

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

EL PROBLEMA ESPECÍFICO

DEL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. Los problemas de autoría y participación se revelan especialmente complejos a la hora de entender la realización de los hechos punibles derivados del terrorismo. Las dificultades dogmáticas y prácticas se presentan, principalmente, a la hora de entender el aporte específico de diversos autores y partícipes, desubicados geográficamente y con una amplia distribución de funciones. Ante este panorama, el derecho penal tradicional enfrenta diversas dificultades que han tratado de ser llenadas con estructuras interpretativas; por ejemplo, la imputación personal a partir de organizaciones criminales y otros esfuerzos. No obstante, la pertinencia de esos esfuerzos está sometida a controversias a la luz de la correcta aplicación del derecho penal en un Estado de derecho. El presente análisis pretende reflexionar sobre la figura del financiamiento del terrorismo como ejemplo de legislación moderna, peligrosista, preventiva y amplísima, que pone en entredicho las reglas tradicionales en aplicación de estructuras dogmáticas como las de la autoría y participación.

Palabras clave: autor, autor mediato, coautor, cómplice, partícipe, autoría mediata por dominio del hecho, autoría en la organización, financiamiento del terrorismo, terrorismo, actos terroristas.

ABSTRACT. Perpetration and participation are particularly complex problems when we try to understand punishable acts derived from terrorism. The main dogmatic and practical difficulties arise when we try to grasp the specific contribution of the different agents and participants, who may be situated in different geographical locations and in charge of a wide range of roles. To face this situation, traditional criminal law has tried using interpretative structures, for example, personal attribution on the basis of the existence of criminal organizations, and other similar efforts. Nonetheless, the appropriateness of these efforts is debated from the perspective of the correct application of criminal law in a State based on the rule of law. We reflect on the offense of financing of terrorism as an example of a modern law, based

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

on the concepts of crimes of endangerment, prevention and a very wide scope, which raises questions regarding the traditional rules of application of dogmatic structures such as perpetration and participation.

Key words: perpetrator, indirect perpetrator, co-perpetrator, accomplice, indirect perpetration through control over the act, perpetration in the organization, financing of terrorism, terrorism, terrorist acts.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Probleme von Täterschaft und Teilnahme stellen sich als besonders vielschichtig dar, wenn es um die Begehung von Straftaten des Terrorismus geht. Die rechtsdogmatischen und praktischen Schwierigkeiten treten insbesondere bei der Beurteilung der spezifischen Tatbeiträge einzelner geografisch verstreuter Täter und Teilnehmer mit einer Vielzahl von Funktionen auf. Vor diesem Hintergrund steht das traditionelle Strafrecht vor mehreren Schwierigkeiten, die mit Hilfe von verschiedenen Interpretationen zu lösen versucht werden; ein Beispiel ist die individuelle Zurechnung über eine kriminelle Organisation sowie andere Ansätze. Unter dem Gesichtspunkt der korrekten Anwendung des Strafrechts in einem Rechtsstaat ist die Zulässigkeit solcher Versuche jedoch umstritten. In dem vorliegenden Beitrag werden einige Überlegungen zur Rechtsfigur der Terrorismusfinanzierung als Beispiel einer modernen, gefährdungsorientierten, präventiven und sehr weit gefassten Gesetzgebung angestellt, mit der traditionelle Regeln zur Anwendung rechtsdogmatischer Strukturen wie Täterschaft und Teilnahme infrage gestellt werden.

Schlagwörter: Täter, mittelbarer Täter, Mittäter, Beihilfeleistender, Teilnehmer, mittelbare Täterschaft durch Tatherrschaft, Organisationsherrschaft, Terrorismusfinanzierung, Terrorismus, terroristische Handlungen.

1. Introducción

En la presente investigación se analizará el fenómeno del terrorismo desde la perspectiva de su acercamiento jurídico-penal. Se prestará especial importancia al problema de la autoría y la participación, con un acentuado énfasis en la figura de la financiación del terrorismo, que no por casualidad ha cobrado una relevancia enorme en la discusión jurídica de la comunidad internacional, cada vez más sensible a los enormes peligros de un fenómeno que ha adquirido formas de comisión y de impacto globales.

Desde una perspectiva jurídico-penal, en concreto de la autoría y la participación, el fenómeno del terrorismo presenta dificultades de inusual trascendencia, como lo es la imputación personal de hechos con una distribución de trabajo global y con mecanismos de ejecución altamente funcionales pero desubicados geográficamente. Si a esto

se une que el fenómeno del terrorismo no se agota en la ejecución de actos de violencia contra una gran cantidad de personas y bienes jurídicos de variada especie e importancia, sino que también incluye su financiamiento y mantenimiento, así como la incorporación de nuevos autores y cómplices en las organizaciones, puede comprenderse la necesidad de superar algunos viejos esquemas de análisis tradicional de la comisión de los hechos penales.

Entre los mecanismos “modernos” para este acercamiento al análisis de la autoría y la participación pueden mencionarse, sin lugar a dudas, la apertura de la doctrina a incorporar mecanismos como la autoría por dominio de aparatos de poder y, por supuesto, formas de imputación personal a partir de formas de participación organizacional. Estas formas de concurso personal y de imputación de hechos penales a título personal, que parten de formas de ejecución del hecho como una organización, desenfocada desde el punto de vista geográfico y temporal, ponen en entredicho viejos principios base del derecho penal y, por supuesto, someten a estrés los diversos acercamientos dogmáticos que se habían venido incorporando en las legislaciones nacionales a partir del así denominado *derecho penal nuclear* o *derecho penal liberal*.

En el contexto preciso de la política criminal costarricense, y de su esfuerzo por aprehender el fenómeno del financiamiento del terrorismo a través del derecho penal, se intentará describir el camino seguido por el legislador, sus aportes y fracasos y contextualizar una específica forma de atender este fenómeno que bien podría sintetizar la que otros países de la región han seguido, de manera un tanto apresurada y por la vía de las presiones de diversas organizaciones internacionales encargadas del tema.

A continuación se hará, por ello, una exposición de las características definitorias del delito de financiamiento del terrorismo y su evolución en los diversos documentos e instrumentos internacionales. Luego se expondrán las diversas reglas de imputación penal que podrían sintetizar los problemas de autoría y participación que es dable entender se producen en todos los delitos del ámbito del terrorismo, pero que en concreto inciden en la interpretación del tipo penal que ha propiciado la redacción de este estudio.

2. El fenómeno de la financiación del terrorismo como objeto de la política criminal

2.1. El financiamiento del terrorismo y la comunidad Internacional

Cálculos de los años noventa del siglo pasado estimaban que las cifras mundiales derivadas del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo rondaban las astronómicas sumas de 590 mil millones a 1,5 billones de dólares.¹ A su vez, el FMI calculó para el año 2003² que la suma total de dinero involucrado en el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo ascendía a entre un 2% y un 5% del producto interno bruto mundial. Es claro que ambas sumas dimensionan la importancia económica y el impacto que estos fenómenos tienen en los flujos monetarios a escala mundial. Es muy probable que dichas estimaciones ya estén desenfocadas en cuanto a su impacto si pudieran medirse con certeza en los últimos años; sin embargo, se puede partir del aserto de que dichas sumas pueden haberse duplicado, tomando en cuenta el crecimiento de la actividad criminal de diversas organizaciones terroristas alrededor del mundo y el espacio aún libre de regulación jurídica que la legislación de algunos países permite.

El primer mecanismo de lucha contra el terrorismo en el seno de la ONU fue el Convenio de Tokio de 1963, relativo a infracciones e intervenciones dentro de aeronaves. Desde ese punto histórico, el fenómeno del terrorismo ha ocupado un papel central en la preocupación de la comunidad internacional. Entre la década de los setenta y la década de los noventa se suscribieron una docena de instrumentos internacionales³ en materia relati-

¹ Vito Tanzi, *Money Laundering and the International Finance System*, Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional, Working Papers 96/55, 1996.

² Fondo Monetario Internacional, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington D.C.: FMI, 2003.

³ Ejemplo de ello son la resolución 46/51 de la Asamblea, de 9 de diciembre de 1991, que se llamó *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*, en la que declaró la preocupación por el terrorismo y en específico por la creciente relación de este con el narcotráfico. Luego, la resolución 49/60 de la Asamblea, de 9 de diciembre de 1994, mediante la cual se aprobó la *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*; en especial, el punto 5 de dicha resolución exhortó a que los Estados "Se abstengan de organizar, instigar, facilitar, *financiar*, alentar o tolerar actividades terroristas..." (cursiva añadida). Además, la resolución 51/210 de la Asamblea, de 17 de diciembre de 1996, de vital importancia, puesto que exhortó a los Estados a adoptar las medidas internas apropiadas para prevenir y contrarrestar el financiamiento del terrorismo (§ 3.f) y los instó no solo a activar las alarmas ante otras actividades ilícitas que pudieran financiar al terrorismo, sino a hacer vigilia de organizaciones sospechosas que declararan fines caritativos, sociales o culturales pero que fuesen mamparas para dicho financiamiento, y no solo ello, sino también

va a lo que entendemos hoy en día como terrorismo,⁴ aunque en su mayor parte se refieren a actos concretos que se relacionan con el terrorismo y no al fenómeno en su integralidad.

La seguidilla de actos terroristas que incluyó el ataque contra las Torres Gemelas del World Trade Center y el Pentágono en Estados Unidos de América en septiembre de 2001, el atentado de marzo de 2004 contra la estación de trenes de Atocha en Madrid y en julio de 2005 en la estación del metro de Londres fue el caldo de cultivo de una política criminal de carácter intensivo que empezó a fraguarse en los Estados Unidos y luego sería trasladada a todo el mundo. Nunca antes la historia mundial había enfrentado tan directamente el terror y nunca antes había dispuesto de herramientas normativas y técnicas tan intensas para combatir un fenómeno que se mostraba vivo y al acecho de las instituciones y de las poblaciones, sin límites espaciales y sin parangón en cuanto a su influencia económica y política.

