

57

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Terrorismo

Alejandro Leiva López

2022

 ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE



Alejandro Leiva López

Doctor y magíster en Derecho por la Universidad de los Andes y magíster en Derecho Penal por la Universidad de Chile. Además, es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Desarrollo. También es profesor investigador y director de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.



Terrorismo

MATERIALES DOCENTES 58

© Alejandro Leiva López, por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipográfica (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este trabajo analiza el delito terrorista en Chile desde un prisma eminentemente dogmático penal. El autor se aproxima al concepto material y formal de terrorismo a la luz de la normativa chilena, sin perjuicio de analizar, en forma crítica, aquellos elementos que una parte de la doctrina ha estimado necesarios para que se configure este ilícito. En tal sentido, se descarta que el llamado fin subversivo o la existencia de una organización terrorista sean elementos que contemple la ley o que puedan ser exigidos a nivel dogmático-jurisprudencial para su persecución. Asimismo, se analizan los bienes jurídicos tutelados en materia terrorista y se expone la plausibilidad de recurrir al llamado «derecho penal del enemigo» en un Estado de derecho.

Luego se revisan en forma detallada los distintos cambios que ha sufrido la Ley Terrorista desde su dictación. En total, se registran once modificaciones, tres realizadas por la Junta de Gobierno y ocho en democracia. Cada una de estas reformas se analizan para comprender la configuración actual de la Ley Terrorista y, en particular, el tránsito desde una noción objetiva hacia una subjetiva, como se concibe actualmente.

Finalmente, el texto plantea las distintas dificultades que surgen de la aplicación de la Ley Terrorista y otras disposiciones; esto es, el problema de los concursos. Asimismo, se exponen los principales problemas en relación con el *iter criminis* y con la intervención criminal.

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Concepto de terrorismo
34	CAPÍTULO 2 El bien jurídico tutelado en el terrorismo
36	CAPÍTULO 3 Derecho penal del enemigo y terrorismo: La llamada «tercera velocidad»
51	CAPÍTULO 4 Evolución de la Ley 18.314 y contexto actual del terrorismo en Chile
71	CAPÍTULO 5 La legislación antiterrorista a la luz de los estándares internacionales y nacionales en materia de derechos humanos
78	CAPÍTULO 6 Terrorismo y financiamiento
89	CAPÍTULO 7 Terrorismo y derecho penal internacional
93	CAPÍTULO 8 Problemas concursales
111	CAPÍTULO 9 Ley Terrorista e <i>iter criminis</i>
116	CAPÍTULO 10 Ley Terrorista y la intervención criminal
117	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Concepto de terrorismo

Sin duda, los aspectos más controvertidos a la hora de abordar el delito terrorista tienen que ver con su concepto y aplicación. Y ello pasa principalmente, en el caso chileno, por el origen de la Ley 18.314, que fue elaborada y publicada durante el régimen militar, específicamente el 17 de mayo de 1984. Se ha dicho, en tal sentido, que esta normativa habría tenido como *único* objetivo político criminal el de «proscribir definitivamente a las ideologías de izquierda» (Villegas, 2018: 504), lo cual vendría a suponer un «vicio de origen»¹ de carácter insoslayable para su aplicación ulterior.

En contra, el estudio y la praxis actual de la legislación terrorista —especialmente por parte de quienes ejercen jurisdicción— exige separar toda concepción política o ideológica que pueda desvirtuar su aplicación. Lo anterior, por cierto, en razón de la imparcialidad que la función jurisdiccional exige.

Particularmente acertado en este aspecto resulta el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, el cual, al resolver en segundo juicio la culpabilidad con carácter terrorista de los autores del incendio con homicidio del matrimonio Luchsinger-Mackay, consideró —en relación con la aplicación de la Ley 18.314— que:

Debe entonces quedar palmariamente asentada la noción de que nuestra labor interpretativa no modificará un texto legal vigente, más allá de la opinión que se tenga del mismo, cuestión que queda, perentoriamente, para otros escenarios. Es precisamente el encuadre de una conducta, y la valoración de la prueba en tal sentido la que rige la labor del juez, ciñéndose a la evidencia rendida y al marco normativo entregado por el legislador.²

¹ En este sentido, véase Mañalich (2015: 156).

² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando vigesimooctavo.

Y esto es así no solo porque la Ley Terrorista ha sido modificada directamente en once oportunidades —ocho de las cuales se produjeron en democracia—³ sino, especialmente, porque su actual configuración no dista mucho de aquellas que contemplan países que históricamente se han tenido como modelos para la legislación chilena.⁴

Sin ir más lejos, la actual normativa española (específicamente el artículo 573, numeral 4, del Código Penal español) contempla, al igual que nuestra ley, un elemento subjetivo del injusto que distingue un hecho delictivo *simple*⁵ de aquellos ilícitos que, dada su finalidad —causar terror— revisten carácter terrorista.

