

**C. INSERCIONES**

1

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR  
DIPUTADO GARCÍA MENDEZ

**Opinión del señor diputado acerca del proyecto de  
ley en revisión sobre penalización de asociaciones  
ilícitas terroristas y su financiación**

Rosario, 22 de mayo de 2007.

*Señor senador de la Nación, Rubén Giustiniani*

Me dirijo a usted a efectos de agradecer la invitación cursada para participar en la reunión conjunta de comisiones a celebrarse el próximo martes 22 de mayo, citada a efectos de considerar el proyecto de ley sobre Penalización de Asociaciones Ilícitas Terroristas y su Financiación.

En razón de la imposibilidad de asistir personalmente a dicha reunión, me permito acompañar un informe en relación al mencionado proyecto, con la finalidad de contribuir a su consideración y discusión.

En ese sentido, intentaré brevemente formular algunas reflexiones (de contenido) en los dos planos de análisis obligado: el político criminal y el dogmático constitucional, así como una referencia a ciertos aspectos de forma que, estimo, no pueden desvincularse de las primeras.

Cabe señalar que, en procura del fortalecimiento y profundización del Estado de derecho, tanto una como otra dimensión se encuentran condicionadas por el respeto a principios y garantías constitucionales.

Desde esa perspectiva, la discusión en torno a qué, cómo y cuánto derivar a la intervención penal, así como la técnica de configuración normativa, no pueden sustraerse a esos principios cuya fuente de inspiración histórico/ideológica se vincula a la necesidad de limitar el poder a favor de los derechos fundamentales de las personas.

Por ello, respetuosamente se ha sostenido que la misión excluyente de un legislador a la hora de producir normas penales es la de desarrollar la Constitución Nacional y la de los tratados internacionales de derechos humanos.

**I. Consideraciones de orden político criminal.**

1. Determinar qué, cómo y cuánto criminalizar como delito (dentro los límites constitucionales) supone definir cuáles son los problemas y conflictos intolerables, acordar qué grado de intervención debe tener el Estado, formular un análisis de costos/beneficios de esta intervención y conocer la capacidad del sistema penal (en especial el judicial) para asumir el nuevo problema.

Siendo así, la urgencia no se presenta como el criterio más conveniente para dar tratamiento e impulsar la sanción de un proyecto como el comentado que, al igual que cualquier otro destinado a habilitar más intervención penal, exige —cuanto menos— un espacio necesario de discusión y debate.

En el caso, la premura en la consideración del proyecto sobre asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo, lejos de una discusión sobre sus fundamentos y necesidad, aparece lamentablemente más vinculada a pretensiones de organismos internacionales que —como el FMI—.¹

2. Esta objeción pone en evidencia un vicio de inicio que deslegitima una iniciativa donde los intereses de organismos externos son priorizados a la necesidad del debate y discusión y, antes de ello, a la discusión sobre las necesidades político criminales, así como a la relativa a los límites de los compromisos internacionales asumidos y la pertinencia —a esos fines— de una propuesta como la impulsada.

La afirmación tiene además respaldo en el interés del GAFI² que nace dedicado prácticamente a cuestiones vinculadas al blanqueo de capitales de origen ilícito y, como consecuencia del impacto de los hechos criminales ocurridos el 11-S, amplía su campo de actuación a la lucha contra la financiación del terrorismo.

¹ A comienzo de 2001, el FMI, juntamente con otras organizaciones, empezó a elaborar lo que se convertiría en la Metodología de Evaluación del Cumplimiento de Normas contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo. Se trata de un instrumento que sirve para evaluar la aplicación de las 40 Recomendaciones sobre el Blanqueo de Capitales y las 8 Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo emitidas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI). A través de la División de Asuntos Especiales de Supervisión Financiera del Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros y la Unidad ALD/LFT del Departamento Jurídico, el FMI evalúa el marco adoptado por cada país para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

² Los países miembros del FMI y otras jurisdicciones tienen varias opciones para conformar sus legislaciones a las normas y pautas establecidas por la comunidad internacional en lo relativo a la lucha contra el financiamiento del terrorismo. Las fuentes abarcan desde normas internacionales jurídicamente vinculantes, como las consagradas en las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en acuerdos internacionales como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hasta normas no vinculantes establecidas por grupos de países que actúan mancomunadamente, como las 8 Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo expedidas por el GAFI.

cuál el resultado en uno de los crímenes más graves de nuestra historia.

Se han sacrificado principios, se ha degradado éticamente el Estado de derecho (al legislarse la posibilidad de que el Estado se asocie al delito para combatir el delito) y el fracaso operativo ha sido superlativo. Lejos de las motivaciones manifiestas, sólo se ha conseguido potenciar uno de los más graves defectos estructurales de nuestros sistemas penales: la corrupción.

La lógica, a partir del pretexto de un problema grave y complejo (el narcotráfico, el terrorismo), sigue siendo la misma. El riesgo, consecuentemente, será el mismo: bajo la premisa de ganar eficacia en la lucha contra la delincuencia (terrorismo) se sacrifican principios y disposiciones de jerarquía constitucional.

La paradoja es que, finalmente, hasta aquellos que adscriben (siempre pensando en los "otros") a la regla de que el fin justifica los medios deben resignarse y admitir que el fin perseguido (cuanto menos el declamado) nada tiene que ver con los medios elegidos. El resultado es conocido: ni respeto a los principios, ni eficacia en la reducción o control del crimen.

De allí que la prudencia sea indispensable a la hora de discutir la incorporación de normativas como las propuestas. Es que no sólo carecerán de impacto real en el problema sino que, más grave aún, constituirán la fuente de un debilitamiento institucional progresivo porque, como se ha dicho, tantas veces, cuando un camino se abre pronto puede convertirse en una amplia avenida.

6. Suele sostenerse que hay problemas graves y excepcionales que demandan una respuesta grave y excepcional. En ese camino, la emergencia siempre justifica la excepción y la excepción se justifica siempre en la necesidad de defender el Estado de derecho y la democracia. Una paradoja que, en la filosofía política, ha señalado magistralmente Giorgio Agamben.<sup>6</sup>

Una paradoja según la cual al Estado de derecho se lo defiende mediante su negación. Sin embargo, como ha defendido Luigi Ferrajoli,<sup>7</sup> la razón jurídica del Estado de derecho no admite excepción a las reglas más que como hecho antijurídico, dado que las reglas no pueden ser doblegadas cada vez que conviene y en la jurisdicción penal el fin nunca justifica los medios, en tanto éstos, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y, como tal, tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles.

La referencia vale, en tanto el derecho es la negación, precisamente, de la guerra y las razones político-criminales, en el caso, sólo pueden explicarse (no justificarse) a partir de las exigencias externas en orden a la configuración de un verdadero derecho de guerra (más allá de la *contradictio in terminis*).

Las características de la normativa proyectada: (a) apelación a un bien jurídico de contornos difusos; (b) recurso a una figura asociativa y con ello a una anticipación punitiva; (c) reivindicación del peligro abstracto y con ello de la punición de conductas alejadas de la lesión a bienes jurídicos; (d) formulación de un tipo penal amplio, con referencias vagas y difusas; (e) escala penal frontalista y desproporcionada; (f) delegación de dudosas facultades de intervención a una agencia administrativa forman casualmente parte del catálogo de elementos que dan entidad al llamado "derecho penal del enemigo", ya en la conceptualización de Günther Jakobs, ya en la de Francisco Muñoz Conde, por citar dos opuestos de la doctrina comparada.

No puede omitirse, además, que la intención de procurar una categoría (tal, por ejemplo, la de criminalidad compleja) supone claramente asumir un concepto político, destinado a cumplir una función político-criminal que es legislar sobre modos de persecución de carácter excepcional. El problema es que esa funcionalidad política es inconstitucional: se pretende penalizar actos preparatorios, ampliar los límites típicos a través de figuras abiertas al modo de cláusulas generales, anticipar la punición al peligro de peligro, aumentar las facultades de las agencias administrativas y ejecutivas, justificar la delación, los agentes encubiertos autorizados a delinquir, el aumento de penas por su carácter simbólico, etcétera. Desde esta perspectiva funcional se justifica todo, es decir, se procura apelar a una categoría de justificación de cualquier violación constitucional y, además, se explicita que esa sería, justamente, la ventaja político-criminal.