El 10 de abril de 2002, con la firma de 132 Estados y la ratificación de más de 100, entró en vigor la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento de Terrorismo (en adelante, Convención de 1999), que, entre otras cosas, exigía a los Estados parte la tipificación del delito del terrorismo, las organizaciones terroristas y los actos terroristas. Era el primer instrumento internacional que miraba al terrorismo como un fenómeno que engloba distintos actos;⁵ la financiación del terrorismo, ahora ilegal,

a adoptar medidas para rastrear movimientos de fondos sospechosos de vincularse a actividades terroristas e intercambio de información entre Estados. Sobre el vínculo de la resolución 21/210 puede consultarse Bruno Tondini, *El financiamiento del terrorismo y el crimen organizado: la actualidad de ambas problemáticas, normas internacionales y argentinas aplicables*, Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Working Papers 72, <<http://www.caei.com.ar/sites/default/files/72.pdf>> (18.7.2014), p. 8.

⁴ Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves (Convenio de Tokio), firmado el 14 de septiembre de 1963; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), firmado el 16 de diciembre de 1970; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), firmado el 23 de septiembre de 1971, y su protocolo complementario, del 24 de febrero de 1988; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, firmada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, firmada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena el 26 de octubre de 1979; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988; Convenio Internacional sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, firmado en Montreal el 1.º de marzo de 1991, y el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, firmado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997.

⁵ “El Convenio sobre la financiación del terrorismo fue el primer instrumento mundial en exigir que se impusiera responsabilidad penal al apoyo logístico previo a casi todos los actos importantes de violencia terrorista, apoyo que resulta indispensable para los grupos que constituyen la infraestructura institucional del terrorismo.” Oficina de las

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

consagraba la preocupación de la ONU anterior a los atentados del 11 de septiembre, preocupación que se transformaría de manera muy intensa.

Sin embargo, ya que las convenciones internacionales deben ser firmadas, ratificadas y puestas en vigor con respeto de los mecanismos constitucionales y legales de cada país, el 28 de setiembre de 2001, y en virtud del poco tiempo transcurrido desde los ataques en Estados Unidos, se aprobó de manera unánime la resolución 1737.⁶ Este documento, además de obligar a los Estados a tipificar el financiamiento del terrorismo, proscribió cualquier forma de apoyo a grupos terroristas —quedarían prohibidas acciones tales como prestar refugio y cualquier asistencia, activa o pasiva, congelar cualquier tipo de cuenta que contuviera fondos de personas u organizaciones involucradas con el terrorismo—, al tiempo que exigió mayor colaboración e intercambio de información sobre terroristas entre los Estados. Además, dicha resolución creó el Comité contra el Terrorismo, integrado por los quince Estados miembro del Consejo de Seguridad,⁷ que tiene como función dar un seguimiento, solicitar informes y coadyuvar (pero no de una manera directa) con los avances que haga cada país en sus legislaciones contra el terrorismo.

Es entonces, con la Convención de 1999 y la resolución 1373, que se marcó el escenario político criminal en el que los Estados debían encaminarse: una reforma de las legislaciones nacionales en busca de la punición del financiamiento del terrorismo.⁸ Ya no serían el ataque a los bienes jurídicos que supone el terrorismo o la puesta en peligro actual de dichos derechos los objetos únicos de criminalización, sino también las contribuciones económicas para que eventualmente surja un ataque a esos derechos u otros actos preparatorios para ello. De esa manera, el financiamiento del terrorismo se volvió asunto del derecho penal, como muestra de una sociedad cada vez más preocupada por el riesgo de ataques terroristas masivos.⁹

Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Guía legislativa del régimen jurídico universal contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2008, p. 9.

⁶ Consultado en el sitio web del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad de la ONU. La resolución que se hace vinculante sin necesidad de los mecanismos nacionales de recepción del derecho internacional, por lo dispuesto en los artículos 24, 25, 39, 48 y el capítulo VII de la Carta de la ONU.

⁷ Establecido mediante el punto 6 de la resolución 1373.

⁸ UNODC, o. cit., p. 21 dice: “La única forma de cumplir todas las normas internacionales aplicables a la financiación del terrorismo consiste en promulgar legislación que establezca el delito correspondiente, en lugar de recurrir a teorías de complicidad, conspiración, blanqueo de capitales u otros delitos no relacionados concretamente con la financiación del terrorismo”.

⁹ Sabine Görg, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Fráncfort: Peter Lang, 2010, pp. 122-123.

Esta reacción jurídico-penal, propia del así denominado *derecho penal del riesgo*, heredera de las observaciones sobre la epistemología del riesgo proveniente de Beck,¹⁰ llegó para quedarse. Por supuesto, una de sus manifestaciones más plásticas es, sin duda, la atención a los problemas de autoría y participación, que se reflejan en todas las disposiciones sobre terrorismo, pero que se manifiestan especialmente en el delito de financiamiento del terrorismo. La ampliación de la red del derecho penal se explica en las bases eminentemente preventivas que inspiran el enfoque normativo que lo anima.

Estas medidas son quizá el mejor ejemplo, o el mejor acabado, de un derecho penal de emergencia, inexorable en la restricción de libertades fundamentales y en el alejamiento de los principios tradicionales de limitación al derecho penal,¹¹ como respuesta al miedo que se transmitía por doquier contra el terrorismo. El mundo conmovido fue testigo (y víctima) del alto coste humano y económico que representó la denominada *lucha contra el terrorismo* del gobierno norteamericano de George Bush hijo, pero no deja de ser testigo de los ataques contra las bases democráticas, y de cómo se gestó una otredad criminal ante la comunidad internacional, una que parece ser diferente a otros tipos de criminalidad organizada, y a la que se ha dado un trato diferente.

El endurecimiento punitivo ya conocido contra la criminalidad organizada, y su versión potenciada contra el terrorismo, parecen no estar cerca de ser una respuesta definitiva contra estos flagelos sociales, pero es la respuesta forzada de la comunidad internacional y se ha promovido en los diversos Estados nacionales. La reflexión tal vez no se ha enfocado en las raíces sociales y políticas del fenómeno terrorista; al contrario, parece dar una respuesta jurídico-punitiva más apresurada¹² y contundente, producto de los acontecimientos terroristas que han conmocionado a la comunidad internacional en las últimas décadas.

¹⁰ Sobre la sociedad del riesgo, consúltese Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Fráncfort: Suhrkamp, 1986; acerca del derecho penal del riesgo, Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general*, tomo 1, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1997, pp. 6062.

¹¹ Los controles de pasajeros de aeronaves se intensificaron, por nombrar un ejemplo de muchos en los que el 9/11 marcó un antes y un después en la comunidad internacional, no solo para los miembros de una organización terrorista, sino para todo ciudadano en el seno de la globalización. Al respecto consultar Fernando Miró, "Democracias en crisis y derecho penal del enemigo", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, Madrid, 2005, pp. 185-229.

¹² Con mayor profundidad, Myrna Villegas, "Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos", *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago (Chile), 2002-2003, pp. 175201.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

Las dificultades del concepto de terrorismo terminan por crear una base de difícil dilucidación jurídica y complejizan ciertas acciones que se pretende visualizar como conexas, coetáneas o incluso permanentes en el acontecer terrorista. Aquí destaca especialmente el tema del financiamiento del terrorismo.

La literatura subraya el papel importante del financiamiento para asegurar el sostenimiento y la sobrevivencia misma de las organizaciones terroristas. En una palabra, está convencida de que no se trata de una actividad colateral, sino de que es esencial para explicar el papel global de los grupos terroristas. Es cierto que en ocasiones este financiamiento es una actividad preparatoria de la acción criminal,¹³ pero también puede ser una actividad coetánea y, por supuesto, una actividad subsiguiente. Así las cosas, la persecución penal de las actividades de traspaso de propiedad¹⁴ con la finalidad de apoyar al terrorismo es esencial para combatir este fenómeno en un estadio en el que aún no ha provocado daños graves a la colectividad y en el que la actividad financiera, cuando colapsa, podría llevar al traste con la realización de otros actos violentos.¹⁵

3. La tipicidad de financiamiento del terrorismo costarricense: problemas jurídicos heredados de los instrumentos internacionales

El año 1999 no es en sí mismo un hito histórico para promover el castigo penal del financiamiento del terrorismo. Es evidente que tal fenómeno había sido tematizado mucho antes, no solo porque ya se sospechaba de la estrecha vinculación entre el terrorismo y su financiamiento, así como de la necesidad de ese binomio para el sostenimiento de dicha actividad alrededor del mundo. Todo parece indicar que fue tan solo la coyuntura propicia para que la Asamblea General de las Naciones Unidas diera el primer impulso internacional necesario para alcanzar la penalización del financiamiento del terrorismo y promover una legislación penal marco mundial¹⁶ para orientar a los legisladores

¹³ En ese sentido se pronunció el Convenio del año 1999, documento que en su preámbulo dice: "Observando que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas...".

¹⁴ Eduardo Aninat, Daniel Hardy y Barry Johnston, "Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo," en *Finanzas y Desarrollo*, <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/aninat.pdf>> (25.6.2014), p. 44.

¹⁵ Görg, o. cit., p. 124.

¹⁶ En las pasadas décadas se inició la discusión sobre una *armonización del derecho penal*, lo que suscita problemas ante una eventual crisis del Estado-nación, puesto que el derecho internacional ha promovido que las legislaciones

nacionales. Si bien esta no tipifica propiamente,¹⁷ en virtud del respeto a la soberanía legislativa de los Estados, en su artículo 2, párrafo 1, hace una descripción de lo que entiende como el delito de financiamiento del terrorismo. Por su lado, retomando el artículo anterior, dada la premura, el punto 1 de la resolución 1373 describe, con mínimas variantes, qué se entendería como financiamiento del terrorismo.

Estas descripciones, sin duda alguna, han inspirado las legislaciones que nacieron de los imperativos de esas normas internacionales (entre ellas la costarricense), no sin antes heredar un fardo de problemas de taxatividad interpretativa.¹⁸

La descripción de la Convención de 1999 estipuló como “tipo modelo” que “quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados [...]”.¹⁹

Por su parte, la resolución 1373 consagró:

tengan cada vez más uniformidad para facilitar la cooperación interestatal en temas de criminalidad, ya sea en el seno del derecho comunitario e incluso transportado a una aspiración mundial. Sobre armonización del derecho penal en el seno de la Unión Europea consúltese Hans J. Hirsch: “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea”, en David Baigún (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 649-662; Klaus Tiedemann, “La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º 7, Buenos Aires, 1997, pp. 385-404.

