

Terrorismo y Derecho Penal

Santiago Sánchez Gavier
Ayudante-alumno de Derecho Penal I

SUMARIO: I) Introducción, contextualización. II) Terrorismo. A- Concepto. B- Tratamiento jurídico. 1. Garantía de legalidad 2. Principio de utilidad. III) Reflexión final. IV) Bibliografía

I) Introducción, contextualización:

Asumiendo que el derecho penal, como sostiene Zaffaroni, consiste en aquella “rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”¹, el presente trabajo tiene por finalidad analizar críticamente desde esa orientación reductora del poder punitivo las elaboraciones doctrinarias surgidas en los últimos años con el propósito de combatir el terrorismo.

La crítica está basada en razones jurídicas, históricas y políticas insoslayables que en el último tiempo, como respuesta a aquellas elaboraciones, han ido construyendo y poniendo de resalto estudiosos del derecho penal de manera tal que se ha conformando un nuevo “discurso de la resistencia” ante su avance.

En tal sentido, comenzamos advirtiéndole que las nuevas doctrinas tienen una característica que las aglutina, un denominador común que es la emergencia. Siempre parten de la constatación de un suceso nuevo para el mundo, anormal, de ingente peligro. Un peligro que, a su vez, por un lado, sólo puede ser *exterminado*² y, por otro, dicha solución final sólo la conciben posible con medidas especiales y extraordinarias.

¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar. 2da. Edición. Buenos Aires año 2002. Pág. 4.

² Desde las Teorías del conflicto se enseña que no es la visión más adecuada aquella que pretende resolver los problemas eliminando el conflictos, explican estas posiciones *conflictualistas* que el conflicto es algo natural en el mundo no una anomalía (como por el contrario sí creen las concepciones *consensualistas*) de lo que se trata, en última instancia, es de disminuir sus efectos nocivos hasta el mínimo posible. Véase la obra de REMO ENTELMAN, *Teorías del conflicto*, Buenos Aires (2002). Asimismo, señala Zaffaroni en la misma línea de pensamiento que Entelman, que “nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia, salvo que se confunda la solución *definitiva* con la *final* (genocidio)... La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la *negociación*, que pertenece al campo de la *política*...” —remarcados propios— en EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*. Ed. Ediar. 1ra. Edición. Buenos Aires año 2004, pág. 17.

Asimismo, tanto los peligros como las propuestas de solución están atravesados por un hecho que aun hoy goza de una actualidad indiscutible cual es la globalización. Lo que explica porqué el mismo autor citado anteriormente mantiene que “*con el terrorismo se está viviendo una especie de Seguridad Nacional pero ‘planetarizada’*”.

Este fenómeno de la globalización es definido por algunos como “el acelerado proceso de integración de los mercados nacionales en un gran mercado mundial”³, aunque es patente que si bien es en el orden financiero donde produce cambios profundos (a causa, principalmente, de la economía electrónica que permite un nivel de flujos financieros y de capital que hace unos años era impensado), es un fenómeno que influye hasta en los aspectos íntimos y personales de nuestras vidas⁴. Todo ello a causa de una verdadera revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional.

Siguiendo con la búsqueda de porqué el contexto mundial ha permitido que se difunda de tan dilatada manera el discurso autoritario antiterrorista, hay que señalar que advierten los sociólogos que una de las ideas que con la globalización ha tomado una relevancia nunca dada en la historia es la de *riesgo*. Asimismo, explica ANTHONY GIDDENS que la idea de riesgo es inseparable de las de probabilidad e incertidumbre puesto que no puede decirse que una persona corre un riesgo cuando un resultado es seguro al 100 por 100, y que las culturas tradicionales no tenían un concepto del riesgo porque no lo necesitaban. El riesgo se refiere a peligros que se analizan activamente en relación a posibilidades futuras. Por lo tanto, sólo alcanza un uso extendido en una sociedad orientada hacia el futuro como es la actual. Contrariamente, las culturas anteriores que han vivido principalmente mirando al pasado han utilizado las ideas de destino, suerte o voluntad de los dioses donde ahora tendemos a colocar el riesgo⁵.

Lo dicho nos ayuda a entender cómo, cuando por intermedio de los medios masivos de comunicación se difunde un hecho atemorizador, parece cundir el pánico en todo el planeta (repárese en el ataque a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001)

³ OSCAR SARLO, *Globalización y derecho, sus proyecciones sobre la formación de los juristas*. Cuadernos de la Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria, Universidad Nacional de la República, tercera seria, Núm. 3, Montevideo, Uruguay, pág. 9.