Sin embargo, no hay compromiso internacional, ni convención, ni tratado que puedan neutralizar el compromiso legislativo serio y responsable y la obligación de respeto a las normas de jerarquía constitucional.

## II. Consideraciones de orden técnico-dogmáticas

### 1. Las cuestiones involucradas en la normativa propuesta.

El proyecto postula la incorporación en el título VIII del libro segundo del Código Penal (orden público) del capítulo VI denominado "Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo" y ubica dentro de este capítulo dos artículos que tipifican sucesivamente la asociación ilícita terrorista (artículo 213 ter) y la financiación del terrorismo como delito autónomo (artículo 213 quáter).

<sup>6</sup> Estado de excepción, AH Editora, 2004.

<sup>7</sup> *Derecho y razón*, Editorial Trotta, 1995, páginas 321 y subsiguientes.

De este modo, lo expuesto sirve para poner en evidencia que lejos de la declamada (en los fundamentos del proyecto) finalidad de participar activamente en el proceso de armonización normativa internacional que promueven los organismos internacionales, el proyecto ni siquiera considera los requisitos mínimos que, como umbral de seguridad, señala el derecho internacional.

Lejos de ello, la fórmula propuesta criminaliza al que tomare parte de una asociación ilícita que, mediante la comisión de delitos, tenga el propósito de aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que presente las siguientes características: (a) estar orientado su plan de acción a la propagación del odio étnico, religioso o político; (b) estar organizadas en redes operativas internacionales; y (c) disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas.

Ni la ultrafinalidad de causar muertes o lesiones o graves o tomar rehenes, ni la apelación a las convenciones internacionales para determinar qué actos deben ser prohibidos en la supuesta lucha contra el terrorismo, han sido relevados normativamente en la figura.

Por el contrario, la figura se estructura con elementos vagos, que carecen de referencias materiales precisas y que evidencian una laxitud o apertura incompatible con el principio de tipicidad (máxima taxatividad) como concreción técnica del principio de legalidad.

De un lado, la referencia a "...mediante la comisión de delitos...", supone que la asociación puede tener por objeto cualquier delito, de cualquier naturaleza, clase o gravedad. Esta vaga referencia representa una fuente de problemas interpretativos. Si se sostiene que para penalizar la asociación debe acreditarse la comisión de delitos, tal entendimiento resultará además objetable por la innecesariedad de una doble punición frente al hecho cometido y también por la contradicción que supone exigir la comisión de delitos para castigar la asociación y excluirla para castigar el financiamiento a los miembros de la asociación.

Sí, en cambio, se sostiene que el tipo se satisface con la sola participación en la asociación (mediante una amplia referencia a la comisión de delitos en general sin ninguna limitación a los delitos comprendidos en el ámbito de las convenciones internacionales relativos al terrorismo y que afecten la vida —causar muertes—, la integridad física —graves lesiones corporales— o la libertad —tomar rehenes—), también podrá cuestionarse su validez constitucional e, incluso, el desconocimiento de los estándares internacionales que tanto parecen preocupar a los legisladores.

La lesión a la estricta legalidad no se neutraliza, como se ha dicho, con el recurso a ambiguas herramientas normativas [incisos a), b) y c)] que se procuran como instrumento de clausura de la interpretación pero que suman a la caracterización de la figura como un tipo abierto que se perfila como herramienta potencial para la criminalización indeterminada, en tanto las exigencias de los incisos a), b) y c), permite incluir el comportamiento de personas que nada tiene que ver con actos terroristas aún cuando puedan estar vinculados a otro tipo de ilicitudes penales.

Vale mencionar asimismo mencionar que la *conspiracy* aparece de algún modo receptada entre nosotros a partir de la ratificación de la Convención de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, resulta más que llamativo que mientras se reguló la posibilidad de su penalización vinculada a los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (es decir que habilitan la jurisdicción de la CPI), en el tratamiento y discusión del estatuto expresamente se excluyó el delito de terrorismo, así como el de narcotráfico.

Una paradoja más, en tanto aquello que se rechazó a nivel internacional pretenden hacerlo nuestros legisladores en el Código Penal.

### 3. La anticipación punitiva y los actos preparatorios

Lejos de admitir el consenso que sobre la constitucionalidad de la figura de la asociación ilícita se sostiene en los fundamentos, le caben al proyectado artículo 213 ter idénticas objeciones constitucionales y operativas que las descargadas históricamente por la doctrina penal a la figura asociativa básica por su incompatibilidad absoluta con el contenido del artículo 19 constitucional, al violentar el principio del acto y el de lesividad.

Pero no sólo por involucrar la afectación a casi todos los límites que condicionan la producción legislativa penal (reserva, lesividad, entre otros) sino por haberse convertido, por vía aplicativa, en instrumento preferido para abusar de una pena prohibida (encarcelamiento preventivo) sin delito.

Para peor, se hace difícil comprender este nuevo criterio de construcción de figuras asociativas básicas y otras especiales y agravadas (asociación ilícita terrorista, asociación ilícita tributaria, organización ilícita de la ley 23.592 y ya vendrán otras), en una suerte de configuración de un derecho penal especial (el de las asociaciones ilícitas).

Asimismo introduce modificaciones a la ley 25.246, sustituyendo los artículos 6º, 13, inciso 2; y 23, inciso 1.

Por razones de límite, formularé algunas consideraciones respecto a la creación de las dos figuras delictivas, en tanto los restantes artículos del proyecto (artículos 4º al 7º inclusive) introducen modi-

ficaciones tendientes a consolidar la vinculación del fenómeno del terrorismo con el de lavado de activos de origen ilícito (a pesar de las notorias y comprobadas diferencias existentes entre ambos problemas) y, consecuentemente, habilitar la intervención del organismo ejecutivo creado por la ley 25.246 (Unidad de Información Financiera), con amplias y cuestionables facultades de intervención, como agente de prevención del delito de financiación del terrorismo y del delito de lavado de activos que tenga como delito precedente el de financiación de terrorismo.

## 2. El bien jurídico

El proyecto propone la incorporación de los dos tipos penales dentro del título de los delitos contra el orden público. Sin embargo, teniendo en cuenta la función limitativa del concepto de bien jurídico y su estrecha y necesaria relación con el principio de lesividad, la referencia al orden público se asemeja más a una solución de compromiso que a la individualización de un interés valioso posible de lesión por el pretendido comportamiento objeto de prohibición.

Es que la ubicación de las dos figuras y, en especial la de financiación del terrorismo, como delito contra el orden público no puede ocultar el sentido latente de un diseño normativo simbólico que parece elevar a la categoría de bien jurídico a los intereses políticos de la propia organización internacional (el GAFI).

Ha dicho, entre nosotros Zaffaroni-Alagia-Slokar, que la creación artificiosa de bienes jurídicos públicos que no simbolizan más que desobediencia a la autoridad, permitió la legitimación de tentativas de delitos de peligro que no importan peligros reales para el núcleo central de bienes jurídicos, lo que constituye una imputación en violación al presupuesto de lesividad.

El riesgo real es que tales tipos, lejos de producir una sensación de seguridad en el valor del derecho, terminan amenazando los espacios de libertad social indispensables para la convivencia democrática.

Este riesgo se potencia superlativamente si se repara, como se relacionará infra, en el diseño normativo concreto que se verifica mediante el recurso a una tipificación abierta, vaga y difusa y como figuras de pura actividad y peligro abstracto.

Con acierto, señala el informe del CELS<sup>8</sup> que un ejemplo de las inconvenientes consecuencias derivadas de este tipo de normativa, ha sido el procesamiento de dirigentes mapuches en Chile bajo la Ley Antiterrorista, por cargo de incendios de bosques. De este modo, bajo el pretexto de la lucha con-

tra el terrorismo se ha posibilitado un instrumento normativo de tal amplitud que, lejos de afectar al terrorismo, resulta políticamente funcional a una pretendida (e ilegítima) solución del llamado "conflicto mapuche", asignando relevancia típica terrorista a comportamientos absolutamente extraños a tal carácter.<sup>9</sup>

## 3. Configuración normativa típica

El proyecto apela a una técnica de configuración normativa reñida con límites constitucionales formales y materiales.