¹⁷ Como así lo hace el Estatuto de Roma, del 1 de julio del 2002, con los crímenes de lesa humanidad de su competencia, en los artículos 6, 7 y 8. En el sentido de la no tipificación del financiamiento del terrorismo en el Convenio del 99, véase Tondini, o. cit., pp. 45.

¹⁸ Al respecto véase Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2005, p. 107.

¹⁹ En su inciso a, dicho artículo refiere a un listado de actos comprendidos en convenciones previas que se anexan a la Convención, y en su inciso b estipula: “[...] cualquier otro acto dirigido a causar la muerte o lesiones a un civil [...] cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno [...]”. Este inciso b posee un problema de excesiva estrechez conceptual, pues queda en duda si efectivamente observa al terrorismo como una actividad criminal que podría atentar contra otros bienes jurídicos diversos de la vida o la integridad física. Es posible entender que el terrorismo no se concreta a atentar contra estos bienes jurídicos personales, sino que también podría implicar lesiones a la libertad, como sucede en la toma de rehenes por grupos terroristas y paramilitares, tanto si tal acción se lleva a cabo con fines terroristas o conexos con fines políticos (presión a los gobiernos, coacción para tomar acciones que favorezcan a los grupos terroristas y sus integrantes, etc.). Podría pensarse en escenarios en los cuales, quizá, quedara fuera de la nomenclatura de terrorismo el hecho del secuestro de una o muchas personas sin causarles menoscabo físico, y podría entenderse que los fondos aportados para realizar tal hecho no quedarían abarcados en el sentido del tipo modelo. Además, queda la duda de si los fondos aportados para la sola manutención de la organización (no solo los fondos para ataques) están comprendidos dentro de la construcción y, por ende, no serían punibles.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

[...] tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo.

El terrorismo como figura penal ha pasado por diversas etapas en su descripción, con el objetivo de incorporar y ampliar diversas formas de autoría y participación. En primer lugar, se escogió la aplicación de las formas tradicionales de criminalidad, con un agravamiento de la pena si la comisión se realizaba por organización terrorista o si los autores habían actuado con un fin terrorista. Luego se buscó una forma de combate que abarcara también formas de colaboración o de encubrimiento, que en definitiva ampliaban la cobertura de la acción criminal. Finalmente se promovió el castigo de la apología del terrorismo.

Mediante la ley 8719, Costa Rica experimentó una importante reforma legal a su ley 8204 en lo concerniente al tratamiento del terrorismo y, dentro de ello —con particular intensidad—, a su financiación. Dicha ley adicionó una nueva tipicidad penal que criminalizaría el financiamiento del terrorismo, al establecer:

[...] quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional.

Los problemas y limitaciones que atentan contra un principio de taxatividad interpretativa, desde la perspectiva de un análisis global de las diversas incriminaciones, se enumeran a continuación:

a. La utilización de las fórmulas “por el medio que fuere”, “cualquiera medios” o “por cualquier medio” suscita problemas de interpretación, pues es evidente que el ámbito de cobertura se amplía intensamente, de tal forma que cualquier “medio” es susceptible de punibilidad (y, de hecho, esa parece ser la intención), lo que atenta contra el principio de taxatividad penal y de claridad de las descripciones jurídico-penales.

Tal técnica legislativa choca directamente con las estipulaciones constitucionales, reafirmadas más de una vez por los altos tribunales constitucionales de la región, que

estatuven el principio de legalidad criminal como la fuente de una sana técnica normativa, que obliga a precisar, como no podía ser de otra manera, los medios de comisión de las acciones punibles.

b. La expresión “directa o indirectamente” o “de manera directa o indirecta” interpela a la participación o autoría, pues por “directa” habría de entenderse que el agente —sin necesidad de participación de otra persona— lleva a cabo el núcleo del tipo. No obstante, debe reconocerse que la expresión dicha aludiría también al problema de entender quién podría ser una *interpuesta* persona. Basta detenerse un instante para convocar aquí diversos problemas interpretativos, entre los que destacan, por supuesto, si tal interpuesta persona podría ser una persona jurídica,²⁰ un coautor o un autor mediato.

Salta a la vista que, tratándose de la figura del financiamiento del terrorismo, hay de por medio instituciones bancarias y financieras, oficinas de cambio de dinero y de remesas internacionales. Estos entes o personas jurídicas se hallan en medio del proceso de allegar los fondos a las organizaciones criminales y terroristas, y por ello actúan como intermediarios financieros —en algunos casos o, se podría decir, en la mayoría de los casos— sin conocimiento de la función de apoyo o ayuda a los grupos que despliegan actividades terroristas alrededor del mundo.

Este es solo parte del problema de vaguedad y opacidad de este concepto jurídico, que sin duda ofrecerá y ofrece dificultades para la aplicación de los tipos penales que incorporen tal fórmula dentro de su descripción legal. En Costa Rica, la imputación a personas jurídicas no está entre las posibilidades (aunque alguna reforma podría cambiar ese panorama), pero podría involucrar a sus representantes.

c. Por su parte, en la Convención de 1999, la fórmula incluida que alude al conocimiento y a la antijuridicidad, concretada en la frase “ilícita y deliberadamente” o “intencionalmente”, suscita el debate sobre qué ha de entenderse por *ilícito*, así como obliga a plantear, de una sola vez, si estamos hablando de una intención criminal o de la comisión de un injusto complejo con la comisión de varias acciones criminales, o si la

²⁰ Informaciones provenientes de la investigación derivada luego de los ataques de las Torres Gemelas, concretamente en un informe de la GAFI para el periodo 2001-2002, tuvieron conclusiones muy interesantes acerca del uso de organizaciones de bien social como parte de los medios o “personas interpuestas” que podrían estar apoyando la actividad criminal de estos grupos terroristas, y a partir de allí las puso en el lente del legislador en un intento de desestimular este poderoso medio de obtención de ayuda económica para la actividad terrorista. Cf. Görg, o. cit., pp. 125-126.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

expresión alude exclusivamente, por ejemplo, a la ilicitud sintetizada en el hecho propio del financiamiento por sí mismo.

Ya se ha expuesto —y este no es un problema menor— que no todo financiamiento se haría con fuentes ilícitas o a través de medios ilícitos. Con total independencia de la actividad económica subyacente (que podría ser lícita) habría que buscar otras formas de concretar la intención criminal de financiamiento del terrorismo.

Ahora bien, ¿qué significan en este contexto “deliberadamente” o “intencionalmente”? Podrían ensayarse diversas interpretaciones. Una de ellas tiene que ver con el dolo del autor, quien de manera voluntaria y con pleno conocimiento de la realización del tipo penal despliega una actividad que sabe se dirige a la financiación de una actividad terrorista. En el caso del elemento “intencionalmente”, podríamos aducir que su razón tiene que ver con el concepto de *intention* como *mens rea* o elemento subjetivo en el derecho anglosajón.

Tales interpretaciones se enfrentan a la dificultad, harto conocida, de demostrar un dolo interno a partir de indicios externos, que en el caso del financiamiento del terrorismo, partiendo de que sea una actividad en apariencia lícita y por medios legítimos, llevaría a sospechar de casi todas las actividades cotidianas de movimiento financiero.²¹

Por otra parte, la dificultad para determinar esa predisposición interna y programación criminal lleva también al trance de introducir elementos subjetivos en el tipo penal que en nada ayudan a la clarificación del castigo de la conducta criminal final.

En tal caso, podría concluirse que la inclusión de la fórmula es absolutamente innecesaria, y eso explica que, acertadamente, tanto la resolución 1373 como la tipicidad costarricense no hayan incluido esa descripción.

d. Los verbos rectores *proveer* y *recolectar* parecen tener un mejor contenido semántico; por ello se escogieron y se repiten en los ejemplos transcritos. No obstante, el legislador costarricense, con ánimo de expandir desmesuradamente la punibilidad, incluyó los verbos “promueva, oculte y facilite”. Así entendidos, estos últimos verbos rectores llevarían a la punición de la simple acción sin ningún resultado ostensible.

²¹ Ejemplo de ello son las políticas “conozca a su cliente” que promueve el GAFI y vinculan a las entidades financieras, de tal suerte que una gran cantidad de operaciones financieras y transferencias de fondos son monitoreadas intensamente, lo que de alguna manera coarta el libre ejercicio de las operaciones financieras y con ello produce, en no pocas ocasiones, fatiga y hasta persecución a los usuarios de estos entes.

El verbo *promover* es un elemento de una amplitud semántica extraordinaria, que alude a la simple apología, al mero intento persuasivo o la solicitud; es pues el simple acto de hacer peticiones de fondos, sin alcanzar, claro está, que estos fondos lleguen a ser otorgados al solicitante o petente. La acción de *promover* obliga a plantearse la forma de comisión, pues tan solo despliega una tentativa punible, o al menos podría así entenderse, cuando en la mayoría de los casos sería, en definitiva, tan solo una tentativa inidónea. No trataría, pues, de remitir a la figura del instigador, porque este, en efecto, consigue determinar con un aporte psicológico necesario al agente a cometer un resultado desvirtuado, pero *promover* no requiere ese resultado.

El verbo *ocultar* es, de igual forma, expansivo, en el sentido que el solo hecho de tener fondos y poseer alguna intención de brindarlos a alguna actividad terrorista, sin hacer evidente o visible que se poseen y, de nuevo, sin la necesidad de haberlos brindado efectivamente a la causa terrorista comportaría el agotamiento de la tipicidad.

Ni que hablar del verbo *facilitar*, pues es tan amplio que cualquier aporte banal que no obstaculice el curso causal de una operación de financiamiento de terrorismo, por definición excluyente, estaría facilitándola y, por ende, la acción así desplegada sería entendida como típica del delito, hemos de presumir que aun si se presenta de manera omisiva.