⁴ ANTHONY GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, 1990, pág. 25

⁵ *Op. cit.* pág. 34.

y esa obsesión por el riesgo de las sociedad globalizada degenera en miedo⁶. Incluso se da el sinsentido de que el miedo es percibido por personas que viven en países ubicados en la otra punta del mundo que aquél en el que se suscitan los hechos atemorizantes, con realidades socio-políticas que en nada se parecen.

De igual modo, los mismos medios utilizados para difundir el pánico, son empleados luego para que se expanda un discurso penal autoritario, al que la ciudadanía, estremecida, adscribe. Y tal apoyo es indispensable porque el discurso penal autoritario de estos días consiste en la anulación de libertades allí donde merced de años de lucha el ciudadano había legítimamente adquirido; en tanto que para ocultar este retroceso se emplean eufemismos tales como *flexibilización de las garantías*, cuando en realidad se trata de desgarantizaciones o directamente violaciones de los derechos elementales.

En este contexto, abordaremos algunos puntos sobre el terrorismo y los modelos de derecho penal que pretenden darle tratamiento, siendo nuestra hipótesis a confirmar que son ajenos al derecho penal del Estado de Derecho.

II) Terrorismo

Dos son los grandes tópicos que inundan la problemática del terrorismo. Por un lado su concepto. Por el otro su tratamiento jurídico.

A) Concepto:

Con respecto al primero, cabe prevenir que definir una palabra no es una tarea sencilla, mas sí lo es *necesaria para lograr la comunicación*; y con mayor razón si, como dice Bibiloni “el lenguaje es el elemento fundamental de la idea” esta tarea será inevitable para cualquier elaboración que pretenda ser científica. Empero se advierte a poco que se camina por este terreno de las definiciones que hay palabras que son más fáciles de definir que otras, o palabras que pueden aprehender con más claridad algunos conceptos que otros, quedando estos otros conceptos, objetos o entes, en lo que se denomina *zona de penumbra*, alejados del núcleo donde se halla la aludida *claridad*⁷.

⁶ Véase el análisis que realiza el prestigioso sociólogo ALAIN TOURAINE en *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Editorial Paidós, Buenos Aires, año 2006, pág. 24, en particular sobre la tesis de Samuel Huntington de “la guerra de las civilizaciones” (así denomina Huntington a la era actual, haciendo referencia a la guerra en medio oriente a la que ve como una gesta entre dos civilizaciones opuestas, oriente y occidente).

⁷ Véase RICARDO GUIBOURG en: <http://www.intelligent-systems.com.ar/intsynt/definitSp.htm>, quien explica que “El contenido semántico de una palabra en un proceso de comunicación, depende del grado de interacción entre el significado atribuido por el emisor y el significado atribuido por el receptor. Cuando hablamos de comunicación

En ese sentido, la palabra *terrorismo* es de aquellas que traen dificultad a la hora de delimitar su significado. Tal inconveniente se trasluce en los primeros pasos, cuando rastreamos su derrotero histórico, para lo cual debemos comenzar remontándonos al siglo XVIII y la Revolución Francesa (el fenómeno del terrorismo lejos está de ser una novedad de los últimos años, es una lamentable práctica que viene de antaño⁸). Allí fue utilizada por primera vez, y lo fue para designar la manera de gobernar por el terror, principalmente en los años 1793 y 1794 donde en el período denominado Reinado del Terror –cuyo exponente más importante fue Maximilien de Robespierre– fue utilizado como medio de control estatal⁹.

Pero esta noción de terrorismo como actos del Estado que gobierna por el terror fue tornándose más extensa hasta atrapar también a actos que van en contra del Estado. Llegando actualmente a ser un *concepto altamente difuso* en el que su significado primigenio varió. Adviértase que a punto tal se ha producido un viraje en el enfoque de la palabra, que hoy en día la noción oficial de la misma consiste en que cuando a un hecho criminal se lo tilda de terrorista aparecen inequívocamente como sujetos activos bandas u organizaciones con algún interés contrario al Estado; en cambio, si el hecho *terrorista* ha de ser endilgado a algún Estado, la aparente contradicción debe aclararse inmediatamente, así se habla de *terrorismo 'de estado'*. Incluso el diccionario de la Real Academia Española tiene previsto modificar el significado de la palabra agregando una acepción más en la edición número 23; así, a sus dos acepciones: 1. m. Dominación por el terror. 2. m. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror; se adicionará una tercera según la cual terrorismo es: 3. m. Actuación criminal de bandas

social y no meramente individual, el contenido semántico del signo depende del relativo consenso social acerca de cierto meollo de significado (y, en cierta medida, también de las semejanzas más o menos vagas o más o menos compartidas en los sectores de significado no dotados de consenso). Esto es lo que se entiende por zona de penumbra; pero en este contexto vale la pena recordar que la penumbra tampoco es precisa: generalmente el paso de la claridad a la penumbra y de ésta a la oscuridad, es a su vez vago, de modo que el consenso acerca del significado suele presentarse como un continuo. Desde luego, hay una diferencia cuantitativa entre palabras "precisas" (que tienen más luz en el centro, más oscuridad en la periferia y una zona de luz intermedia más estrecha) y palabras "vagas" (que tienen un centro luminoso más estrecho y una penumbra que se extiende muy paulatinamente hacia la periferia). Cuando una palabra es tan vaga que incluso su centro es bastante penumbroso, tenemos buenas razones para tomar el toro por las astas y, hablando mal y pronto, calificarla de vacía. No es que la gente carezca por completo de criterios para el uso del vocablo: lo que ocurre es que los criterios coinciden poco."