Y ello no es más que la inevitable consecuencia derivada de la imposibilidad de establecer un concepto o definición de terrorismo y, consecuentemente, de delito de terrorismo. No es ajeno a ello la inconveniencia y los peligros de tal pretensión frente a una referencia tan confusa y nebulosa.

Vale aclarar que en los fundamentos del proyecto se sostiene que para no dañar la lógica estructural que organiza al Código Penal argentino, se ha procurado una figura asociativa calificada (artículo 213 ter, "asociación ilícita terrorista"), que da precisión al concepto de terrorismo y se ha inculcado la financiación del terrorismo tanto para el caso de quien financia una asociación ilícita terrorista, cuanto para el supuesto de quien financia a un integrante de ésta que realice uno de los delitos que constituyen su objeto.

En primer término, la lógica estructural del Código Penal argentino ya ha sido dañada superlativamente luego de la incontinencia legislativa que ha dado lugar (desde hace años) a un fuerte proceso de descodificación y a las sucesivas reformas que han desarticulado toda la parte general, roto el principio de proporcionalidad de las penas e inflacionado el catálogo delictivo y las escalas penales, así como las agravantes genéricas y específicas.

En segundo término, si la finalidad es dar precisión al concepto de terrorismo, fácil es advertir que con el texto propuesto no se ha logrado. Por otra parte, cabe reparar en el peligro que una tal pretensión supone.

En tercer término, y como veremos infra, la regulación del delito de financiación del terrorismo en la forma propuesta, no hace más que sumar daño a la ya deteriorada lógica estructural (pérdida) del Código Penal.

Por su parte, y volviendo al artículo 213 ter proyectado, la figura se presenta como una suerte de cuadratura del círculo si se repara que, desde el punto de vista internacional, el terrorismo no está defi-

<sup>9</sup> La CIDH ya ha declarado admisible una petición para determinar la responsabilidad del Estado de Chile (informe 89/06, petición 619-03, declarada admisible el 21-10-2006).

<sup>8</sup> Comentarios y observaciones del CELS..., página 9.

nido, dado que los estados rehuyen a su conceptualización. Por ello, debe rechazarse todo intento de definición,<sup>10</sup> entre ellos, el que procura el artículo comentado que, finalmente, termina intentando dar cuenta de una asociación ilícita de marcada vaguedad y amplitud a pesar, incluso, del recurso a ambiguas herramientas normativas que se procuran como instrumento de clausura de la interpretación pero que suman a la caracterización de la figura como un tipo abierto que se perfila como herramienta potencial para la criminalización generalizada.

Se ha dicho acertadamente que un tipo penal no es un instrumento para que el poder sorprenda a los ciudadanos con su arbitrariedad.

Es que, como lo ha señalado el CELS, la formulación ni siquiera se ajusta a los estándares que las Naciones Unidas han comenzado a delinear en el intento por identificar algunos actos pasibles de ser calificados como "actos terroristas". Así, y como ilustra el referido informe, tanto el Consejo de Seguridad como el relator especial de Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos y las libertades en la lucha contra el terrorismo, han elaborado algunos rasgos esenciales que, como mínimo, deben estar presentes en la tipificación.

En este sentido, la resolución 1.556 del 8 de octubre de 2004 del Consejo de Seguridad, exige que se trate de actos cometidos con intención de causar muerte, lesiones corporales graves o tomar rehenes; cometidos por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; y que constituyan delitos definidos en las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprometidos en su ámbito.

Este último requisito se ha fijado como referencia obligada, procurando que sólo se prohíban aquellos delitos comprendidos en el ámbito de las convenciones y protocolos internacionales y que, además, se cometan con la intención de causar muertes o lesiones graves o tomar rehenes y para provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Independientemente que el criterio pueda o no compartirse, lo cierto es que su señalamiento, ante la imposibilidad de definir el terrorismo, apunta a establecer exigencias que limiten el poder.

Como si los problemas hermenéuticos fueran pocos, la propuesta sumaría su aporte a las múltiples formas que, inexplicablemente, la legislación vigente utiliza para penalizar o agravar la intervención de personas en el delito (concurso premeditado de dos o más personas, tres o más personas, en banda, en despoblado y en banda, en lugar poblado y en banda y una amplia gama y variedad de figuras asociativas).

#### 4. La tesis del tipo independiente de participación

El artículo 213 qualter tipifica la recolección o provisión de bienes o dinero, por el medio que fuese, con el conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar una asociación ilícita terrorista de las descritas en el artículo 213 ter o a un miembro de ésta; para la comisión de uno de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento.

El núcleo típico (recolectar o proveer) está tomado del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, fuente de inspiración de estas nuevas normas. Se trata de una figura que no reconoce antecedente alguno en la legislación argentina y que, a pesar del declamado objetivo de armonización normativa respetando la lógica jurídica de la misma, se convierte en un nuevo aporte a la destrucción, precisamente, de la lógica que se dice preservar.

Reiteradamente se ha recomendado identificar la conducta de financiación del terrorismo como una conducta ilícita libre y autónoma y no ya dependiente de las reglas de la participación criminal.

La exigencia olvida que, según los casos, quién así se comporta puede llegar a ser coautor de graves delitos o, eventualmente, instigador o cómplice primario o secundario. Sin embargo, parece que ello no alcanza.

Tal vez éste haya sido el objeto central de la reforma que, para encontrar alguna referencia, ha obligado a regular la asociación ilícita terrorista.

La pretensión no deja margen de dudas y por vía de una u otra figura, o de ambas relacionadas, se sortea la exigencia de penalizar a quién participe en un hecho punible para pasar a castigar la sola participación y, además, como delito autónomo, un eventual acto de instigación o cooperación.

La configuración de un delito autónomo de participación criminal, a pesar de las recomendaciones por diferenciar el financiamiento como tal, supone la violación del derecho positivo, el desconocimiento del principio de la accesoriedad real y limitada, así como la apelación a criterios que históricamente han caracterizado los derechos penales totalitarios y autoritarios.

De este modo, se abre el camino a la pretensión de admitir la tentativa de participación criminal y con ello la posibilidad de una apertura ilimitada de la in-

<sup>10</sup> El concepto de "terrorismo" es esquivo. Brian Jenkins, uno de los expertos más respetados de Estados Unidos en el tema, expresó: "Terrorismo es lo que hacen los malos".

tervención penal estatal.

Esta prohibida extensión de la habilitación de la intervención penal es visible cuando se advierte que en el texto del artículo se prescribe una pena gravísima (cinco a quince años de prisión o reclusión), salvo que correspondiere una pena mayor por aplicación de la regla de los artículos 45 y 48, Código Penal.

De este modo, de un lado se admite el comportamiento de financiación de una asociación (participación en un acto preparatorio) como delito autónomo pero, al mismo tiempo, ese carácter de delito autónomo queda desplazado si por aplicación de las reglas de la coautoría, la instigación o la complicidad primaria, es posible aplicar una pena mayor a la conminada. No caben dudas que la naturaleza autónoma o accesoria de un comportamiento queda ahora determinada por la mera necesidad de pena grave y no del criterio (seguido desde el inicio por nuestro Código Penal) de la diferenciación real y la accesoriidad, ni mucho menos por la regla del artículo 48.

Es realmente un contrasentido, que el propio artículo proyectada refiera expresamente al dispositivo general que termina desconociendo, el artículo 48, Código Penal. Luego, es absurdo pretender que el proyecto procura respetar la lógica estructural de organización de la legislación argentina.

Que el Código Penal contemple algunos excepcionales supuestos de penalización como delito autónomo de verdaderos actos de participación criminal (tal el caso, incorporado por la ley 24.410, previsto en el artículo 139 bis) no significa que esa sea la lógica estructural que los haya inspirado. Por el contrario, significa que ese es el camino que ha profundizado la ruptura de esa lógica y que, por tanto, no debemos seguir. La única lógica de organización de la legislación penal argentina debe buscarse en las normas y principios constitucionales, sobre cuyo alcance hay abundante doctrina y jurisprudencia.