Pero, por si ya no fuese poca la apertura de la frontera de punición mediante los tres verbos problemáticos, al legislador costarricense le pareció pertinente incluir una fórmula aún más amplia “o de cualquiera otra forma cooperere”. Es decir, si hipotéticamente se fuese consecuente con la literalidad de esa redacción, el verbo *cooperar* no tiene especificada ninguna forma comisiva, dado que la intención de una partícula como “cualquier otra forma” es evadir la precisa redacción del verbo rector y su forma de comisión. La aplicación práctica de esta tipicidad queda librada a la interpretación especulativa irrestricta; consecuentemente, cualquier acción de un agente que no impida el financiamiento del terrorismo es punible. Dicho en otras palabras, esa fórmula es abiertamente inconstitucional.

Por el contrario, el verbo *proveer*, tanto como *recolectar*, suponen la efectiva consecución de fondos. El primero supone el traspaso de los fondos a la organización y el segundo, la simple consecución de dichos fondos.

Los problemas de taxatividad expuestos podrían llevar al traste con una sana aplicación de la autoría y participación en cuestiones de terrorismo, como se expondrá más adelante.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

e. El concepto normativo de *fondo*, tal y como ha sido expuesto, es un elemento descriptivo del *tipo* modelo, que se precisa en el artículo 1.^o;²² no obstante, hace alusión a una multiplicidad de cosas que, si no se precisan, cualquier cosa que sea susceptible de una apreciación pecuniaria podría entenderse como *fondo* y terminaría ampliando desmesuradamente el ámbito de punición.

f. La finalidad expuesta dentro del *tipo* modelo y repetida por la legislación costarricense, es decir, el dolo implícito en una actividad de financiación del terrorismo, es un dolo que implica todo elemento que integra el financiamiento; o sea, la cognición y la volición tienen que estar presentes en la provisión o recolección de fondos. Sin embargo, la construcción —acertadamente en nuestro criterio— introduce un elemento subjetivo complejo, que apareja al dolo un conocimiento cierto o probable de que los fondos serán utilizados por la organización terrorista.

g. En la tipicidad costarricense se incluye al final que los fondos no necesariamente deben ser destinados para un acto terrorista; que si se destinan para una organización declarada como terrorista por las reglas del derecho internacional son punibles. Esto suscita una reflexión sobre qué organizaciones se pueden considerar terroristas, quién y según qué criterios de certeza los declararía de esa forma.

Es clara, pues, la intención de buscar una atención preventiva y no esperar a la generación de acciones concretas de financiamiento. Tal estructura típica, por supuesto, además de configurar el mejor ejemplo imaginable de un tipo penal de peligro abstracto²³ (con los problemas a la luz de la afectación al bien jurídico que este tipo de delitos reputa), no oculta una técnica incorrecta, que deja sin precisión qué es lo que se pretende proteger.

En síntesis, la descripción bajo examen contiene evidentes lesiones a los principios de taxatividad y *lex certa*, amén de otras afectaciones al principio de legalidad criminal. Es por ello que se puede afirmar, con solidez, que una aplicación de la Convención de

²² La Convención de 1999, en su artículo 1, párrafo primero, indica: "Por 'fondos' se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito". Sin embargo, los insumos bélicos o tácticos quedan en un tratamiento distinto al de *fondos*.

²³ Otra consecuencia más del adelantamiento de la barrera de la punición a estadios previos a la lesión de bienes jurídicos. En ese sentido, los delitos de peligro abstracto se definen como "aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro". Roxin, o. cit., pp. 407 ss.

1999 o la resolución 1373, como modelos de la legislación nacional, podría acarrear serios problemas de justiciabilidad de los casos y, eventualmente, de constitucionalidad de las disposiciones penales inspiradas en tal regulación internacional.

4. Problemas de la autoría y participación en el terrorismo y su financiamiento

En ese preciso contexto de “guerra” y “combate” a un fenómeno que no ha podido ser definido con precisión y claridad,²⁴ se presenta ahora el problema de la determinación de la responsabilidad penal de autores y partícipes, con la ayuda de categorías dogmáticas y legislativas diseñadas para aprehender y comprender judicialmente una criminalidad de diversas características y criminológicamente diversa, tanto en su impacto social como también en sus mecanismos de actuación en una sociedad cada vez más compleja, global e interconectada.

Ante este panorama criminal, la vía queda abierta para el abuso y la arbitrariedad, y para la imputación de hechos penales con total abandono a los límites tradicionales del derecho penal democrático.

El combate de las actividades financieras del terrorismo pasa, igualmente, por la determinación de conductas y acciones que tienen que ver con inversiones inmobiliarias, actividades financieras de mediana y gran escala, explotación de organizaciones de beneficencia, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y otras formas de organización de la sociedad civil.²⁵ De la misma forma, abarca también la evitación de

²⁴ Si bien puede encontrarse isotopía sobre las características que presenta el terrorismo en la literatura, no satisface la necesidad normativa de su nomenclatura a efectos jurídicos. En ese sentido véase Myrna Villegas, “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, *Revista Política Criminal*, n.º 2, Santiago (Chile), 2006, pp. 2-6, y Michael Walter, “Die Terrorismus-Bekämpfung in der Perspektive des Labeling-Ansatzes”, *Humboldt Forum Recht (HFR)*, n.º 15/2008, pp. 158 ss., <<http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=189>> (25.9.2014). Es tal el desacuerdo conceptual sobre qué entender por terrorismo, que a mediados de la década pasada la perspectiva que sostenían las delegaciones norteamericanas y europeas en foros internacionales sobre el terrorismo era totalmente distinta. Los representantes estadounidenses lo identificaban más como un problema de corte militar, mientras las delegaciones europeas —con profundo dolor— lo identificaban como un ataque al orden democrático de los países. Al respecto consultar Alicia Sorroza, “La seguridad interior de la UE: diez años después del 11-S”, *Revista ARI*, n.º 127, Madrid, 2011, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari127-2011> (22.7.2014).

²⁵ “En realidad, las organizaciones terroristas posiblemente sean organizaciones que persiguen fines dobles y recaudan dinero no sólo con propósitos humanitarios o políticos legítimos, sino también para financiar actividades

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

conductas criminales comúnmente involucradas con la recaudación de recursos para la criminalidad organizada, como lo son, por ejemplo, el tráfico de drogas, el secuestro extorsivo o la legitimación de capitales, entre otros. Aunque el financiamiento del terrorismo presente similitudes con el lavado de activos, este segundo tipo de criminalidad tiene como característica fundamental que los fondos provienen exclusivamente de un delito subyacente.²⁶

Junto con formas tradicionales de movimiento del dinero, como son las transferencias internacionales, las remesas *hawala*²⁷ y hasta el contrabando, la imaginación de estos grupos criminales les ha permitido sacar provecho de nuevas formas de pago y de dinero a través de diversas páginas web (*e-money* o *digital cash*), que literalmente pueden trasladar grandes cantidades de dinero en periodos muy reducidos y hacerlas indetectables por los mecanismos tradicionales de vigilancia estatal.

El advenimiento de un derecho penal de carácter eficientista en materia de lucha contra terrorismo, sin embargo, no es un fenómeno reciente. Su origen puede rastrearse hasta los años setenta del siglo pasado, cuando ya la actividad del legislador se hizo especialmente poderosa en dirección a un derecho penal de combate, dispuesto a utilizar todas las herramientas normativas a su alcance para combatir el fenómeno del terrorismo.²⁸ De esta época proviene el vocabulario de la guerra aplicado al terrorismo, tendencia que solo se mantiene en un contexto un tanto diverso, luego de los ataques a

terroristas. En caso de enjuiciamiento, la persona que provea o recaude los fondos puede alegar que su intención individual ha sido prestar apoyo a centros médicos o a la educación política." UNODC, *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2006, pp. 1112.

²⁶ En ese sentido véase Ramón García, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo*, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 258. Además UNODC, *Guía...*, o. cit., pp. 2223.

²⁷ En árabe, hawala hace referencia a 'aval, cable o transferencia económica'. Es una forma de envío de dinero utilizada en el mundo árabe y también frecuente entre los grupos extremistas y terroristas. Las razones de su uso tienen que ver, directamente, con cierta conveniencia para el usuario, en la que destaca, por ejemplo, la velocidad con que los fondos viajan de un lugar a otro, los bajos costos, la conveniencia cultural, la versatilidad y el potencial anonimato con que los dineros pueden ser enviados. El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras organizaciones financieras internacionales han subrayado la necesidad de someter estos medios de transacción financiera a los mismos compromisos de control y registro que otros medios de pago internacional. Cf. Mohammed El Qorchi, Samuel Munzele y John Wilson, "Informal Funds Transfer Systems. An Analysis of the Informal Hawala System", en *International Monetary Fund*, Washington D.C., <<http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/222/>> (14.8.2014).

²⁸ Con una descripción de los cambios dogmáticos e ideológicos de este derecho penal contundente cf. Javier Llobet y Alfredo Chirino, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada: problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente*, San José (Costa Rica): Areté, 2000.

las torres gemelas en Nueva York, cuando George Bush hijo declaró la guerra contra el terrorismo.²⁹

El panorama que este trabajo contempla, en general, de los delitos de terrorismo y, en específico, de los de financiamiento del terrorismo permite observar que las esferas de imputación personal o de concurso personal ahora deben contemplar a organizaciones criminales que abarcan dentro de su estructura a grupos y organizaciones, muchas veces lícitos, que cooperan y ayudan a la realización de los hechos penales de terrorismo.

Los bienes jurídicos en juego, siempre de carácter personal, pero también de carácter supraindividual, no permiten cuantificar los medios para una imputación personal limitada, sino que han servido, finalmente, para justificar una ampliación de los efectos genéricos de las estructuras típicas que abarcan cada vez más personas, algunas de ellas desligadas del hecho terrorista principal.

La criminalidad que trata de ser aprehendida penalmente ofrece también dificultades para una responsabilidad penal específicamente personal, no solo por su vocación transnacional, sino por la necesaria vinculación que tiene con estructuras del mundo bancario y financiero internacional, sin las cuales sería imposible pensar en el emprendimiento de las acciones terroristas que se han presenciado por doquier. Esto provoca un escenario criminológico insólito, no conocido antes, y enfrenta al legislador a dificultades inusitadas para un adecuado y razonable trabajo de interpretación jurídica y de regulación normativa.