⁸ Como ha expresado JOSEPH S. NYE: "El terrorismo no es algo nuevo ni es un enemigo único. Es un viejo método de lucha que a menudo se define como el ataque deliberado en contra de inocentes con el fin de sembrar el miedo." En José María Tortosa, *La palabra terrorista*. En <http://www.seipaz.org/2005tortosa.htm>

⁹ Véase, entre otros, JOSÉ MARÍA TORTOSA, Id. Cit.

organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos¹⁰.

Es patente que el uso actual de la palabra poco tiene que ver con lo que históricamente significó y que sólo parcialmente se aviene con su literalidad. Aún así, en este punto puede optarse por los consejos de la filosofía analítica como metodología jurídica, de tal suerte que habremos de ceñirnos al significado de las palabras que por convención se establezca, lo que a los fines de un análisis del tipo que pretendemos se yergue como única realidad¹¹, quedando relegado a otras áreas del conocimiento indagar las razones de este cambio.

Sin embargo, a pesar de que se dejen de lado las oscilaciones que el significado tuvo en la historia, tampoco en la actualidad hay unidad de criterios a la hora de definir qué es *terrorismo*. Lo que sí se puede verificar es que hay dos maneras opuestas para abordar el problema. Una de ellas es el enfoque *literal*, que toma la cuestión en serio; y otra que consiste en un enfoque *propagandístico* que construye el concepto de terrorismo como un instrumento al servicio de un poder determinado. Siguiendo la primera, se empieza por definir qué constituye terrorismo; luego se buscan ejemplos del fenómeno –centrándose en los principales modelos– y luego de ello sí se trata de determinar causas y remedios. El enfoque propagandístico exige un procedimiento distinto. Se empieza por la tesis de que el terrorismo es responsabilidad de un enemigo oficialmente designado. Entonces califica los actos terroristas de “terrorismo” sólo si pueden atribuirse (de forma plausible o no) al origen requerido; de lo contrario deben ser ignorados, suprimidos o calificados de “represalia” o “autodefensa”. No es sorprendente que generalmente los gobiernos y sus instrumentos en Estados totalitarios adopten el enfoque propagandístico¹². Tal es la tarea que palmariamente se ha propuesto realizar los Estados Unidos de Norteamérica en los últimos años¹³.

¹⁰ Véase http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=terrorismo.

¹¹ Véase JOSÉ M. GONZÁLEZ LEAHY, en AA.VV, *Propuesta de Metodología Jurídica*, Córdoba 2002. Quien, al abordar los aportes de la Filosofía analítica a la metodología jurídica, refiere que “El lenguaje no refleja ni refiere a las notas esenciales del objeto; detrás del nombre de una cosa no hay referencia a su esencia, sino un uso convencional. Tal es la postura de la filosofía analítica”.

¹² NOAM CHOMSKY, *Piratas y emperadores*. Editorial Byblos. Pág. 199. El mismo autor (prestigioso lingüista norteamericano), al comenzar su interesante libro en el que analiza filológicamente el fenómeno del terrorismo, cita una singular historia contada por San Agustín, en la cual Alejandro Magno le preguntó a un pirata que había capturado: “¿Cómo osas molestar el mar?”, “¿Cómo osas tú molestar el mundo entero? –replicó el pirata–. Yo tengo un pequeño barco, por eso me llaman ladrón. Tú tienes toda una flota, por esto te llaman emperador”. *Esta historia* – escribe seguidamente CHOMSKY– *refleja con bastante precisión las relaciones actuales entre Estados Unidos y*

En suma, la dificultad de la comunidad internacional dirigida en este tema — como en varios más— principalmente por el país del norte, en definir la palabra terrorismo está dada por la pretensión de que la misma refiera a ataques que lanzan “ellos” contra “nosotros”, cuando siguiendo una simple definición literal de la misma unos y otros quedan involucrados por igual —cuando no más las potencias—.