Para colmo, en el fundamento del proyecto se sostiene que el artículo 213 quáter proyectado abarcaría dos supuestos diversos. Uno, tipificando la conducta de financiación con independencia del acaecimiento de alguno de los delitos que son objeto de la asociación (pura actividad); el otro, tipificando el caso en que se hubiera tentado o consumado algún delito, supuesto en que se aplicaría la escala penal derivada de los artículos 45 y 48, Código Penal, siempre que ella resulte más grave que la conminada (5 a 15 años de prisión o reclusión). Sin embargo, del texto del artículo no resulta sencillo derivar tamaña conclusión y ello no es más que el resultado de la pretensión de construir una figura que se aleja de las reglas que la legalidad, la reserva y la lesividad, imponen para la configuración normativa de un comportamiento.

En cualquier caso, algo llamativo el de un tipo penal ajustable, que de figura autónoma se transforma en guía para la aplicación de las reglas de la coautoría y participación criminal, ya ni siquiera en función de la ocurrencia de un delito sino de la pena prevista para el mismo (?). A esta altura no cabe duda alguna que se pretende tipificar incluso un supuesto de tentativa de participación criminal.

Asimismo, en consonancia con esa apertura ilimitada, se estructura la figura como delito de pura actividad, sin que resulte necesario un resultado típico. Basta el comportamiento de recolectar o proveer fondos o bienes.

Del mismo modo, se reduce el dolo típico al mero conocimiento, abriendo la posibilidad de incluir comportamientos con dolo eventual y, por vía de alguna descabellada interpretación, hasta supuestos de culpa con representación. Es que según la formulación, alcanzaría con que el sujeto activo se haya sólo representado la posibilidad de que los bienes o dineros provistos serán utilizados para financiar una asociación ilícita terrorista o a un miembro de ella, independientemente de su voluntad efectiva de apoyar o colaborar con esa asociación o miembro de la misma.

Respecto a los elementos típicos, dada la confusa redacción, la norma proyectada parece distinguir dos supuestos, en tanto refiere al que recolecte o provea fondos con conocimiento de que serán utilizados por una asociación ilícita terrorista (en cuyo caso basta con el conocimiento del destino de los fondos) y también cuando tenga conocimiento de que serán utilizados por un miembro de éstas para la comisión de uno de los delitos que constituyen su objeto, independientemente de su acaecimiento (en cuyo caso corresponderá que se demuestre el propósito del miembro de la asociación de utilizarlos para la comisión de uno de los delitos que constituye el objeto de la asociación y que, hemos visto, puede ser cualquier delito). Si ello fuera así, en el caso que los fondos estuvieran destinados a ser utilizados por el miembro de una asociación terrorista, el conocimiento del autor debería abarcar también el conocimiento de la condición de miembro y del propósito del beneficiario. Como puede verse, la técnica de configuración empleada, además de inadecuada, es de dificultosa sistematización, objeciones que son consecuencia del poco apego a los principios constitucionales que debería respetar el diseño de los tipos penales.

### 5. El peligro abstracto

También en la configuración normativa se apela a figuras de peligro abstracto, es decir, a una técnica de tipificación que constituye, por excelencia, el modo de criminalizar comportamientos lejanos a la afectación concreta de un bien jurídico.

Toda conflictividad típica que no requiera directamente la lesión de un bien jurídico básico repre-



senta una anticipación punitiva que obliga a precisar la proximidad del peligro, con atención tanto a la circunstancia concreta de la acción como de la finalidad del agente.

El derecho penal debe desentenderse de los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta y admitir que la lesión o peligro real de un bien jurídico son exigencia y fundamento de la ilicitud y el castigo y deben demostrarse en cada caso.

De esta forma, el diseño de los artículos 213 ter y 213 quáter, comprometen el principio constitucional de lesividad y habilitan la intervención penal sin lesión o peligro concreto.

#### 6. La superposición normativa y los eventuales problemas hermenéuticos

Antes que someterse a indicaciones de convenios internacionales simples (es decir, que están por debajo de las normas constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía), debemos reparar si tenemos y, en su caso cuáles son vacíos normativos.

No se trata de aceptar linealmente una recomendación al margen de nuestra propia cultura jurídica y de nuestra realidad, a no ser que se decida resignar un margen mínimo de intervención autónoma. En suma, analizar los caracteres del fenómeno en nuestro país y el orden de demanda de nuevas normas.

En ese marco, cabe preguntarse ¿si existen algunas conductas que pretenden atraparse por las normas proyectadas que no estén contempladas en el actual Código Penal?

Lo cierto es que nuestra legislación vigente satisface suficientemente las convenciones sobre la materia, en tanto no hay acto posible del nebuloso y discutido concepto de terrorismo que no resulte alcanzado por alguna de las figuras penales vigentes.

De hecho, el financiamiento del terrorismo está penado por aplicación de las reglas de la coautoría y participación criminal amplia y lo mismo ocurre con la asociación ilícita (más allá de que la tentativa de homicidio calificado tenga la misma pena que asociarse para cometer un homicidio calificado).

De otra parte, como señala el CELS, el inciso a) del artículo 213 ter proyectado apela a un elemento normativo consistente en orientar el plan de acción de la pretendida asociación a la propagación del odio étnico, religioso o político, con lo que su concurrencia con la previsión contenida en la ley 23.592 (habilita el aumento de la escala penal para todo delito que se cometa por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso) podría dar lugar a supuestos de doble punición.

Nuestro Código Penal tipifica los delitos contra el orden público contra la seguridad pública de un modo muy detallado con penas exageradamente ele-

vadas, resultando innecesario e inconveniente regular un tipo penal de terrorismo.

Innecesario por que no hay vacío normativo. Inconveniente porque puede debilitar todo el sistema de garantías y convertirse en instrumento de persecución de actividades que nada tienen que ver con el objeto invocado para la regulación, circunstancia que además se agrava por la imposibilidad de encontrar una definición de dicho fenómeno.

Se sabe, y caso contrario resulta fácilmente verificable en la actualidad, que cuando las garantías ceden no se perjudican los terroristas sino la ciudadanía.

#### 7. Las escalas penales

En línea con las últimas reformas penales y la apelación a escalas penales irracionales, se establece una pena de cinco a veinte años de prisión reclusión para la asociación ilícita terrorista, previéndose que el mínimo se eleva a diez años para los fundadores o jefes de la asociación.

Por su parte, se condna con reclusión o prisión de cinco a quince años para el delito de financiación del terrorismo.

También en este punto, el proyecto resulta lesivo a principios constitucionales que han a la legalidad de las penas y a su proporcionalidad.

Llama la atención que ni siquiera se haya reparado en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso "Nancy Méndez") y se apele a una escala alternativa entre reclusión y prisión, a pesar de que la primera ha sido derogada y, eventualmente, resulta inconstitucional.

Nuevamente, la escala posibilitará la paradoja de que el peligro se encuentre más severamente penado que, por ejemplo, la tentativa de homicidio e incluso que muchos delitos de lesión.

Del mismo modo, es también objetable la confusa redacción del artículo 213 quáter al establecer pena de 5 a 15 años de prisión o reclusión, salvo que correspondiere una pena mayor por aplicación de las reglas de los artículos 45 y 48 del Código Penal.

En el fundamento del proyecto se pretende sostener, en base a esta referencia, que la norma contempla dos supuestos: a) pena de 5 a 15 años para la conducta de financiación con independencia del acaecimiento de alguno de los delitos que son objeto de la asociación (1); b) pena mayor para el caso en que se hubiera tentado o consumado algún delito, supuesto en que se aplicaría la escala penal derivada de los artículos 45 y 48 del Código Penal, aclarándose que su aplicación está condicionada por su mayor gravedad. De este modo, la escala consignada (5 a 15 años) jugaría como un piso obligatorio y resultaría aplicable aun al segundo supuesto cuando del juego de los artículos 45 y 48 del Código Penal no resulte una pena mayor.

