.

Si la idea central de la atenuación punitiva por colaboración con la justicia no es otra que la desarticulación de las asociaciones ilícitas a cuya estrategia responde la comisión de delitos de terrorismo, cabría recordar que el Art. 368 del APCP consagra ya con carácter general la idea de la cooperación a cambio de indulgencia, beneficiando con la exención de pena a quienes revelen a la autoridad los planes de una asociación ilícita antes de su ejecución; o su atenuación, si el hecho se ha ejecutado y se coopera en su esclarecimiento, en la identificación de responsables o en la evitación de nuevos delitos.

Se trata de una norma de derecho penal común aplicable a todo tipo de asociaciones ilícitas, y por ende, también a las asociaciones ilícitas terroristas. No hay razón para excluirlas de su radio de acción.

d) Aplicación de normas relativas al desistimiento y atenuantes generales.

Además, las normas que, a mi entender, mejor responden al contenido del Art. 388 que no se limita al delito de asociación ilícita, sino que se extiende a todos los delitos de terrorismo, son aquellas que, sin señalarlo expresamente, vienen a consagrar la figura del desistimiento en el delito consumado y en fases anteriores a la consumación (Art. 5 APCP) y las atenuantes generales de responsabilidad penal.

El Art. 397 en su primera parte, permite la rebaja de pena hasta en dos grados para “quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”, lo que perfectamente puede interpretarse, o bien como un desistimiento en un delito tentado o frustrado, caso en el cual procede la exención de pena, o bien como una atenuante de reparar el mal causado o impedir sus ulteriores y perniciosas consecuencias.

En el primer caso (“evitar las...”), supongamos un sujeto que ha realizado actos preparatorios punibles y antes de consumarse el delito, decide presentarse ante la autoridad, en términos tales que permiten evitar, por ejemplo, que la bomba destinada a arder, definitivamente estalle. Estamos ante un desistimiento en un delito tentado.

⁶¹ Opinión del Diputado AYLWIN, Andrés, en *Historia de la Ley 19.172*, p. 1874-1875.

En el segundo caso ("aminorar las consecuencias"), nuestro sujeto en cuestión inicia la ejecución del delito y lleva a cabo todos los actos necesarios para que éste se consuma, sin embargo, antes de que la bomba estalle en un centro comercial, decide presentarse ante la autoridad dándole información. A raíz de esta conducta, la autoridad procede a evacuar el recinto, y al explotar el artefacto, sólo se causan daños materiales, en lugar de la muerte de personas. Estaríamos o bien ante un desistimiento por evitar la producción del resultado de muerte de personas, sin perjuicio de ser sancionado por los daños materiales, o bien ante la atenuante general de responsabilidad criminal consistente en ponerse voluntariamente a disposición de la justicia, confesar su intervención en el delito, procurando contribuir al esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la segunda parte del Art. 397, el beneficio por colaboración con la justicia procede también para quienes "dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos de terrorismo, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos". Lo cual podría configurar la atenuante analógica de responsabilidad penal (Art. 7 N.º 6 en relación con el Art. 7 N.º 5 del APCP).

Por último, de no considerarse acertada la absorción de las conductas del Art. 397 en las figuras del desistimiento o atenuantes generales, pienso que sería conveniente restringir el otorgamiento de la indulgencia a cambio de colaboración respecto de hechos o delitos en los cuales hubiere tomado parte, fuere potencial (conspiración, proposición para delinquir) o efectivamente (comisión del delito), puesto que son los únicos que dan cierta garantía de verdad procesal.

Conclusiones

El APCP reproduce en casi su totalidad la ley 18.314 actual, que data de 1984 y modificada a los inicios de la transición democrática (1991). En la actual sociedad del riesgo, la "legislación de emergencia" ha pasado a denominarse "Derecho penal del Enemigo" contando con un sustento teórico doctrinal que permite justificar excesos en la reacción penal. Los excesos en la reacción penal y el concepto de "enemigo" al estilo hobbesiano o rousseaiano como postula la teoría penal del enemigo, son propios del Estado Absoluto, haciendo un flaco favor a los sistemas democráticos. De ahí que se estime incorrecto que el Anteproyecto del "Código Penal de la Democracia" en nuestro país, continúe legislando sobre el terrorismo, amparándose en un modelo o teoría penal, que no hace sino fortalecer el autoritarismo, característica que modestamente estimo debería estar ausente en una democracia.

El "enemigo" hoy en día en nuestro país, es el mapuche, que duda cabe, a ellos se le aplica la ley de conductas terroristas. La interrogante que surge es ¿Quiénes serán los próximos "enemigos"? En otras palabras, quiénes serán los siguientes destinatarios de la ley de conductas terroristas: ¿Verdaderos terroristas? ¿O sujetos que cometen actualmente conductas de violencia social? Se dice esto porque hasta 1998 a los mapuches se les aplicaba la ley de seguridad del Estado, lo que indica que nada obsta para que conductas actualmente juzgadas a través de la legislación penal común, lo sean, el día de mañana, por una legislación antiterrorista, esto es, jóvenes ocupas, jóvenes anarquistas, jóvenes marginales de 14 años que "huyen de manera duradera del derecho" al ser delincuentes habituales.