En concreto creemos que un enfoque literal no puede dejar de lado los siguientes elementos: el *terrorismo* constituye, en primer lugar, un ataque deliberado a la integridad física de personas inocentes (a las que no se culpa de nada concreto); en segundo lugar, dicho ataque es realizado con el fin de sembrar el miedo; y tercero, hay, por parte del sujeto activo del ataque, una finalidad política. Asimismo consideramos que para no incurrir en arbitrariedades el sujeto activo del acto terrorista debe ser tenido en cuenta con prescindencia de quién se trate, si es un Estado, una organización paraestatal o una organización que actúa ajena o contraria a un Estado. Con respecto al sujeto pasivo, como dijimos en primer término son personas físicas inocentes, y con respecto al segundo elemento que enumeramos, será también sujeto pasivo el destinatario del mensaje que por medio del terror se pretendió dar.

Con esa forma de abordar la temática, sobre todo en lo referente al sujeto activo, se advertirá que el terrorismo, en la inmensa mayoría de los casos, es un lugar común¹⁴.

varios actores secundarios de la escena del terrorismo internacional. Hay que aclarar que, para el lingüista, Estados Unidos de Norte América cumple un papel esencial en el terrorismo internacional, a tal punto que finaliza el libro recomendándole a los dirigentes de este país que si de verdad quieren terminar con el terrorismo, la mejor manera de lograrlo es dejando de ser parte de él.

¹³ No conforme con el lobby en los países de occidente para la sanción de leyes antiterrorista (cuando no directamente que se los acompañe en sus aventuras bélicas), el país del norte efectúa de manera constante y desde todos los ámbitos un verdadero bombardeo propagandístico de su visión del terrorismo. En lo concerniente a la cultura: películas, libros, documentales, videojuegos, etc., se han encargado de dicha profusa propaganda planetaria. Repárese solamente en el videojuego que figura primero en el ranking de los más jugados en modalidad LAN (en red, posibilitando la concurrencia de múltiples jugadores) y que en nuestro país tiene una inmensa repercusión desde su aparición hace unos siete años, a tal punto que no hay prácticamente joven argentino que no lo haya jugado. Este videojuego se llama *Counter-Strike* y consiste en constantes enfrentamientos armados entre dos bandos en los que cada jugador se enrola y debe procurar la aniquilación completa del otro (de todos los jugadores). En uno de los bandos están los personajes vestidos de policías y que utilizan armas propias de los policías y del ejército norteamericano; y por el otro los que están vestidos de árabes y que llevan las armas de los ejércitos Talibán. El primero de los bandos se llama *Counter-terrorist* (puede ser traducido como Comando Antiterrorista), los del segundo bando son los *Terrorist*. Lo significativo es que unos y otros tienen la misma conducta consistente en eliminar al adversario por medio de disparos con armas de fuego, no hay nada que los haga a unos “más malos que el otro”, los terroristas son terroristas porque usan esa vestimenta y ese tipo de armas; nada hay en el juego que legitime la aniquilación.

Esta posición sesgada, lejos de ayudar a la finalización del terrorismo, así como Chomsky, es vista por muchos como la fuente del mismo.

¹⁴ Como dice el dicho popular, en no pocas ocasiones “los extremos se tocan”. O parafraseando a TOMÁS ELOY MARTÍNEZ, a esta atroz coincidencia podríamos llamarla “lugar común el terror”. El escritor intitula *Lugar común la muerte* a una novela que contiene una serie de relatos históricos que dan cuenta de las últimas horas de vida de distintas celebridades, muchas de ellas de caracteres muy distintos y en algunos casos hasta opuestos, tales podrían

Así, serán terroristas tanto los ataques palestinos como las “represalias” israelíes¹⁵, o los atentados del 11-S y el 11-M como la Guerra Preventiva que desató la administración republicana de George W. Bush como respuesta al primero, y que fue seguido en la aventura por los líderes Tony Blair de Gran Bretaña y Pedro Aznar de España, siendo el segundo atentado, a su vez, una respuesta al inexplicable apoyo de este último¹⁶.

Habiendo de esta manera asentado nuestra posición de cómo debe ser abordado el problema del concepto de terrorismo, pasaremos seguidamente a mostrar su tratamiento jurídico. Empero no abandonamos por completo el tema de la definición, que por no haber sido superado aún por la doctrina (tanto jurídica como aquella no específicamente referida al derecho), tratándose de una expresión jurídica nebulosa, entendemos que también tiene necesarias consecuencias jurídico-penales. Esa cuestión será abordada posteriormente a la luz del principio de legalidad.