La gravedad de la escala y la cláusula de reenvío en función de un delito acaecido (cometido), llevará a otro de los tantos absurdos que muestra en la actualidad la legislación argentina y que ha permitido institucionalizar, entre nosotros, la regla de la desproporcionalidad e irracionalidad de las penas. De hecho muchos delitos graves de lesión quedarán con una escala penal inferior a la prevista para esta modalidad participativa autónoma, salvo que el delito acaecido tenga pena más grave en cuyo caso surgirá la discusión respecto a la fórmula imputativa (¿simple o plural?).

### III. Consideraciones de orden procedimental

1. De un lado, nada puede impedir que el poder político decida, desde el punto de vista de la oportunidad o la conveniencia, llevar adelante en la agenda político criminal el debate sobre un problema grave como el terrorismo.

Tal vez pueda señalarse que el tema tiene una gran complejidad, especialmente en función de lo ocurrido en el último cuarto del siglo pasado entre nosotros y la ausencia de una tipificación del terrorismo de estado. Es llamativo que históricamente los representantes de algunas potencias hegemónicas ante las Naciones Unidas hayan rechazado de forma inexorable la mera posibilidad de que exista el "terrorismo de Estado".

2. De otra parte, la mecánica de consulta y tratamiento de una norma penal, en especial de una vinculada a la temática en análisis, merece una profunda consideración que no se compadece con la urgencia que se ha evidenciado para su rápido tratamiento.

Probablemente, pensando en lo importante, en algún momento habrá que discutir seriamente sobre la elephantiasis normativa penal, sobre los factores y procesos que hacen a la toma de decisiones en materia de intervención penal y sobre los verdaderos alcances del principio de legalidad que, sin duda, impone como exigencia de validez de un sistema de legislación penal la necesidad de poner fin al fuerte proceso de descodificación que sólo ha contribuido a generar dispersión normativa, niveles alarmantes de contradicción e incoherencia, ruptura de toda regla de proporcionalidad de las penas y grave afectación al principio de culpabilidad.

Estimo respetuosamente que la agenda política criminal de la Argentina tiene otras urgencias y problemas importantes que lejos están de las exigencias externas para inflacionar aún más un sistema legal -deformado- con normas como las aquí comentadas.

*Daniel Erbetta.*

Director del Departamento Derecho Penal  
y Criminología U.N.R.

Presidente Asociación Argentina  
de Profesores de Derecho Penal.

2

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR  
DIPUTADO GARCIA MENDEZ

### **Comentarios y observaciones del Centro de Estudios Legales y Sociales acerca del proyecto de ley en revisión sobre penalizaciones de asociaciones ilícitas y su financiación**

Buenos Aires, 22 de mayo de 2007.

*Señores/es senadores/as*

*Comisión de Justicia y Asuntos Penales*

*Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico*

*Comisión de Economía Nacional e Inversión*

*Honorable Cámara de Diputados de la Nación*

S/D.

De nuestra más distinguida consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a ustedes, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a fin de hacerles llegar en forma adjunta nuestros comentarios y observaciones respecto del proyecto de ley P.E. 449/06, el cual fuera remitido oportunamente a nuestra institución.

Esperamos que las observaciones vertidas en el documento adjunto sean tenidas en cuenta por los señores/as senadores/as a fin de que el proyecto de ley P.E. 449/06 se adapte estrictamente a las obligaciones en materia de derechos fundamentales consagradas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales suscritos.

Quedamos a su entera disposición por cualquier inquietud y los saludamos muy atentamente.

*Gastón Chiller.*  
Director Ejecutivo

*Andrea Pochak.*  
Directora Adjunta.

### **Comentarios y observaciones del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) sobre el proyecto de ley P.E. 449/06**

El presente documento tiene como finalidad acercar a esta Honorable Cámara de Senadores nuestros comentarios y observaciones sobre el proyecto de ley P.E. 449/06. En este orden de ideas, tras realizar unas consideraciones iniciales acerca de la trascendencia de la materia regulada, nos detendremos sobre la incompatibilidad de los tipos propuestos como artículos 213 ter y quáter del Código Penal con los desarrollos del derecho internacional. Luego, argumentaremos que los tipos penales del proyecto violan principios constitucionales, como el de legalidad. Finalmente, nos referiremos a las consecuencias que, de acuerdo con el derecho internacional, acarrea la extensión del régimen jurídico de los "actos terroristas" a aquellos actos que no ostentan tal carácter.



## *I. Consideraciones iniciales sobre terrorismo y derechos humanos*

Desde sus orígenes, el trabajo del CELS estuvo orientado a la promoción y protección de los derechos humanos y dirigió sus esfuerzos al desarrollo de las acciones necesarias para apuntalar el fortalecimiento de las instituciones democráticas, dado su valor e importancia para la garantía y la vigencia de estos derechos.

Con este objetivo, nos hemos propuesto incidir en los procesos de formulación de políticas públicas basadas en el respeto por los derechos fundamentales, impulsar reformas legales e institucionales tendientes al mejoramiento de la calidad de las instituciones democráticas, y promover el mayor ejercicio de estos derechos para los sectores más desprotegidos de la sociedad. Es por ello que este documento intentará incorporar una perspectiva desde los derechos humanos al debate sobre la regulación de un tema tan sensible como lo es la lucha contra el terrorismo.

Una revisión crítica de la experiencia de los países latinoamericanos nos enseña que, bajo el pretexto del combate al terrorismo, pueden provocarse consecuencias que redunden en una negación del Estado de derecho mismo. Las prácticas empleadas por la dictadura militar en la Argentina en los años 70 y comienzos de los 80 son una clara muestra de la forma en que varios países resolvieron la aparente tensión entre terrorismo y respeto a los derechos fundamentales de la peor manera posible. En el caso argentino, al igual que en tantos otros países del hemisferio Sur, la bandera de la lucha contra el terrorismo fue enarbolada por la junta militar que usurpó el poder en marzo de 1976 y bajo ella se ampararon los integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad para llevar adelante el plan sistemático de represión, con el objetivo de eliminar toda la disidencia interna al régimen de facto. Para lograr ese propósito, se avasallaron los más elementales derechos fundamentales de los ciudadanos a través de recursos tales como el estado de sitio y la suspensión de los derechos y garantías constitucionales.

Si bien en la actualidad no existen amenazas terroristas concretas para la mayor parte de los países latinoamericanos, el contexto internacional ha causado un cierto impacto en las políticas implementadas en la región. Luego de los atentados en Nueva York del 11 de septiembre del 2001, y como consecuencia de la denominada "lucha contra el terrorismo", el escenario global ha sufrido un debilitamiento de los estándares de protección de derechos en general (por ejemplo en materia de debido proceso y protección judicial, libertades ambulatorias, integridad física, libertad de expresión y acceso a la información, entre otros derechos).

Esto se ha reproducido en ciertos campos específicos en los que esta "guerra contra el terrorismo" ha operado como un disparador de medidas que,

directa o indirectamente, afectan la vigencia de los derechos y debilitan las instituciones democráticas. En esta misma línea podemos englobar los intentos de extender las funciones militares para lograr su intervención en conflictos internos y en cuestiones que de ordinario serían materias propias de las fuerzas de seguridad, así como también el encausamiento de determinadas protestas (debidas en gran medida al alto grado de conflictividad social que ostentan las democracias latinoamericanas) como manifestaciones de la amenaza terrorista.

Ahora bien, en paralelo a este debilitamiento democrático, y basándose en la premisa de que no resulta posible la represión de los actos terroristas a costa de la violación de derechos fundamentales, el derecho internacional ha procurado desarrollar y sistematizar los límites dentro de los cuales es tolerable actuar en este contexto de "guerra global". Tanto en el ámbito regional como en el ámbito universal, algunas de estas iniciativas han sido plasmadas en las disposiciones contenidas en las convenciones sobre la materia, así como también en informes, resoluciones y recomendaciones de los órganos de protección de los derechos humanos.