Siendo este Derecho penal del Enemigo una realidad, que no se cambiará fácilmente, considerando especialmente este "lucha a toda costa contra el terrorismo" impulsada por los países más ricos, modestamente estimo que la labor del jurista y del legislador ha de ser la de intentar paliar los efectos nocivos que ella pueda tener, y reflejar esta tendencia en la creación de los tipos penales.

Para elaborar un concepto jurídico de terrorismo, deben considerarse las características sociológicas del fenómeno, a fin de aprehender la desviación social en su totalidad. De esta forma, los elementos de este concepto vendrían a conjugar: un elemento teleológico: finalidad política con los elementos estructural e instrumental.

La finalidad política debe ser entendida en sentido amplio. De esta forma no cabe distinguir entre terrorismos según la forma más notoria de su manifestación. Esta finalidad impide que el terrorismo se convierta en un cajón de sastre de otras conductas delictivas, en cuya virtud podrían llegar a sancionarse actos de violencia social o espontánea.

El bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo es el orden constitucional democrático. Los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, en general se encuentran garantizados a través de la Constitución. Dentro de estas garantías está la de participar en la vida ciudadana a través de los cauces o vías legales de participación democrática, los que a su vez deben estar materialmente abiertos. Esto es justamente lo que el terrorismo no respeta: en lugar de acudir a esas vías, opta por la violencia como método de acción, para imponer a la sociedad toda o parte de ella, a través del miedo, el sometimiento a los propósitos utilitarios de sus autores.

La única forma de afectar el ordenamiento constitucional democrático, es a través de una estrategia que tienda a socavar los cimientos del Estado democrático. Y una estrategia sólo puede ser llevada a cabo por una organización. De ahí la necesidad de contemplar a la asociación ilícita como elemento integrante de lo injusto penal común a todos los delitos de terrorismo.

El temor que busca o genera la actividad terrorista debe ser considerado como una tendencia en la conducta, que tiene por propósito "alterar el orden constitucional". Constituyéndose esta última finalidad como un elemento subjetivo de lo injusto penal (de tendencia intensificada).

La utilización de medios especialmente dañosos, debe formar parte de la conducta típica.

El APCP no establece diferencias con la ley 18.314, incurriendo en el error de reproducir sus falencias. De un lado, la inseguridad jurídica que provoca el no tener claro cuál es el bien jurídico protegido: tranquilidad pública (causar temor...) o seguridad del Estado (arrancar decisiones o imponer exigencias). De otro lado, para acreditar la finalidad de causar temor, se establece una presunción judicial, en cuya virtud se tiene por acreditada la finalidad terrorista por el hecho de utilizarse en la comisión del delito medios especialmente dañosos. Se infringe el principio de legalidad, la presunción de inocencia, y se crean problemas de doble incriminación. En concreto, con el artefacto explosivo o incendiario, el cual es elemento del tipo penal de

“colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios”, y a su vez eventual medio de comisión para dar por acreditada la finalidad terrorista.

La punición de actos preparatorios es algo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es aquí donde encontramos una de sus excepciones: la punición de actos de colaboración. La colaboración que materialmente se sanciona es aquella que se traduce en actos materiales, y esta se traduce en la participación en el acto concreto o en la aportación de financiamiento a una asociación ilícita terrorista. Por tanto, la colaboración no debe sancionarse como delito autónomo, sino que dichas conductas deben castigarse conforme a las reglas generales de participación criminal. Y en todo caso, de ser necesario su castigo a título de *nomen iuris* propio, la conducta debería reducirse sólo al financiamiento o provisión de fondos para con la actividad terrorista.

La sanción de la tentativa como delito consumado, plantea de un lado, un problema de contradicción entre los principios generales del derecho y los lineamientos político criminales relativos al terrorismo que tienden a alterar esos principios generales. De otro lado, un efecto criminógeno, pues al sujeto le dará igual el tentar o consumir.

El arrepentimiento eficaz tiene serios cuestionamientos éticos, ya que debe despreciarse al delator. Desde el punto de vista jurídico, en materia de derecho penal adjetivo, representa un peligro para la verdad procesal, en materia de derecho penal sustantivo, rompe con la relación “delito–pena”, y en materia de prevención, no sirve a efectos preventivos, ni generales ni especiales. De esta forma parece más adecuado recurrir a las normas de la Parte General del APCP, que consagran el desistimiento y las atenuantes generales de responsabilidad criminal.