B) Tratamiento jurídico:

El tema del impacto que el terrorismo ha operado en el mundo jurídico es conveniente abordarlo desde dos aproximaciones, una desde la *política-criminal* y otra desde la posibilidad de aplicación de las medidas antiterroristas en los Estados de Derecho.

a. *Política-criminal*:

Como adelantamos en la introducción, la globalización ha traído consigo la cultura de la emergencia, que en la práctica ha generado corrientes de pensamiento que buscan la implementación de un derecho penal de excepción. Lo que preocupa principalmente a estos penalistas es la criminalidad organizada o también llamada macrodelincuencia, que consiste en una nueva dinámica de configuración del delito a

ser, verbigracia, las personalidades de Martin Buber y López Rega, de quienes sendos trances son relatadas por el autor en la obra citada. Ed. Planeta, Buenos Aires 1998.

¹⁵ Véase sobre el punto la abundante información que brinda NOAM CHOMSKY en “*Piratas...*” op. cit., donde no sólo se muestra la desproporción del daño entre el ataque y la respuesta al mismo, siendo esta última de una magnitud sensiblemente superior, sino también el tratamiento que los medios de comunicación le dan a los primeros, asignándoles las tapas de los diarios y las palabras más contundentes como *terrorismo*, *feroz ataque*, *sangriento atentado*, etc. siempre ilustradas con fotografías no menos cruentas; en tanto que a las segundas, en contraste, son tratadas por la prensa como noticias mucho menos impactantes, siempre cargadas de eufemismos tales como “*represalia*”, “*ataque preventivo*”, o hasta “*legítima defensa*”.

¹⁶ De esta forma también nos damos cuenta del interés que existe en evitar el enfoque literal, pues detrás de la propaganda están claramente involucrados los actores que nuestro concepto abarca.

causa del fenómeno de la globalización que no responden a los cánones del delito “común”¹⁷.

Al conceptualizar crimen organizado, conforme lo hace la Convención de Palermo de las Naciones Unidas de diciembre de 2000, en su art. 2, se advierten las siguientes notas fundamentales: grupo criminal organizado como un grupo estructurado, existente por un período de tiempo, compuesto por tres o más personas, que actúan de manera concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves o aquellos establecidos dentro de la misma convención, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una *ventaja financiera o material*.

Para los críticos de estas teorías, el concepto de crimen organizado es un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica¹⁸.

Pero son los propios autores que las sostienen quienes le asignan un tinte propagandístico y admiten que la noción de crimen organizado es antes un producto de política criminal que una necesidad de la teoría del delito o de la consideración dogmática. Reconociendo incluso que los conceptos de crimen organizado tienen rendimiento político antes que científico, y que supone una idea elaborada con criterios comunicativos y simbólicos que sirven para brindar los fundamentos de una política de “lucha” con caracteres excepcionales y de emergencia¹⁹.

El grupo de actividades delictivas comprendidas por la criminalidad organizada es diverso y comprende, en su idea más aproximada, a la criminalidad de mercado, pero también pasando por todos los tráfico prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos, sin dejar de lado al terrorismo²⁰. Sin embargo, a la heterogeneidad se le responde con recetas penales de igual tenor, a saber: aumento de penas, adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios, utilización de agentes encubiertos, incorporación de figuras penales absurdas como la “glorificación al terrorismo” o

¹⁷ Por GUILLERMO J. YACOBUCCI en AA.VV., *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires (2005), pág. 17

¹⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Glogalización y crimen organizado*, Conferencia de clausura de la *Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal*, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, 22 de noviembre de 2007. En www.cienciaspenales.net

¹⁹ GUILLERMO J. YACOBUCCI, *op. cit.*, pág. 69

²⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Glogalización y crimen organizado*, Conferencia... id. cit.

responsabilidad objetiva en la financiación de las actividades delictivas, procesos penales cada vez más inquisitivos, mayores ámbitos de discreción para la intervención policial, etc. En suma, constituye un avance del derecho penal autoritario.

Proclaman el derecho penal simbólico y propugnan la incorporación a las legislaciones de sus slogans, siendo *terrorismo* uno de los más actuales. Una consecuencia de ello es el art. 213 ter de nuestro Código penal. Dicha figura fue incorporada por la ley 26.268 y constituye otro intento de darle al terrorismo el mismo tratamiento jurídico que a la criminalidad organizada.

En el mensaje enviado al Congreso, el Poder Ejecutivo expresó que lo que se buscaba es “incorporar normas destinadas a la penalización de asociaciones ilícitas terroristas y la financiación del terrorismo”. Seguidamente advirtió el presidente al congreso que “Argentina ha decidido participar de manera activa en el proceso de estandarización normativa e institucional que promueven los organismos que representan a la comunidad internacional... nuestro país trabaja para hacer operativas en la esfera del ordenamiento jurídico interno las recomendaciones y normas de naturaleza internacional”²¹.

Es oportuno aclarar que la equiparación entre terrorismo y crimen organizado y los “consejos internacionales” a los que hizo referencia el PEN tienen como origen el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)²², y la necesidad de prestarle especial atención a lo que llaman “la senda del dinero” y con ella al control de los mercados del dinero y financieros mediante la introducción de sistemas de perfeccionamiento del control del blanqueo de dinero²³.