En el ámbito regional, la Argentina ratificó la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en vigor desde noviembre del año 2003, cuyo artículo 15 señala que:

1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), emitió el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos,<sup>1</sup> en el que puso especial énfasis en preservar el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personales, el derecho a un trato humano, al debido proceso y

<sup>1</sup> Ver documento OEA/Ser. LN/II. 116, del 22 de octubre de 2002.

a un juicio justo, y a la libertad de expresión en la represión de actos de terrorismo. Asimismo, la CIDH recalco la obligación de los Estados de asegurar y respetar el principio de no discriminación y el derecho a la protección judicial y señaló el riesgo que pueden implicar las medidas para combatir el terrorismo, para la garantía de los derechos de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y no nacionales.

Recientemente, en cumplimiento de lo dispuesto por las resoluciones 2.035<sup>2</sup> y 2.143<sup>3</sup> de la Asamblea General de la OEA, la CIDH elaboró sus recomendaciones para la protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la OEA en la lucha contra el terrorismo,<sup>4</sup> las cuales “refuerzan y complementan las recomendaciones que constan en el Informe de la Comisión sobre Terrorismo y Derechos Humanos y deben ser interpretadas y aplicadas a la luz del análisis y las conclusiones de dicho Informe y conjuntamente con éstos”.<sup>5</sup> En este documento, la CIDH sostiene que la lucha contra el terrorismo y el respeto a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario, y al derecho internacional en general, es responsabilidad complementaria y no contradictoria de los Estados miembros de la OEA.

A su vez, las recomendaciones de la CIDH establecen criterios que los Estados deben tener en cuenta en la respuesta a los actos terroristas. Estos criterios se refieren a cuestiones tales como la regulación del uso de la fuerza, las condiciones de detención de los sospechados de cometer actos terroristas, la garantía del debido proceso y los requisitos de una adecuada legislación antiterrorista, entre otras cosas.

Posteriormente, la resolución 2.238<sup>6</sup> de la Asamblea General de la OEA destacó el valor de las recomendaciones de la CIDH y reafirmó “que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, incluyendo el cumplimiento del debido proceso y a los derechos humanos, que abarcan los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como a las instituciones democráticas para preservar el Estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el hemisferio”.<sup>7</sup>

Es por ello que para una adecuada tipificación de los actos terroristas deben tomarse en consideración los estándares desarrollados por el derecho internacional; y en este caso particular especialmen-

te aquellos referidos a la necesidad de reforzar la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos, en la represión de actos terroristas.

## II. *La incompatibilidad entre el proyecto P.E. 449/06 y los desarrollos del derecho internacional en materia de tipificación de “actos terroristas”*

En este apartado haremos referencia, en primer término, a la incompatibilidad de la figura de “asociación ilícita terrorista”, con los criterios promovidos desde la comunidad internacional en miras a una adecuada tipificación de los actos terroristas, haciendo especial hincapié en la necesidad de aunar los diferentes elementos del tipo en forma acumulativa. En segundo término, haremos una breve mención a la inconsistencia y ambigüedad que presentan los elementos contenidos en los incisos a) y c) del artículo 213 ter.

En la exposición de motivos del proyecto P.E. 449/06 se especifican los distintos elementos que contiene el tipo penal “asociación ilícita terrorista”, haciendo referencia a esta tipificación como la forma más acabada de dar cumplimiento a la normativa internacional sobre la materia.<sup>8</sup>

Ahora bien, conforme veremos a continuación, el tipo penal que el proyecto de referencia procura introducir en el Código Penal argentino como artículo 213 ter, no se adecua a los estándares forjados por el derecho internacional en materia de tipificación de “delitos de terrorismo”.

En este sentido, si bien en el proyecto 449/06 se destaca que “la República Argentina ha decidido participar de manera activa en el proceso de estandarización normativa e institucional que promueven los organismos que representan la comunidad internacional”,<sup>9</sup> lo cierto es que en su formulación concreta, sólo se han tenido en cuenta las recomendaciones de algunos organismos internacionales —como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)— y no así las de otros órganos especializados en la materia, que se han expresado en particular sobre la definición de terrorismo y los límites y alcances de su tipificación como conducta penalmente relevante.

El resultado de esta omisión es la gestación de un tipo penal que abre la puerta a la criminalización de actos que no reúnen aquellos elementos especi-

<sup>2</sup> Ver documento AG/Res. 2.035 (XXXIV-O/04) del 8 de junio de 2004.

<sup>3</sup> Ver documento AG/Res. 2.143 (XXXV-O/05) del 7 de junio de 2005.

<sup>4</sup> Ver documento OEA/Ser. G, CP/doc. 4.117/06 del 9 mayo 2006.

<sup>5</sup> Ibid., *Antecedentes y Contexto*, punto 9.

<sup>6</sup> Ver documento AG/Res. 2.238 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006.

<sup>7</sup> Ibid., Punto resolutorio I.

<sup>8</sup> P.E. 449/06, folio 8, primer párrafo: “Estos requerimientos normativos constituyen herramientas de clausura para el intérprete, que le permiten limitar el encuadre en esta figura de agrupamiento: u organizaciones que, aunque desarrollen actividades delictivas, no posean las características de gravedad que exigen las normas internacionales relativas al fenómeno del terrorismo”.

<sup>9</sup> P.E. 449/06, folio 3, segundo párrafo.

ficos que le confieren, de acuerdo con los desarrollos del derecho internacional, el carácter de terroristas. En este punto, el relator especial de las Naciones Unidas para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (en adelante el “relator” o el “relator especial”) ha sido enfático al destacar la necesidad de “que la utilización del término ‘terrorismo’ se limite a los actos de auténtico carácter terrorista”.<sup>10</sup>

En esta línea, el relator ha expresado que “para evitar la utilización de la lucha contra el terrorismo como excusa para extender innecesariamente el alcance del derecho penal, es fundamental que los delitos tipificados en la legislación antiterrorista, así como todas las competencias de investigación y encausamiento relacionadas con ella, se circunscriban a la lucha contra el terrorismo. Los delitos que no tengan carácter terrorista [...], independientemente de su gravedad, no deben estar sujetos a la legislación antiterrorista”.<sup>11</sup>

A pesar de que no es posible establecer aún, ni desde el derecho penal internacional ni desde el derecho penal comparado, una definición acabada del “delito de terrorismo”, tanto en el ámbito regional como en el de las Naciones Unidas, se ha comenzado a trazar un camino hacia la identificación de aquellos actos pasibles de ser calificados como “terroristas” y de ser, consecuentemente, tipificados como tales.

En el marco del sistema de las Naciones Unidas, tanto el Consejo de Seguridad como el relator especial, han identificado aquellos elementos esenciales que deben, como mínimo, estar presentes en la tipificación de los llamados “actos terroristas”, en vistas de que “no todos los actos que son delito con arreglo al derecho nacional o incluso internacional son actos de terrorismo ni deberían definirse así”.<sup>12</sup>

En este orden de ideas, la resolución 1.566 (2004)<sup>13</sup> del Consejo de Seguridad de la ONU, denominada “Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”, ha instado a los Estados a prevenir y sancionar los actos que reunieran las siguientes características de manera acumulativa:

- Actos, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y
- Actos cometidos, independientemente de toda justificación, por consideraciones de índole políti-

ca, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar, con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo; y

– Actos que constituyan delitos definidos en las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito.

De acuerdo con el relator especial, esta fórmula acumulativa debe servir de umbral de seguridad para garantizar que sean únicamente los actos de carácter terrorista los que se identifiquen como tales”.<sup>14</sup> La consideración de que estos tres requisitos deben darse en forma acumulativa permite distinguir la infracción penal terrorista de otros comportamientos ilícitos que no encajan dentro del concepto comúnmente aceptado de “acto terrorista”.

Así, el relator especial ha destacado que “la tipificación en tres pasos que estipula la resolución 1.566 (2004) del Consejo de Seguridad respecto de los actos que deben prevenirse –o sancionarse, cuando no hayan podido prevenirse– en la lucha contra el terrorismo aprovecha los delitos acordados actualmente en relación con los aspectos del terrorismo utilizándolos como delitos de referencia, y establece un umbral apropiado exigiendo que, además, tales delitos se cometan con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y con la intención de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo”<sup>15</sup> (el destacado es propio).