La teoría del delito y, en concreto, la teoría de la autoría y de la participación, que fue configurada como una forma de comprender el acto individual y la responsabilidad penal personal, ahora es sometida a un particular estrés cuando debe entender actos complejos, muchas veces cometidos por grupos conformados por varias organizaciones de muy diversa ralea, con sujetos intercambiables y con funciones variadas, muchas veces desconectadas en cuanto al conocimiento general de la actividad criminal global.

Ya es notoria, sin embargo, la tendencia del legislador a comprender estos problemas de responsabilidad mediante el uso de tipos penales que describen asociaciones para delinquir, en el caso de actos terroristas, con agravación cuando dicha finalidad es comprobada.³⁰

²⁹ Cf. Walter, o. cit., p. 5.

³⁰ Una descripción de los esfuerzos europeos en esta dirección puede encontrarse en Zúñiga, *Redes Internacionales*, pp. 57 ss.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

En el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1999, mencionado oportunamente por Laura Zúñiga,³¹ hubo una determinación de los aspectos que habrían de tomarse en cuenta para el análisis jurídico del crimen organizado. En dicho congreso se subrayó la alta división del trabajo de esas organizaciones, donde la responsabilidad individual se diluye en complejas capas de toma de decisión y de acción, la intercambiabilidad de los individuos participantes, el secreto de sus acciones y la mezcla de actividades legítimas e ilegítimas.

Estas características que califican la criminalidad organizada es posible encontrarlas también en los delitos de terrorismo, entre los que claramente destaca el acto violento en sí mismo, como producto final, mercadeable a través de los medios de comunicación,³² pero que no sintetiza ni resume la organización que ha actuado para hacerlo posible. Si se observa toda la compleja organización detrás de aquel acto, se podrá tener en cuenta la compleja trama de información que fluye desde los centros de decisión estratégica hacia los grupos medios de organización y decisión; el uso cada vez más extendido de medios de pago internacional, que se mueven a través de las autopistas financieras del mundo y, por ende, utilizan muchas infraestructuras y actividades económicas lícitas; una alta distribución de funciones que no dependen de personas en concreto, sino que son intercambiables, como ruedecillas de un complejo mecanismo, en el decir de Roxin, y que, por supuesto, tienen una alta disponibilidad a la realización del hecho terrorista.

A lo anterior habría que sumar que en muchos casos la intervención en la realización del hecho podría imputarse a diversas organizaciones ilícitas que trabajan de común acuerdo, que comparten con los centros de decisión una similar ideología y que cooperan para alcanzar los fines que se persiguen con los actos violentos.

De ahí que los problemas de imputación penal de estos hechos a sus autores respondan a los mismos problemas que se presentan en el terrorismo como fenómeno social, político, económico y jurídico, los cuales requieren una revisión detallada de sus circunstancias, con el fin de entender en qué medida y con qué intensidad han sido

³¹ Laura Zúñiga, "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de 'participación en organización criminal'", en Laura Zúñiga y Diego Díaz (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002, p. 53. Congreso celebrado en el mismo año que la Convención de 1999 de la ONU, que impulsó la incorporación del castigo penal del financiamiento del terrorismo en los estados.

³² Manuel Fernández Monzón, "Prensa, opinión pública y terrorismo", en Salustiano Del Campo (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, pp. 65-80; Walter, o. cit., p. 6.

transformados los instrumentos tradicionales de entendimiento de la responsabilidad individual en materia penal.

Las organizaciones terroristas, al igual que otras formas de organización criminal modernas, han tomado el modelo de las empresas globales, racionalizando recursos, expandiendo operaciones y provocando la interrelación de diversos grupos ubicados en diversos puntos del globo terráqueo, de manera que se asegure el éxito del emprendimiento criminal y se dificulten la investigación de los hechos cometidos y la determinación de las responsabilidades individuales.

Se trata, sin duda, de una *criminalidad de grupo*,³³ donde las dimensiones colectivas parecen ser las definitorias de sus consecuencias.³⁴ El derecho penal que se ofrece a atender el reto es aquel que utiliza una política criminal eficientista, con caracteres evidentemente preventivos, y que se impone la reacción frente al fenómeno, cueste lo que cueste, así sea en garantías tan valiosas como las que forman parte del Estado de derecho democrático.

El hecho terrorista, usualmente enmarcado en un acto particularmente violento, masivo, generador de gran cantidad de víctimas, que afecta la tranquilidad de la convivencia, entre otros bienes jurídicos valiosos, hoy conecta también con otras formas de vinculación penal: las organizacionales. Se trata del aseguramiento y la supervivencia de la actividad del *grupo* mediante formaciones que pueden retomar las actividades criminales emprendidas por alguna agrupación desarticulada, financiarlas a través de diversas actividades locales e internacionales, aprovechar medios, muchas veces lícitos, para llevar los recursos necesarios a fin de garantizar el éxito de las actividades terroristas, realizadas por organizaciones de base, menos complejas pero no por ello menos peligrosas.

Ya no es necesario, por ejemplo, partir de que todos los intervinientes del delito conocen el plan general de la comisión del hecho punible, pues muchas veces los autores inmediatos desconocen el plan general definido por organizadores que se encuentran ubicados a muchos miles de kilómetros del lugar donde tienen lugar los actos terroristas. Muchos intervinientes intermedios, además, no conocen el detalle de la acción de la organización, como tampoco conocen las diversas líneas jerárquicas que llevan y traen la información necesaria para cometer los ilícitos, lo que pone en entredicho formas tradicionales de imputación personal, como lo sería la teoría del dominio del hecho, que se analiza más adelante.

³³ Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt*, 1989, citado por Zúñiga, o. cit., p. 52.

³⁴ Zúñiga, o. cit., p. 52.

4.1. La definición del delito y los linderos de participación

La figura penal del terrorismo y su desarrollo histórico legislativo plantearon un primer momento en el que se comportaría como un agravante de otras formas tradicionales de criminalidad; no obstante, dadas las premuras de la comunidad internacional, la frontera de punibilidad se amplió con la creación de tipicidades penales que abarcaran cualquier colaboración con las organizaciones terroristas.

En esa tesitura, el legislador no solo ha tratado de buscar una definición de *autor* que sea maleable a partir de la interpretación judicial, sino también generar alguna superación de los conceptos tradicionales de autoría y coautoría.

Aun cuando son notorias las diferencias de recepción de los conceptos y nomenclaturas penales de autoría y participación en América Latina, principalmente de las derivadas de la doctrina y la legislación alemanas, en algunos países, como Costa Rica, la discusión ha venido planteando algunos de los más difíciles problemas de interpretación y ya se vislumbra la adopción de ciertas categorías de análisis que podrían deparar soluciones más versátiles para los problemas que se han venido detectando del terrorismo y, en concreto, del financiamiento del terrorismo.

La legislación costarricense permite encontrar aplicación para diversas formas de autoría (autoría, coautoría y autoría mediata) y también ha permitido analizar la accesoriedad de la participación, además de ubicar la instigación en hipótesis claramente vinculadas a la colaboración psicológica a la realización del hecho. Si bien la doctrina ya ha hecho aportes valiosos, la jurisprudencia aún es ambivalente, si bien ha hecho aportes de indudable valía. Por ejemplo, es de especial interés lo planteado sobre la distinción entre autor y partícipe,³⁵ así como algún intento que ha habido también de superar el uso de una versión un tanto controversial de la teoría del dominio del hecho.³⁶

³⁵ El Tribunal de Casación de San José ya ha analizado problemas como la distinción entre autor y cómplice en delitos de drogas. Se trataba de un caso en el cual, partiendo de la existencia de una hipotética organización, en ella se había designado a un joven adicto —en una presunta situación de vulnerabilidad por su drogadicción— como el encargado de la venta de las sustancias ilícitas. En este caso el Tribunal de Casación rechazó la pretensión de considerar la posición del joven vendedor en calidad de cómplice, ya que la acción de vender la droga la asumió en su carácter personal, queriendo para sí la realización del hecho punible, por más que la actividad de coordinación o de gestión del negocio ilícito estaba en manos de una mujer que obligaba al menor a vender la droga. Cf. Tribunal de Casación de San José, Voto 00247-2009 de las 14 h del 5 de marzo de 2009 (considerando segundo).

³⁶ El mismo Tribunal de Casación de San José, explorando las posibilidades de los delitos de drogas como delitos de peligro abstracto, entró a considerar la posibilidad de participación en estos hechos punibles, indicando que la diferencia estaría planteada a partir de que el partícipe no tendría control del curso causal definitivo del hecho. En

Con todo, el Código Penal (CP) de Costa Rica abre la puerta a una amplia interpretación de complejos problemas de autoría y participación, como los derivados de organizaciones criminales de diversa naturaleza, y permite delimitar también los problemas de autoría y participación que son pensables en ámbitos más o menos complejos de organizaciones criminales desligadas geográficamente o que eventualmente operen con diversos grados de distribución de funciones.³⁷ Dicha base legal permite resolver múltiples hipótesis, entre ellas las que se derivan de actuaciones en grupo, sin necesidad de acudir, por ejemplo, a la estructura de la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder, en la construcción roxiniana. A pesar de ello, hay algún debate en Costa Rica sobre ciertos puntos; por ejemplo, acerca los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices y coautores, etc. La discusión —condicionada en parte por la base legal existente— se vuelve mucho más complicada aún cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe.

El concepto mismo del *dominio del hecho*, por más que ha adquirido un alto estándar de calidad para resolver los problemas de autoría y participación, sigue afectado por su amplitud. Roxin ha defendido tal amplitud en virtud de la utilidad práctica de esa vaguedad para ser empleada en constelaciones de casos de diversa estructura comisiva.³⁸

Precisamente esa laxitud conceptual ha permitido a la jurisprudencia costarricense extender el concepto de autoría y coautoría, a tal punto que es escasa la posibilidad de

este mismo fallo, para delimitar la responsabilidad entre autor y coautor, se señaló la necesidad de demostrar, en la especie, que previamente a la comisión del hecho o durante la ejecución se habían dividido los partícipes las funciones con el fin de garantizar la efectiva realización de lo planeado. Cf. Tribunal de Casación de San José, Voto 01054-2007 de las 11:35 h del 20 de septiembre de 2007.