Sin embargo, la asimilación de la criminalidad organizada y el terrorismo conlleva un error que es advertido por la profesora chilena de derecho penal VILLEGAS DÍAZ, quien refiere que terrorismo y crimen organizado no son equiparables porque existen

²¹ (P.E.-449/06)

²² Que como consecuencia de una reunión celebrada en Washington DC a finales de octubre de 2001 amplió el ámbito de actuación de la mencionada organización internacional —que hasta el momento se había dedicado casi exclusivamente a cuestiones relacionadas con el blanqueo de capitales—, pasando desde ese momento también a ocuparse de la lucha para eliminar la financiación del terrorismo. Para mayor información: MATÍAS BAILONE, *El antiterrorismo y los Derechos Humanos (a propósito de la sanción de la ley de financiamiento del terrorismo en Argentina)*. En www.iuspenalismo.com.ar. O también, sobre el FATF-GAFI (Financial Action Task Force on Money Laundering – Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos), en <http://www.fatf-gafi.org>, <http://www.uiaf.gov.com>

²³ MATÍAS BAILONE, *id. cit.*

diferencias de carácter *teleológico*, toda vez el terrorismo tiene una finalidad política y el crimen organizado tiene finalidad lucrativa; y de carácter *operacional*, pues el terrorismo es consciente de que necesita comunicar socialmente un mensaje, reclama publicidad de sus actos, en cambio la criminalidad organizada reclama silencio y el encubrimiento de sus acciones²⁴.

No obstante ello, teniendo en cuenta que, como venimos diciendo, estos vocablos tienen un significado altamente difuso y de contenido político²⁵ antes que científico (o empíricamente comprobable, que para el caso es lo mismo), nos preguntamos: ¿puede el legislador de los Estados de Derecho incluir válidamente estas figuras?; y también ¿qué utilidad reporta la incorporación al código penal el delito de “terrorismo”? Procuraremos responder los interrogantes en orden a dos principios fundamentales del Estado de Derecho.

1. Garantía de legalidad²⁶

Se sabe desde antiguo que a mayor imprecisión del lenguaje utilizado por el legislador en la norma, tanto mayor será la arbitrariedad del juez al aplicarla²⁷. Por tal razón, la epistemología garantista —un verdadero logro de la modernidad que hunde sus raíces en la tradición jurídica ilustrada y liberal—, siempre atenta a los excesos de poder para articular instrumentos limitantes, tiene entre sus elementos medulares a las

²⁴ En MYRNA VILLEGAS DÍAZ, *Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código penal de Chile*. www.iuspenalismo.com.ar

²⁵ Dentro de las tres funciones básicas del lenguaje: *informativo*, *expresivo* y *directivo* en ocasiones el discurso político parece acercarse más al segundo que al primero. Esto ocurre cuando la intención de persuadir al electorado supera la de informar. Pero adviértase que sólo del uso informativo (descriptivo) es predicable la verdad o falsedad de los enunciados, no así del lenguaje expresivo (o emotivo) del cual tales aseveraciones son de imposible aplicación y ajenos por ello al lenguaje científico. Sobre el tema de los usos del lenguaje: IRVING M. COPI, *Introducción a la Lógica*, Ed. Eudeba, Buenos Aires (1995), pág. 47.

²⁶ Para identificar esta garantía en el derecho nacional y su afianzamiento luego de la Reforma constitucional de 1994, como así también un estudio dogmático de los instrumentos internacionales que lo prevén y que fueron incorporados por la Reforma y su articulación con el derecho interno, véase MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, *Reglas penales constitucionales*, Ed. Mediterránea, Córdoba 2005. Asimismo, la Dra. Barberá de Riso, en su disertación *¿Flexibilización o desgarantización?*, en oportunidad del Primer Congreso Nacional de Derecho Penal Mínimo realizado en Córdoba los días 24, 25 y 26 de abril de 2008, señaló la importancia de esta garantía al concluir su ponencia explicando que, de todas las garantías penales, es la de *legalidad* la que las comprende en su totalidad.

²⁷ Como escribió Aristóteles, «a las leyes bien dispuestas determinarlas por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible, [...] pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no» y «si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador», citado por LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta. Madrid 1995, pág. 37

garantías penales referidas a la *definición legislativa*, y las garantías procesales que se ocupan de la *comprobación jurisdiccional*²⁸.