El relator especial es particularmente enfático sobre el tercer requisito que exige la resolución 1.566 del Consejo de Seguridad. Para el relator, “utilizar las convenciones antiterroristas como referencia para determinar qué actos deben ser prohibidos en la lucha contra el terrorismo es, a falta de una definición de ‘terrorismo’ universal y completa, el punto de partida más adecuado”.<sup>16</sup>

En virtud de lo hasta aquí expuesto, y como desarrollaremos a continuación, es claro que el tipo de “asociación ilícita terrorista” propuesto por el proyecto P.E. 449/06 no reúne los requisitos mínimos que el derecho internacional ha identificado para la tipificación de los “actos terroristas”.

El proyecto P.E. 449/06 incrimina penalmente el tomar parte de una asociación ilícita cuyo propósito

<sup>10</sup> Ver documento ONU E/CN. 4/2006/98 de 28 de diciembre de 2005, párrafo 42.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párrafo 47.

<sup>12</sup> Ver documento ONU E/CN. 4/2006/98 de 28 de diciembre de 2005, párrafo 38.

<sup>13</sup> Ver documento ONU S/Res./1.566 (2004) del 8 de octubre de 2004.

<sup>14</sup> Ver documento ONU E/CN. 4/2006/98 de 28 de diciembre de 2005, párrafo 38.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párrafo 42.

<sup>16</sup> Ver documento ONU E/CN. 4/2006/98 de 28 de diciembre de 2005, párrafo 33.

sea, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que reúna las siguientes características: a) estar orientado su plan de acción a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) estar organizadas en redes operativas internacionales; c) disponer de armas de guerra, explosivos, agentes químicos, o bacteriológicos o cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas.

Dejando por un momento de lado los graves problemas de adecuación constitucional que presenta la figura y que serán abordados más adelante, es dable comenzar por destacar que el tipo en cuestión criminaliza modalidades de participación sin precisar cuáles son los delitos a los que la figura está destinada. En este sentido, debe volver a resaltarse aquí que, a diferencia de lo que ocurre con la figura en estudio, los desarrollos del derecho internacional en la materia han determinado que los "delitos de terrorismo" deben necesariamente ser tipificados de manera tal que quede claro qué elementos del delito le confieren carácter de terrorista y que "cuando algún delito esté vinculado a 'actos de terrorismo', debe definirse con claridad qué constituye un acto de ese tipo..."<sup>17</sup>

De esta forma, el tipo de referencia no cumple siquiera con la necesaria remisión a aquellos actos identificados en los instrumentos internacionales que incriminan actos de terrorismo específicos.<sup>18</sup> Recordemos aquí que el relator especial ha sostenido que "la lucha contra el terrorismo debe limitarse a combatir los delitos comprendidos en el ámbito de las convenciones y protocolos internacionales relativos al terrorismo y definidos en ellos".<sup>19</sup>

En este punto, el proyecto también se aparta de los lineamientos de la Convención Interamericana contra el Terrorismo que en su artículo 2º establece que "para los propósitos de esta Convención se entiende por 'delito' aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que incriminan específicamente 'actos de terrorismo'".<sup>20</sup>

Ahora bien, además de la palmaria desatención del tercer elemento necesario para incriminar actos de terrorismo —conforme la resolución 1.566 (2004) del Consejo de Seguridad— los elementos que com-

ponen el tipo no satisfacen, tampoco, los restantes requisitos que el derecho internacional exige para la tipificación de "actos de terrorismo".

Como se destacara, el primer elemento que exige la resolución 1.566 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU y que retoma el relator es que la incriminación penal bajo el rótulo de "delitos de terrorismo" debe circunscribirse a aquellos "actos [...] cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes...". Este requisito impone un claro límite en la identificación de aquellas conductas ilícitas que puedan quedar enmarcadas como "actos terroristas".

A pesar de esto, el tipo en estudio criminaliza el mero estado de tomar parte de una asociación ilícita destinada a "la comisión de delitos" en general, por lo que es evidente que, amén de los graves problemas que acarrea en términos del principio de legalidad material, la formulación de la figura no respeta

lo establecido en Montreal el 23 de septiembre de 1971; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena el 3 de marzo de 1980; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, firmado en Montreal el 10 de marzo de 1991; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999. A la vez, en el ámbito regional, es dable mencionar a la Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la prevención y represión de los actos de terrorismo encuadrados como delito contra las personas y actos conexos de extorsión de alcance internacional, y la Convención Interamericana contra el Terrorismo. Es oportuno citar también el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949; el artículo 51 (2) del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra; y los artículos 4º (2) (d) y 13 (2) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

<sup>19</sup> Ver documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/2006/98 de 28 de diciembre de 2005, párrafo 39.

<sup>20</sup> Ver al respecto nota al pie 11.

<sup>17</sup> Ibid., párrafo 46.

<sup>18</sup> Así cabe citar, en el ámbito universal: el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, fir-

la necesidad de circunscribirse, específicamente, a la comisión de aquellos ilícitos penales que, verdaderamente, afectan la vida, integridad física y libertad de las personas.

En este punto, a su vez, es importante destacar que el inciso c) del artículo 213 ter, no logra saldar este problema ya que para la configuración del delito no se exige —como si lo especifican los diversos pronunciamientos a los que hemos hecho referencia— la comisión de una acción pasible de producir el resultado lesivo para la vida o integridad de las personas. Por el contrario, el tipo queda satisfecho con el solo “disponer” de armas de guerra o de cualquier otro medio idóneo para poner en peligro la vida, integridad o libertad, lo que implica un grado mucho menor de certeza sobre la conducta exigida.

Asimismo, el numeral a) del tipo propuesto por el proyecto de ley comentado establece como elemento normativo que el plan de acción de la asociación esté “orientado [...] a la propagación de odio étnico, religioso o político”. Dado que el artículo 2º de la ley 23.592 (Ley Antidiscriminación) prescribe un incremento de la escala penal de “todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, aquella característica podría dar lugar a supuestos de doble punición por un mismo hecho.

Por último, tampoco puede dejar de hacerse notar que, ni siquiera en relación con las características que la figura estipula a fin de diferenciarse de otras “asociaciones ilícitas” se respeta el criterio de formulación acumulativa al que el relator especial atribuye el fundamental carácter de “umbral de seguridad” destinado a garantizar que sean sólo los actos de carácter terrorista los que se identifiquen como tales. Esto pues, no se establece expresamente, que las características mencionadas bajo los numerales a), b) y c) del artículo 213 ter deben leerse en forma acumulativa. A la luz del principio de máxima taxatividad legal en materia penal, resulta imperioso que ello se estipule sin margen de duda alguno.

### III. El proyecto vulnera el principio de legalidad material

La figura que propone el proyecto de ley 449/06 bajo el artículo 213 ter, no sólo no resulta compatible con los desarrollos del derecho internacional en materia de incriminación de “actos terroristas”, sino que vulnera a su vez, parámetros constitucionales fundamentales que constituyen principios esenciales de todo Estado de derecho.

La tipificación del delito de terrorismo debe observar rigurosamente el principio de legalidad de los delitos, el cual se encuentra plasmado en el orde-

namiento jurídico de nuestro país en el artículo 18 de la Constitución Nacional, así como en diversos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, de acuerdo con el artículo 75, inciso 22.<sup>21</sup> Conforme este principio, los delitos deben estar definidos claramente y sin ambigüedades, de forma tal que permitan determinar con absoluta claridad aquellas acciones que quedan alcanzadas por el tipo penal respectivo.

Los órganos de protección encargados de velar por el respeto de los derechos consagrados en los pactos internacionales se han referido al alcance de este principio en relación a las leyes que pretenden penalizar actos terroristas. El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, ha expresado que: “... el primer requisito del párrafo 1 del artículo 15 del PIDCP<sup>22</sup> es que la prohibición de actos terroristas debe ajustarse a lo prescrito en el derecho nacional e internacional. Para que esté ‘prescrita por la ley’ la prohibición debe estar enmarcada de manera que la ley sea suficientemente accesible para que las personas estén debidamente informadas del modo en que la ley limita su conducta, y esté formulada con precisión suficiente para que las personas puedan modificar su conducta”<sup>23</sup> (el destacado es propio).