³⁷ Castillo establece, con razón, la prelación existente entre el Código Penal de Costa Rica de 1970 y la regulación alemana que entró a regir en 1975, cuando se aprobó la propuesta hecha por los expertos del Ministerio de Justicia alemán sobre autoría y participación, publicados en los *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* (Actas de las Reuniones de la Gran Comisión de Derecho Penal) de 1958. Aun cuando hay diferencias en los párrafos aprobados en el Código Penal alemán y los incluidos en el Código Penal de Costa Rica de 1970, todavía vigente, es claro que se siguieron las divisiones tripartitas de la autoría y también de la participación, que cobrarían vigencia en la República Federal en 1975. Las diferencias más importantes radican en que el legislador costarricense no incluyó expresamente que la contribución del cómplice o del instigador sea un hecho doloso ni que se instigue o se contribuya a un hecho doloso. Cf. Francisco Castillo, *Autoría y participación en el derecho penal*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006, p. 51.

³⁸ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000, pp. 146 ss.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

dar espacio a una distinción práctica con la complicidad en algunos casos de actividades criminales con alta organización del trabajo.³⁹

Partiendo de un concepto restrictivo de autor es posible utilizar el artículo 45 del CP para definir las diversas formas de autoría, y hacerlo a través de la teoría del dominio del hecho.⁴⁰ En este sentido, la estructura del CP costarricense no permitiría considerar autor a cualquier persona que haga un aporte causal a la realización del hecho punible, por cuanto la definición de *autor* contemplada legislativamente hace referencia al tipo penal, esto es, a la descripción concreta de la acción que habría de desplegarse por el autor. Así las cosas, el artículo 45 del CP hace referencia a la realización del hecho punible

³⁹ Por más que se intente deslindar el papel de los partícipes en organizaciones de poder, en concreto, a partir de la diferencia entre el autor de escritorio y los ejecutores *fungibles*, habría un marco abierto de intervención para otros partícipes, que podrían perfectamente prestar ayudas necesarias (psicológicas y materiales) a la realización del hecho. Podría entenderse, con cierto criterio expansivo de moda en el país, que estas colaboraciones, en la medida en que participan del plan común, no constituyen mera participación sino que son típicas de una coautoría por dominio funcional. Esto se opone, por supuesto, a lo que la doctrina del dominio del hecho en grupos o aparatos de poder pretende, pero es una tesis compatible con cierta forma de observar al derecho penal como instrumento de reducción de riesgos, sobre todo en la criminalidad organizada. Quizá cierta dogmatización del concepto de dominio funcional ha llevado a estas consecuencias, pero quizá también lo ha hecho el uso, un tanto acrítico, de ciertas formas de observar el injusto de participación, como el de Jakobs, que lo analiza como un ataque propio —pero no en concepto de autor— a un bien por medio de la causación imputable en concepto de autor. Ello lleva a una arbitraria diferencia en la que todo aporte es necesario para la realización del hecho. No obstante, habría que reconocer que en esta formulación tampoco va tan lejos como para hacer desaparecer la participación como figura jurídica, aun cuando acepta que esta consiste en una ampliación de la punibilidad. Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1997, p. 796.

⁴⁰ Francisco Castillo, "Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Costa Rica – Eine rechtsvergleichende Analyse", informe nacional presentado al proyecto de investigación internacional coordinado por el Prof. Dr. Ulrich Sieber, el Dr. Hans-Georg Koch y el Dr. Jan Simon. Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2010 (pendiente de publicación), p. 9. Compartimos con Castillo su escogencia de un concepto restringido de autor, ya que de esa manera es posible construir una teoría garantista de la autoría y delinear con cuidado la accesoriadad de la participación criminal. El concepto restrictivo de autor se podría hacer descansar entonces en la determinación normativa y dogmática de las condiciones en que es dable reconocer el carácter de autor y coautor a un determinado partícipe, más allá de que la nomenclatura costarricense parece haberse restringido a la idea de que hay *autores y partícipes*, lo que ha llevado a la doctrina nacional a pensar que los coautores no serían partícipes. Sin embargo, el artículo 71 del CP, que habla sobre la pena (que es aplicable por igual autores y partícipes), no hace diferencia alguna: "El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe" (cursiva añadida). Reviste vital importancia que este artículo sobre el modo de fijación de la pena no haga diferencia entre autores, coautores, instigadores o cómplices; a todos los engloba en la condición de *partícipes*, por lo que podría extrapolarse que no habría ninguna dificultad de extender la condición de *partícipes* también a los autores y coautores. En contra, Rosaura Chinchilla, *Principio de legalidad, ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 104-106.

tipificado como tal,⁴¹ lo que obligaría en cada caso a interpretar las formas de autoría a partir del tipo penal concreto del que se trate. Igual cláusula de referencia se encuentra en la regulación legal de la instigación y la complicidad. En efecto, cuando los artículos 46 y 47 del CP refieren a estas dos formas de participación, lo hacen en la medida en que estas implican la *realización de un hecho punible*.

Es evidente que el legislador penal costarricense escogió esta técnica para evitar que *cualquier contribución causal al resultado* pudiera ser considerada *autoría*. De aquí puede sostenerse coherentemente con Castillo que el CP costarricense rechaza un concepto *extensivo* de autor.

Lo siguiente sería determinar el carácter *doloso* de la autoría y la participación. La jurisprudencia costarricense ha sostenido a este respecto que lo determinante para una coautoría en el hecho es el plan común que es ejecutado por varios coautores.⁴² Se habla entonces de un hecho colectivo en el cual todos responden no solo por su aporte causal, sino porque tienen clara la división del trabajo previamente dispuesta.⁴³ De allí han entendido los magistrados costarricenses que habría una plena aplicación de la teoría del dominio funcional del hecho, en otras palabras, el concepto roxiniano de que el dominio conjunto del individuo resulta de su función en el marco de un plan global.⁴⁴

Así las cosas, en la interpretación de la ley penal costarricense cumple un papel trascendental el determinar no solo la existencia de un plan previo común, que puede entenderse por cualquier persona observadora del hecho, sino también que haya entre los autores un ligamen no solo personal, sino que dicho plan los ligue con labores que han sido acordadas y divididas para garantizar el éxito de la empresa criminal.

Es por ello que la coautoría —y esto en concordancia con la situación de la doctrina latinoamericana e hispana contemporánea— es dolosa, por lo que se excluye la posible existencia de una coautoría culposa.⁴⁵

⁴¹ Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., p. 9.

⁴² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 967, de las 9:45 h del 14 de septiembre de 2007.

⁴³ En el supuesto de hecho de este Voto 967 de 2007 de la Sala de Casación, se trataba del análisis de la participación de cinco sujetos en el robo con el uso de arma, el cual se agrava por la participación de varias personas y por el uso del arma. Al respecto, ha debatido la jurisprudencia sobre la necesidad de que todos los partícipes conozcan del uso del arma y que este será un elemento importante para alcanzar el despojo de los objetos a la víctima.

⁴⁴ Cf. Roxin, *Autoría...*, o. cit., pp. 308309.

⁴⁵ Con todo, el ejemplo de los dos albañiles que están quitando en forma conjunta las piezas del andamio y que tiran las piezas a la acera ha generado una interesante discusión sobre la posibilidad de aceptar una coautoría culposa. Esto último a partir de que las piezas necesariamente debe ser desmontadas por los dos albañiles, al mismo tiempo, por cuanto son muy pesadas y grandes. La acción conjunta de los dos trabajadores, en la medida en que implica

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

Era esperable que el Prof. Castillo explicase la autoría a partir de un criterio determinador, que al mismo tiempo ofreciera una garantía de aplicación delimitada que restringiera la punibilidad,⁴⁶ como también construyese una interpretación normativa que fuera suficiente para explicar después algunas extensiones al concepto, en un caso para aceptar la autoría mediata y en el otro para fundamentar la realización conjunta del hecho con dominio de este.⁴⁷

Esta propuesta es consecuente no solo con la fórmula legal escogida en el CP vigente en Costa Rica, sino también con una cierta visión descriptiva de procesos vitales compatibles con el acto de producir una afectación antijurídica y de participar en dicha afectación. Como bien lo postulaba Jescheck, se trata de acciones en el sentido jurídico-penal del término que se acomodan a un sentido social y a la naturaleza de las cosas.⁴⁸ Realizar el hecho en calidad de autor, servirse de alguien para cometerlo, participar en él, instigarlo o servir de cómplice no son más que descripciones jurídicas que se corresponden con acciones en sentido social ya comprendidas a lo externo del mundo normativo. El legislador lo que hace es darle una contextualización y regulación, pero dichas descripciones siguen manteniendo su conexión con la *naturaleza de las cosas* y guardan coherencia con dicha conexión.

la realización conjunta de una conducta culposa que pone en riesgo por igual a los transeúntes, ha sido calificada de coautoría culposa. Autores como Ignacio Benítez han considerado que la coautoría en casos como el señalado provendrían de una autoría accesoria —con apoyo en la doctrina de Jescheck y Weigend (*Tratado de derecho penal: Parte general*) y de Maurach, Gössel y Zipf, *Derecho penal: Parte general*)—. Benítez también admite la autoría accesoria imprudente para los casos de intervención imprudente en un hecho doloso. Cf. Ignacio Benítez, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 102103. Castillo, no obstante, sostiene que es posible esta coautoría culposa en el derecho penal costarricense (Castillo, “Strafbare Mitwirkung...”, o. cit., p. 42). Aunque no es totalmente clara la doctrina de casación sobre el tema, parece haber una tímida aceptación de la coautoría accesoria imprudente en la jurisprudencia de casación en el famoso caso de *los Piques de Cartago*, donde se estimó que había una especie de sumatoria de culpas. Se trató de una competencia automovilística ilegal entre dos vehículos en las estrechas calles de la provincia de Cartago, que tuvo como resultado la muerte de tres personas a raíz de que uno de los vehículos fue sacado de trayectoria por el otro y atropelló a tres personas que se encontraban sentadas en la cuneta de la acera. No obstante, el criterio no ha sido sostenido posteriormente en otro caso.