La respuesta al primer interrogante debe buscarse en el primer grupo, es decir, en aquellas garantías penales que tengan por objeto la descripción de lo que puede ser punible. Dentro de este grupo tenemos el llamado *principio de legalidad*, que a su vez exige dos condiciones: una de carácter *formal* o *legal* del criterio de definición de la desviación; y la otra, el carácter *empírico* o *fáctico* de la desviación legalmente definida²⁹. La primera condición va dirigida al Juez y se traduce en la máxima *nullum crimen sine lege*, Ferrajoli la llama “principio de *mera* legalidad”; para distinguirla de la segunda condición, que va dirigida al legislador, y que la denomina “principio de *estricta* legalidad”.

Por el principio de estricta legalidad, el legislador debe efectuar con taxatividad y precisión empírica las formulaciones legales; sólo pueden tener relevancia penal comportamientos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto. Sólo de esa manera se alcanza la *igualdad* (uno de los logros fundamentales del Derecho penal liberal junto con la *libertad* — garantizada por el principio de mera legalidad toda vez que el ciudadano sabe que es libre siempre que haga lo que la *ley* no le prohíba, y no ya lo que se le ocurra al monarca—), pues se excluyen las descripciones subjetivas, “tipos subjetivos”, proclives a concluir en discriminaciones apriorísticas³⁰.

Así las cosas, el principio de estricta legalidad no admite las llamadas “normas constitutivas”, es decir, aquellas normas que *constituyen* inmediatamente efectos y/o calificaciones jurídicas; sino sólo “normas regulativas” de la desviación punible, esto es, reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*, cuyo contenido no puede ser más que una *acción* imputable a la *culpa* o responsabilidad del autor.

Solo de esta manera las hipótesis acusatorias podrán ser expuestas a verificación o refutación. Ello no es posible con las figuras penales “en blanco”, cuya identificación

²⁸ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 33

²⁹ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 34

³⁰ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 34

judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales³¹.

De acuerdo a ello y con lo dicho al analizar la palabra en el punto del concepto de terrorismo al que describimos como un concepto altamente difuso, los legisladores que incorporan palabras como *terrorista* incurren en este defecto³², afiliando nuestro código penal a aquellos de corte ontológico o sustancialista.

2. Principio de utilidad

Decía Beccaria que “Todo acto de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”. De esta tradición se recoge el *principio de utilidad*, que no sólo limita al poder punitivo a intervenir cuando haya acciones reprobables por sus efectos lesivos, sino que también requiere necesidad y economía de las prohibiciones penales³³.

Ciertamente, otro de los problemas que plantean las teorías político-criminales que venimos analizando, es que las actividades que pretenden criminalizar, en gran medida, ya están contempladas en las legislaciones penales.

En el caso del terrorismo: la tenencia de explosivos, el homicidio por medio capaz de provocar grandes estragos, los estragos seguidos de muerte, el robo a mano armada, el secuestro, la falsificación y el uso de documentos falsos, el encubrimiento calificado, la asociación ilícita, etc., todos están comprendidos en el Código penal³⁴. Incluso se puede echar mano de la figura de la tentativa, las reglas de la participación o las de la pluralidad delictiva para llegar al castigo de los que intentan los actos, de quienes prestan colaboración, o de quienes causan resultados pluriofensivos, siempre que se den los requisitos que para castigar a cualquier persona “común” se tienen que dar.

Desde este punto de vista, entonces, no se encuentra ninguna utilidad. Máxime si se tiene en cuenta que las penas para los ilícitos reseñados no son benignas, y la mayoría de ellos forma parte del denominado *derecho penal nuclear* y participa del concepto

³¹ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 36

³² Ya lo hizo el legislador nacional en la referida ley 26.268

³³ LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 464

³⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo... op. cit.*, pág. 182.

sustancial de delito³⁵. Tampoco se advierte utilidad en la pretensión de incorporar elementos subjetivos porque como se ha dicho: “si en cualquier caso se impone la pena máxima prevista en la ley, ¿a quién le importa si quien hace estallar un avión en vuelo lo hace para aterrorizar, para imponer sus ideas políticas o idolátricas, para eliminar del mercado a la empresa competidora o para cobrar un seguro? Si la ley es tan clara y lo ha sido siempre, no se comprende qué efecto práctico se puede buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidad”³⁶.

Para finalizar debemos recordar que estar de acuerdo con la *teoría del bien jurídicamente protegido* no quiere decir que le esté permitido al legislador crear los bienes jurídicos protegidos que le plazca, primero debe respetar el principio de utilidad y luego el concepto sustancial de delito, consecuencia del principio de subsidiariedad. Ello así toda vez que la lesión de un bien es condición *necesaria* para la intervención penal, mas nunca *suficiente*³⁷.

Sin embargo, los sostenedores de las teorías que criticamos parecen encontrar utilidad y suficiencia desde lo que llaman *derecho penal simbólico*. Dicen que “...el derecho penal, si bien se desenvuelve a través de principios y valores, persigue una finalidad simbólica, comunicativa o de reafirmación de la conciencia jurídica...”³⁸.