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que los Estados miembros de la OEA deben “asegurar que la tipificación de los delitos relacionados con el terrorismo sea precisa y sin ambigüedades, consignada en un lenguaje que defina estrictamente las acciones punibles, que establezca claramente la conducta criminalizada, determinando sus elementos y los factores que la distingan del comportamiento que no constituye un delito penal o que sea punible de otra manera”.<sup>23</sup>

No obstante, el proyecto de ley P.E. 449/06, al contemplar la figura de “asociación ilícita terrorista”, vulnera el principio de legalidad en cuanto deja abierta la posibilidad para la penalización de un sinnúmero de conductas, apartándose de los fines explicitados por la norma (entre otros, “dar precisión al concepto de terrorismo”). Así, la vaguedad del lenguaje utilizado para definir los elementos del tipo, sumado al hecho de que sólo se requiera “tomar parte” de una de las asociaciones definidas por

<sup>21</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9º; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9º.1 y 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI.

<sup>22</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>23</sup> Ver documento OI A/Ser. L/V/II. 116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, capítulo IV “Recomendaciones”, párrafo 10, a).

el artículo 213 ter para que la conducta quede subsumida en el tipo, permite una indebida extensión del tipo penal hacia diversas modalidades de participación y por consiguiente una ampliación de los supuestos abarcados por la norma, en clara violación al principio de estricta legalidad que debe regir en materia penal.

En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que aquellos Estados que han adoptado “una definición [...] del terrorismo que, inevitablemente, resulta excesivamente amplia e imprecisa, o han adoptado variaciones sobre el delito de “traición” que desnaturalizan el significado de esa figura delictiva y crean imprecisión y ambigüedades cuando se trata de distinguir entre esos delitos diversos”,<sup>24</sup> violan de esta manera el principio de legalidad. Así, los delitos no sólo deben estar definidos claramente y sin ambigüedades, sino que también debe otorgarse precisión sobre los factores y elementos que lo integran.

En el proyecto de ley comentado, la combinación de los elementos prescriptos en los respectivos incisos a), b) y c) no permite otorgar la claridad suficiente como para identificar con precisión cuáles son los actos que típicamente puedan ser considerados como “terroristas”. A su vez, los términos utilizados para definir los elementos del tipo son lo suficientemente amplios como para poder inferir de ellos una multiplicidad de significados, aumentando el grado de indeterminación sobre la conducta punida.

En este sentido, dada la vaguedad de las descripciones contenidas en los incisos mencionados, se podría encuadrar bajo el 213 ter, por ejemplo, la pertenencia a asociaciones delictivas tales como las redes de trata de personas –cuyos actos en nada se asemejan a la comisión de actos terroristas–, como así también el mero hecho de integrar una agrupación política que hubiera participado de actos de protesta en el marco de los cuales se configuraran conductas reprimidas por el Código Penal argentino.<sup>25</sup> Ello, en tanto y en cuanto se interprete que el accionar de estas organizaciones políticas tuviera como objetivo “obligar a un gobierno a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”, lo cual resulta una posibilidad concreta si se realiza un repaso de la práctica jurisprudencial en nuestro país.<sup>26</sup>

Un ejemplo de las inconvenientes consecuencias derivadas de la extensión de la tipificación de “actos terroristas” a conductas que no tienen tal carácter, ha sido el procesamiento de dirigentes mapuches en Chile bajo la ley antiterrorista, por cargos de incendio de bosques.<sup>27</sup> La aplicación de esta ley

para solucionar lo que se ha denominado el “conflicto mapuche” ha dado origen una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –la cual recientemente se ha expedido en forma favorable sobre su admisibilidad–<sup>28</sup> con miras a determinar la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por último, no podemos dejar de mencionar que la figura de la asociación ilícita –incluso en el tipo básico previsto por el artículo 210 del Código Penal de la Nación– también es objeto de otros cuestionamientos constitucionales por parte de calificada doctrina. En este sentido, se ha controvertido la adecuación de la figura al artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto hace tanto al principio de acción (o principio de derecho penal de acto), como al principio de lesividad.

#### IV. El tipo propuesto por el proyecto de ley 449/06 como artículo 213 quáter del Código Penal

Dado que la figura contemplada en el artículo 213 ter, es el antecedente necesario de la figura propuesta por el artículo 213 quáter, le son aplicables sin más a esta última, la totalidad de las consideraciones que hemos desarrollado en los puntos anteriores.

#### V. Efectos de la extensión del régimen jurídico de los actos terroristas

No se debe soslayar, tampoco, una cuestión que resulta de capital importancia: los efectos de la tipificación de los delitos de terrorismo en otros institutos regulados por el derecho internacional. En este sentido, la extensión del régimen jurídico de los “delitos de terrorismo” a otros actos ilícitos que no necesariamente son actos terroristas, ya que resguarda

<sup>26</sup> Ver condena impuesta a la maestra Marina Schiffrin por la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que los camaristas “sordí y Catucci sostuvieron que “... la única forma legítima y verificable” de la expresión soberana del pueblo es el sufragio y que “otros tipos de expresión de la voluntad popular, tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, *lockouts* u otros medios de acción directa, no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso” Cámara Nacional de Casación Penal, causa 3905, sentencia de julio del 2002.

<sup>27</sup> Los delitos bajo la ley antiterrorista chilena incluyen incendiar edificios desocupados y “bosques misioneros, pastos, monte, ciénegas o plantíos” (artículo 476 (3) del Código Penal de Chile). Ver Informe de HRW, disponible en: <http://www.hrw.org/spanish/informes/2004-chile1004/4.htm#finref29/>.

<sup>28</sup> CIDH Informe 89/06, Petición 619-03, “Aniceto Noria Catrman y Pascual Pichun Paillalao c/ Chile” Admisibilidad del 21 de octubre de 2006. Disponible en: <http://www.idh.org/annualrep/2006sp/Chile619.03sp.htm#fin8/>.

<sup>24</sup> Ver documento OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5, rev.1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 226.

<sup>25</sup> Como, por ejemplo, las conductas reprimidas por los artículos 183 y 184 del Código Penal argentino.

dan bienes jurídicos distintos al protegido con los tipos penales de terrorismo –como hace el proyecto de ley P.E. 449/06– trae aparejadas consecuencias en los mecanismos de extradición, asilo y refugio.

En este sentido, para el derecho internacional y a los efectos de la extradición, los actos terroristas no son considerados delitos políticos o delitos de derecho común llevado a cabo por motivos políticos, y por lo tanto no puede denegarse su extradición sobre la base de esta causal. A su vez, los presuntos autores del delito de terrorismo son excluidos del derecho de asilo, y también se ven impedidos de contar con el status de refugiados.<sup>29</sup> Ello resulta relevante para poner de manifiesto la rigurosidad con la que debe conducirse un Estado, al momento de tipificar estas conductas.

En relación con este asunto, la alta comisionada para los Derechos Humanos de la ONU ha expresado que: “Si bien los órganos y mecanismos internacionales y los tribunales regionales de derechos humanos han afirmado que los Estados tienen el derecho y el deber de proteger a sus ciudadanos contra los ataques terroristas, han indicado asimismo que las medidas que adopten los Estados deben ser conformes al derecho internacional humanitario y la legislación de derechos humanos y refugiados. [...] Los Estados trasladan a personas sospechosas de participación en actos de terrorismo o consideradas como amenazas a la seguridad nacional a países en los que saben, o deberían saber, que esas personas están expuestas a sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Ver resolución 1.373 (2001) del Consejo de Seguridad, así como también el artículo 11 de la Convención Americana contra el Terrorismo, entre otras.

<sup>30</sup> Ver documento ONU F/CN.4/2006/94 del 16 de febrero de 2006, párrafos 8 y 9. En este documento se formulan consideraciones sobre la relación entre el “principio de no devolución” y la lucha contra el terrorismo.