⁴⁶ La delimitación del concepto de autor adquiere una relevancia garantista de indudable valor, como parece reconocerlo Castillo: no puede haber autor sin dominio del hecho, pues el *Täter* (autor) no puede ser separado de su *Tat* (acción) y, por ende, para que sea autor debe mantener un dominio del hecho *Tatherrschaft* (sobre la infracción). Por dicha razón, el juicio que puede hacerse de la autoría es evidentemente un juicio analítico (Zaffaroni), en el que la dominabilidad es esencialmente una herramienta para determinar dicho dominio. Cf. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002, p. 508.

⁴⁷ Castillo, “Strafbare Mitwirkung...”, o. cit., pp. 10-11.

⁴⁸ Jescheck y Weigend, o. cit., p. 386.

Ahora bien, los linderos y acotaciones expuestos podrían explicar una visión coherente con los principios garantistas a la hora del actuar delictivo de una organización terrorista y los ataques mediante actos de terror⁴⁹ que podrían ejecutar; sin embargo, la actividad de su financiamiento cuenta una historia eventualmente lúgubre, dado que es una incriminación separada con los problemas expuestos en la sección anterior. El papel de la conducta fácticamente considerada, tanto como el de la *conducta típica* como supuesto de hecho (la tipicidad penal), condiciona totalmente la estructura comisiva y, en consecuencia, la autoría y la participación; de tal suerte que, cuanto mayor sea la amplitud y la vaciedad de una construcción típica descrita en la legislación, mayor será la cantidad de conductas fácticas que queden abarcadas, vía interpretación, dentro de la tipicidad y, por ende, en condición de autor para quien las realice —no así otras formas de participación—. El papel de la conducta y de la acción descrita en las tipicidades es de vital importancia para entender la estructura comisiva y las posibilidades de autoría y participación.

4.2. En cuanto al papel de la conducta como conexión necesaria para una teoría de la autoría y de la participación

Castillo no considera indispensable partir de un determinado concepto de acción o de conducta para desarrollar una teoría de la autoría o de la participación, por cuanto su perspectiva descansa en la concepción de que la realización del tipo con dominio del hecho fundamenta la autoría, y que es la acción que está descrita en el tipo penal la que filtra que no vaya a ser cualquier contribución causal la que reciba el calificativo de *autoría*.⁵⁰ Así las cosas, según la concepción de nuestro autor no procede decir que una cierta teoría de la acción será la que determinará la concepción de la autoría que finalmente prevalecerá.

No obstante, la conducta, comportamiento o acción es el principal elemento de construcción de la teoría del delito, y es a partir de este concepto que podría incluso predeterminarse el grado de autoría y de participación de un determinado sujeto. Debe

⁴⁹ Sobre el concepto de terror en la sociedad y la relación del terrorismo con los actos de terror, consultar Hernán Montealegre Klenner, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago (Chile): Academia de Humanismo Cristiano, 1979, pp. 270-271.

⁵⁰ Castillo, "Strafbare Mitwirkung...", o. cit., 9.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

observarse que es autor quien realiza la *acción típica* por sí o sirviéndose de otro u otros.⁵¹

El legislador ha ofrecido un proyecto de criminalización primaria en la parte especial del CP, donde ha descrito acciones de la vida de convivencia que si se realizan provocarán un alto grado de conflictividad social. Dichas acciones no existen por la observación que haga el legislador ni porque este las haya *creado*. Se trata de acciones que ya forman parte de la experiencia vital de las personas que integran la sociedad y desde allí proveen la información con la cual será posible entender no solo el comportamiento de los autores sino también el de aquellos que participan en el hecho ajeno.

Es por ello que la acción humana tiene un importante componente de explicación de los hechos abarcados en la interpretación jurídico-penal. Cuando un autor despliega una acción en la que habrá otros partícipes, se parte de la información que da la conducta descrita para saber qué habrá de realizarse. En otras palabras, será la conducta descrita la que definirá cuándo hay aportes relevantes al curso causal, cuándo habrá conocimiento del plan desplegado por el autor o los autores, y en qué consiste el plan común que los partícipes han conocido en todo o en parte.

No entro en la discusión, a todas luces más compleja, acerca de si hay diferencia entre el concepto de *acción* y el de *conducta*, o si el concepto de *comportamiento* describe mejor el emprendimiento causal de una acción descrita en el tipo penal, ya que esto es materia de otro debate. Solo sirva la aclaración para preparar el camino a una derivación de este debate hacia el tema de la libertad con la que deben contar el autor y el partícipe para ser conectados en un plan común.⁵²

Desde el punto de vista metodológico, el modelo de teoría del delito mediante el cual se evalúe la participación debe partir de ser un modelo de dominio del riesgo o acaso uno del dominio del hecho; no es admisible utilizar otro criterio porque no encontraría, en el hecho mismo a la luz del bien jurídico, la medida en que se determina la participación.⁵³

⁵¹ Coincidimos con Castillo que la autoría mediata es, entonces, una primera extensión del concepto de autor que hace el legislador tomando en cuenta la posibilidad de que alguien se aproveche del acto de otro para realizar su propio designio criminal. Cf. Castillo: *Autoría y participación...*, o. cit., p. 60.

⁵² Recojo aquí, en principio, los importantes aportes al debate que se derivan del análisis de Juárez Tavares en la puesta en común de observaciones y conclusiones de los estudios sobre autoría y participación de los países participantes, en el seminario celebrado en Colombia en el año 2010: *Conferencia Internacional. Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el derecho penal latinoamericano*, Bogotá, 5 al 7 de octubre.

⁵³ Sobre el esfuerzo teórico de examinar la participación a partir de su *significado social* se rescata Günther Jakobs, "Beteiligung", en Dieter Dölling (ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim*

Aquí el dominio del hecho sigue teniendo un papel que cumplir en la determinación de la diferencia entre la autoría y la participación. No obstante, en aquellos casos en que el riesgo sea el punto central de la imputación, habría que seguir la diferenciación a partir del ataque de los bienes jurídicos representado por el aporte del partícipe. La cuestión del riesgo no permitido podría llenar algunas lagunas importantes proponiendo que el aporte del partícipe sea tamizado según si implica la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico penalmente tutelado, puesto que la banalidad del aporte de un partícipe debería descartar la imputación, dado que se volvería inidóneo en la medición del ataque al bien jurídico.

El problema que suscita en concreto el delito del financiamiento del terrorismo de la ley 8719 es el que surge en específico de la amplitud con que se redactó y construyó su decir, puesto que se diseñó como suerte de embudo para subsumir la mayor cantidad de situaciones fácticas, a través de sus términos vacíos, como lo son el verbo *facilitar* y, peor aún, la expresión “o de cualquiera otra forma cooperar”, donde *cooperar* es el verbo, pero su medio de comisión no se especifica y es dejado como partícula potencialmente peligrosa por la apertura interpretativa. El deslinde de cuándo se está ante un autor del delito y cuándo ante un partícipe secundario se diluye en la amplitud de los verbos y la ausencia de las formas comisivas, problemáticas que dejan potencialmente en calidad de autor a toda persona que cumpla con dos condiciones: a) ejerza, permita o intente ejercer una transmisión de bienes (propios o ajenos) y b) tenga un conocimiento cierto y probable de que esos bienes como destino tienen una organización terrorista o sirvan como insumo de un acto terrorista.

Sin mayor duda, esto nos hace pensar que la severidad de la construcción jurídico-penal del financiamiento del terrorismo resulta en una inversión en el plano comisivo que pone a los agentes en una especie de “posición de garante”⁵⁴ frente a las operaciones de financiamiento, puesto que el solo hecho de estar en conocimiento de que ciertos bienes serán destinados a una organización criminal de este tipo y no hacer nada al

Lampe zum 70. Geburtstag, Berlín: Duncker y Humblot, 2003, p. 568. Esfuerzo meramente teórico, puesto que el concepto de significado social ya tiene una fuerte sobrecarga de cuestiones no respondidas: ¿Quién debería fijar dicho significado social? ¿A partir de cuándo podría darse por sentado que dicho *significado* realmente es aprehendido por el tejido social? ¿Tendría que ver la cuestión del *significado social* con los problemas derivados de la función justificadora de tutela de la norma en el complejo sistema de comunicación social derivado del sistema penal?

⁵⁴ Inversión comisiva que encuentra coincidencia con una de las consecuencias controversiales de imputar según un criterio de *rol de buen ciudadano*; cada persona sería garante de la no comisión de los delitos por parte de los demás, como se deduce de la teoría de la imputación en Jakobs.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

respecto podría ser típico del delito, por los verbos *facilitar* y *cooperar* (de cualquiera otra forma), debido a que su semántica, aunque sea una definición en negativo, refiere a no obstaculizar el curso causal de alguna situación, al solo hecho de permitir. Lo que se vuelve todavía más preocupante es que, como se incurriría en la conducta expresada por alguno de los verbos rectores del tipo, no se puede pensar en una figura de participación secundaria, sino en la realización en conjunto de la acción típica.

Se podría intentar un esfuerzo interpretativo para acotar y reducir la interpretación alarmante que se ha planteado en ficciones jurídicas como la “voluntad del legislador” o buscar la teleología que tenía el legislador a la hora de criminalizar el financiamiento, pero, como se mencionó en el desarrollo histórico de la figura, la línea político-criminal que ha atravesado el fenómeno del terrorismo ha sido una preventivista, eficientista, inexorable en el castigo y de total repudio al terrorismo. Se hace evidente la aseveración sostenida a lo largo del presente, en cuanto a que el combate contra el terrorismo somete a un particular estrés los principios y bases de un Estado democrático de derecho, nacido en la doctrina liberal, y el respeto del individuo y sus derechos ante la pretensión punitiva en su contra.

4.3. Delitos en los que el cuerpo actuante es un grupo

En la doctrina actual ocupa un lugar importante la discusión sobre la *organización* o el *grupo* como un cuerpo actuante.⁵⁵ Esto significa que las personas que integran dichos colectivos carecen de importancia a la hora de la verificación del hecho punible, y ese papel se traslada a la organización misma. Se habla, por ejemplo, de delitos de “organización” que involucran un proceso de comparación de los delitos individuales cometidos por estas organizaciones y se les imputa una autoría a partir del dominio de la organización.⁵⁶ Castillo responde, para el caso de Costa Rica, que el legislador patrio ha preferido hablar de delitos de participación necesaria para abarcar los casos en los cuales una abstracción forzada llevaría a pensar más bien en un *cuerpo actuante*.