Esa postura justifica la pena a través de la *prevención general positiva*, que además de contrariar la ética kantiana según la cual la persona es un *fin en sí mismo*, y no un mero *medio* para la realización de objetivos que la exceden, también cae en una “legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena ... dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona”³⁹.

III) Reflexión final.

³⁵ Véase este tema en BARBERÁ DE RISO, op. cit., pág. 32, quien define que por el principio de subsidiariedad penal sólo pueden ser delitos aquellas acciones que vayan en contra del “núcleo de valores no negociables imposibles de protegerlos por otra vía que no sea una consecuencia penal”.

³⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo...* op. cit., Pág. 183.

³⁷ En igual sentido que LUIGI FERRAJOLI, op. cit., pág. 471

³⁸ GUILLERMO J. YACOBUCCI, op. cit., pág. 35

³⁹ LUIGI FERRAJOLI, op. cit., pág. 275

Si bien este trabajo buscó mostrar que por los dos principios reseñados las pretensiones penales antiterroristas no pueden tener cabida en los Estados de Derecho, existen en el “discurso de la resistencia” del que hablábamos al comenzar, elaboraciones doctrinarias que de manera más clara y con seguridad mucho más acertada exponen la incompatibilidad de estas teorías y el Estado de Derecho⁴⁰.

Lo hacen desde la crítica al *derecho penal del enemigo* que sin tapujos niega la calidad de persona a los que así cataloga. Pero como soy de la idea de que en el siglo XXI una teoría semejante debería caer por el peso de sus propias formulaciones, para terminar me voy a limitar a transcribir textualmente palabras de Günther Jakobs, uno de sus principales sostenedores. Dice el profesor de la Universidad de Bonn en una publicación titulada *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*⁴¹: “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que *todo* esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que el enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario”. Ya sabemos que la medida de lo necesario, si bien configura una condición necesaria para que el castigo, en modo alguno puede configurar un límite de máxima⁴². (remarcados propios)

Jakobs continúa diciendo: “El enemigo es un individuo que ... en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta...”. Se pone agorero y refiere que “... el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más. Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia... le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho...”. Y por fin: “el derecho penal de enemigos es, por

⁴⁰ Sobre todo, dentro de la bibliografía que se pudo consultar, el magnífico libro de Eugenio Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*. Ed. Ediar. 1ra. Edición. Buenos Aires año 2004

⁴¹ *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción: Teresa Manso Porto. Revista de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2000. Pág. 29-35.

⁴² LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 33.

tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo”.

IV) Bibliografía:

- AA.VV, “*Propuesta de Metodología Jurídica*”. Córdoba. Alveroni. Año 2002
- BAILONE, MATÍAS. *El antiterrorismo y los Derechos Humanos (a propósito de la sanción de la ley de financiamiento del terrorismo en Argentina)*. En www.iuspenalismo.com.ar
- BARBERÁ DE RISO, MARÍA CRISTINA. *Reglas penales constitucionales*, Ed. Mediterránea, Córdoba 2005.
- CHOMSKY, NOAM. *Piratas y emperadores*. Editorial Byblos. Barcelona, año 2004.
- COPI, IRVING M., *Introducción a la Lógica*, Ed. Eudeba, Buenos Aires (1995)
- ENTELMAN REMO. *Teorías del conflicto*, Buenos Aires (2002).
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta. Madrid 1995
- GIDDENS, ANTHONY, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, 1990
- GUIBOURG, RICARDO. “Definición de palabras” (en línea). Dirección URL: <http://www.intelligent-systems.com.ar/intsys/definitSp.htm> (consulta: 15/07/09)
- JAKOBS, GÜNTER. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción: Teresa Manso Porto. Revista de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, año 2000.
- SARLO OSCAR. *Globalización y derecho, sus proyecciones sobre la formación de los juristas*. Cuadernos de la Facultad de Derecho. Fundación de Cultura Universitaria, Universidad Nacional de la República, tercera serie, Núm. 3, Montevideo, Uruguay, pág. 9
- TORTOSA, JOSÉ MARÍA. “La palabra terrorista” (en línea). Dirección URL: <http://www.seipaz.org/2005tortosa.htm> (consulta: 15/07/09)

- TOURAINE, ALAIN. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*. Editorial Paidós, Buenos Aires, año 2006.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código penal de Chile*. www.iuspenalismo.com.ar
- YACOBUCCI, GUILLERMO J. en AA.VV., *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires (2005)
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar. 2da. Edición. Buenos Aires año 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *El enemigo en el derecho penal*. Ed. Ediar. 1ra. Edición. Buenos Aires año 2004.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Glogalización y crimen organizado*, Conferencia de clausura de la *Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal*, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, 22 de noviembre de 2007. En www.cienciaspenales.net