Las recientes reformas legislativas para castigar la *delincuencia organizada* han llevado a un modelo en el que se prefiere entender estos delitos a partir de la participación

⁵⁵ Cf. Natalia Eroshkina, *Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht. Das tatbestandsmäßige Verhalten der Organisationsdelikte und das Phänomen der Terrorismusfinanzierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012, pp. 21-22.

⁵⁶ Así LK/Schünemann, § 14 Rn. 30, Vor § 25, Rn. 16, § 25 Rn. 187, citado por Eroshkina, o. cit., p. 22.

de una cantidad específica de individuos en la producción del hecho punible. Ya antes de esta reforma existía la figura de la *asociación ilícita*, que permite punir la organización para cometer hechos punibles, pero a partir de la participación necesaria de dos o más personas.

Es por lo anterior que la solución a los problemas de criminalidad de grupos u organizaciones cae dentro de las constelaciones de casos resueltos en la parte especial como delitos de organización y de asociación ilícita, y son resueltos de manera mucho más satisfactoria que a través de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder.

Como se mencionó en la sección 4.1, el concepto restrictivo de autor que admite la legislación costarricense vigente tiene como eje de la ampliación de la categoría de autor la verificación de un plan común y del actuar doloso conforme a dicho plan; por ello el dominio del hecho así entendido desplaza la posibilidad de formas de imputación personal en virtud de una organización criminal o las desventajas de una figura nacida de las necesidades bélicas, como es el caso de la imputación por dominio de aparatos de poder. La forma de imputación por pertenencia a una organización es habilitada en Costa Rica cuando así lo admite la descripción en la tipicidad, como ocurre en el delito de *asociación ilícita* como delito de peligro abstracto de mera actividad. Las reglas generales de autoría y participación son aplicadas a las tipicidades sin excepción, y se demostró que la legislación vigente se agota en la utilización del dominio del hecho y el cuidadoso examen del plan común.

5. Conclusiones

1. El “combate” contra el terrorismo y su financiamiento se ha visto permeado por una línea político-criminal severa promovida internacionalmente. Esta visión combativa se imprime en las legislaciones nacionales sometiendo a una carga de estrés a los principios tradicionales de un Estado democrático de derecho de corte liberal, debido al ánimo de repudio y condena total de cualquier apología del terrorismo.

2. La construcción jurídico-penal del delito de financiamiento del terrorismo en Costa Rica está impregnada de elementos incorporados en los instrumentos internacionales. Esta herencia del derecho internacional en el derecho costarricense poco favorece a una construcción típica respetuosa de las exigencias constitucionales de un principio de legalidad criminal bajo su modalidad de *lex certa*.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

3. La amplitud de punibilidad en la estructura típica del delito de financiamiento terrorismo, producida por el exceso de verbos rectores vacíos y la ausencia de precisión de medios de comisión, dificulta o, mejor dicho, imposibilita la aplicación de una correcta teoría de la autoría y la participación, puesto que esta tiene un vínculo necesario con la acción en sentido fáctico y la conducta típica como supuesto de hecho. De tal suerte que esta estructura típica funcionaría, vía interpretación, como una especie de embudo que captaría la mayor cantidad de supuestos posibles para establecerlos como autoría por la realización de verbos vacíos.

4. La actual situación legislativa costarricense, ocurrida a partir de los movimientos internacionales de combate al terrorismo, ha traído a la práctica judicial arduos temas de determinación de los supuestos de autoría y participación y ofrece dificultades enormes para deslindar los ya difíciles límites entre ambas categorías, aun empleando las tradicionales herramientas de la teoría del domino del hecho, tan en boga en la jurisprudencia regional. Con ello se desplazan las posibilidades y enfoques “modernos” derivados de las formas de la imputación personal por pertenencia a una organización o por dominio de un aparato de poder.

Bibliografía

- ANINAT, Eduardo, Daniel HARDY y Barry JOHNSTON, “Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.”, en *Finanzas y Desarrollo*, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/09/pdf/aninat.pdf> (25.6.2014).
- BAIGÚN, David (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Fráncfort: Suhrkamp, 1986.
- BENÍTEZ, Ignacio, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Madrid: Dykinson, 2007.
- CALVERT, Peter, “El terror en la teoría de la Revolución”, en Noel O’SULLIVAN, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid: Alianza, 1987.
- CASTILLO, Francisco, *Autoría y participación en el derecho penal*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006.
- *Causalidad e imputación del resultado*, San José (Costa Rica): Juritexto, 2003.
- *Derecho penal: Parte general*, tomo I, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2008.
- “Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Costa Rica - Eine rechtsvergleichende Analyse”, informe nacional presentado al proyecto

- de investigación internacional coordinado por el Prof. Dr. Ulrich Sieber, el Dr. Hans-Georg Koch y el Dr. Jan Simon. Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2010, pendiente de publicación en la obra colectiva.
- CHINCHILLA, Rosaura, *Principio de legalidad, ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en Costa Rica?*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CHINCHILLA, Carlos, *La autoría en el derecho penal costarricense*, San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas, 1999.
- DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984.
- DEL BARRIO, Álvaro, y José LEÓN, *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*, Santiago (Chile): Programa de Derechos Humanos AHC, 1990.
- DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2.^a ed., 2002.
- EL QORCHI, Mohammed, Samuel MUNZELE y John WILSON, “Informal Funds Transfer Systems. An Analysis of the Informal Hawala System”, en *International Monetary Fund*, Washington D. C., <http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/222/> (14.8.2014).
- EROSHKINA, Natalia, *Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht. Das tatbestandsmäßige Verhalten der Organisationsdelikte und das Phänomen der Terrorismusfinanzierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2012.
- FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, en Salustiano DEL CAMPO (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984, pp. 65-80.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *IX special recommendations against financing of terrorism*. París, 2010, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%20IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf> (15.7.2014).
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington D. C., 2003.
- FRÖBA, Christian, *Die Reichweite des 129a StGB bei der Bekämpfung des transnationalen islamistischen Terrorismus*, Fráncfort: Peter Lang, 2009.
- GARCÍA, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- GÓMEZ, Víctor, “Sobre el fundamento material de los delitos especiales”, en Edgardo DONNA (dir.): *Autoría y participación*, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 2006.
- GÖRG, Sabine, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Fráncfort: Peter Lang, 2010.
- HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, n.º 1, Madrid, 1991, pp. 2336.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS TIPOS PENALES VINCULADOS AL TERRORISMO

- HIRSCH, Hans J., “Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea”, en David BAIGÚN (coord.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 649-662
- JAKOBS, Günther, “Beteiligung”, en Dieter DÖLLING (ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker y Humblot, 2003.
- *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1997.
- “Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht”, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2003.
- JAKOBS, Günther, y Manuel CANCIÓ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal: Parte general*, Granada: Comares, 4.ª ed., 1993.
- LLOBET, Javier, y Alfredo CHIRINO, *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada: problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente*, San José (Costa Rica): Areté, 2000.
- MÁRQUEZ, Álvaro, “La autoría mediata. Autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas”, *Diálogos de Saberes*, n.º 23, Bogotá, 2006, pp. 1934.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal: Parte general*, Barcelona: Reppetor, 6.ª ed., 2002.
- MIRÓ, Fernando, “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 87, Madrid, 2005, pp. 185-229.
- MONTEALEGRE KLENNER, Hernán, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago (Chile): Academia de Humanismo Cristiano, 1979.
- MUÑOZ, Francisco, y Mercedes GARCÍA, *Derecho penal: Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5.ª ed., 2002.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Guía legislativa del régimen jurídico universal contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2008.
- *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*, Nueva York: UNODC, 2006.
- PAVARINI, Massimo, “Para una crítica de la ideología penal”, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1027-1054.
- POLAINO, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, pp. 3652.
- REINARES, Fernando, “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, *Revista Internacional de Sociología*, n.º 5, Córdoba (España), 1993, pp. 3567.

- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 7.ª ed., 2000.
- “La autoría mediata por dominio en la organización”, en Edgardo DONNA (dir.), *Autoría y participación*, tomo II, Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni, 2006.
- *Derecho penal: Parte general*, tomo 1, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1997.
- SILVA, Jesús: *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2001.
- SORROZA, Alicia, “La seguridad interior de la UE: diez años después del 11-S”, *Revista ARI*, n.º 127, Madrid, 2011, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari127-2011 (22.7.2014).
- TANZI, Vito, *Money Laundering and the International Finance System*, Washington D. C.: Fondo Monetario Internacional, Working Papers 96/55, 1996.
- TIEDEMANN, Klaus, “La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n.º 7, Buenos Aires, 1997.
- TONDINI, Bruno, “El financiamiento del terrorismo y el crimen organizado: la actualidad de ambas problemáticas, normas internacionales y argentinas aplicables”, Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, Working Papers 72, <http://www.caei.com.ar/sites/default/files/72.pdf> (18.7.2014).
- TORRES, Henry, “El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de los derechos humanos”, *Diálogos de Saberes*, n.º 32, Bogotá, 2010, pp. 7790.
- TRIBUNAL DE CASACIÓN DE SAN JOSÉ, Voto 00247-2009 de las 14 h del 5 de marzo de 2009.
- Voto 01054-2007 de las 11:35 h del 20 de septiembre de 2007.
- VILLEGAS, Myrta, “Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 9, Santiago (Chile), 2002-2003, pp. 175201.
- “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, *Revista Política Criminal*, n.º 2, Santiago (Chile), 2006, pp. 131.
- WALTER, Michael, “Die Terrorismus-Bekämpfung in der Perspektive des Labeling-Ansatzes”, *Humboldt Forum Recht (HFR)*, n.º 15/2008, pp. 158 ss., <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=189> (25.9.2014).
- ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002.
- ZÚÑIGA, Laura, “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en Laura ZÚÑIGA y Diego DÍAZ (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, 2002, pp. 5171.