La doctrina mayoritaria denomina a este factor subjetivo como un elemento de *tendencia interna trascendente*. Esto significa que, para que un hecho sea considerado terrorista, debe haberse efectuado —según el

3 Sin perjuicio de su posterior análisis, estas modificaciones son las siguientes: i) Ley 19.027 del 24 de enero de 1991 que «modifica Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad»; ii) Ley 19.806 del 31 de mayo de 2002 sobre «normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal»; iii) Ley 19.906 del 13 de noviembre de 2003 que «modifica la Ley 18.314 sobre conductas terroristas en orden a sancionar más eficazmente la financiación del terrorismo, en conformidad a lo dispuesto por el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo»; iv) Ley 20.074 del 14 de noviembre de 2005 que «modifica los códigos procesal penal y penal»; v) Ley 20.467 del 8 de octubre de 2010 que «modifica disposiciones de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad»; vi) Ley 20.519 del 21 de junio de 2011 que «modifica disposiciones de la Ley 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad»; y, finalmente, vii) Ley 20.830 del 21 de abril de 2015 que «crea el acuerdo de unión civil», esta última, agregando en el artículo 15 de la Ley 18.314, luego de la palabra «cónyuge», la expresión «o conviviente civil».

4 De hecho, la descripción típica actual del terrorismo en Chile posee características bastante similares a cómo se ha entendido el terrorismo en el derecho internacional. Así, por ejemplo, la «Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas» del 9 de diciembre de 1994, y la «Declaración Complementaria» del 17 de diciembre de 1996, definen el terrorismo como «actos criminales concebidos o planeados *para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas, con fines políticos*». El destacado es nuestro.

5 Se ha preferido aquí evitar el uso del vocablo «común» para referirse a aquellos ilícitos que no revisten carácter terrorista, ya que tal categoría (comunes) exige aplicarse, con mayor precisión, para distinguir entre delitos especiales (esto es, que exigen la concurrencia de una determinada cualidad personal) de aquellos que no lo son, esto es, delitos *comunes* (en que el sujeto activo puede ser cualquiera). El delito terrorista, como veremos en otro acápite, solo se ha de entender como delito «común» en tanto no constituye un delito «político».

tipo penal español reseñado— con la «*finalidad* de provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».

En sentido similar, el actual artículo primero de nuestra Ley 18.314 exige que el hecho, para ser considerado terrorista, se cometa «con la *finalidad* de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie».⁶

Así, en Chile, para la configuración de un ilícito terrorista no basta con que un hecho delictivo cualquiera se cometa con la finalidad trascendente de causar terror. Nuestro legislador ha adoptado un modelo que conecta dicha intencionalidad con un catálogo de ilícitos expresamente enumerados en el artículo segundo de la ley. En otros términos, solo serán considerados delitos terroristas aquellos que, estando contemplados en el artículo segundo de la ley, sean ejecutados con la mencionada finalidad de producir temor.⁷

Así, y en términos preliminares, la ley chilena nos permite entender el delito terrorista como *aquel hecho delictivo que, previamente contemplado como susceptible de ser considerado terrorista, se comete con la finalidad de producir temor en todo o parte de la población*.

De esta forma quedó plasmado en la «Historia de la Ley 20.467 de 2010», que vino a modificar el texto original de la Ley 18.314. A partir de ella, el elemento subjetivo aquí expuesto quedó consagrado como un

6 Sobre este elemento de tendencia interna y su diferencia con el dolo volveremos más adelante.

7 Tales delitos, de acuerdo con el artículo segundo la Ley 18.314, son actualmente los siguientes: i) Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles; ii) apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes; iii) el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos; iv) colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos; v) la asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1.

elemento *nuclear* de toda conducta terrorista (sin perjuicio de que fuese incluido primeramente por la Ley 19.027 del 24 de enero de 1991).⁸ En efecto, se indicó que:

En el contexto actual del fenómeno del terrorismo, se hace necesaria una revisión crítica de los conceptos con los que se define y delimita el carácter terrorista de una conducta determinada. El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad. Es en virtud de lo anterior que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que esa finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista.

Sobre este elemento de tendencia interna trascendente volveremos más adelante.

Con todo, de un tal concepto preliminar siquiera nos hemos de aproximar a las distintas complejidades que surgen de la aplicación de la Ley Terrorista a cada caso concreto. Un asesino serial, por mencionar el primer delito que contempla el artículo 2 de la Ley 18.314 (homicidio), es perfectamente capaz de provocar —con sus reiterados crímenes— el temor justificado en la población de ser víctima de tal delito. Pese a ello, sabemos que el psicópata asesino no comete delito terrorista alguno.

En tal sentido, parece necesario indagar qué ha de entenderse por la finalidad de causar temor, como primer elemento a considerar, y, segundo, cómo se ha de distinguir dicha finalidad terrorista de hechos que, como efecto colateral y no deseado, provocan objetivamente un estado de temor en todo o en parte de la población. Y lo anterior pasa, a mi entender, por alcanzar un concepto *material* de delito terrorista y no uno meramente *formal* —es decir, en exclusiva atención al tenor literal de la ley— ya que, como se ha expuesto, la sola consecución de un efecto atemorizante no ha de conllevar necesariamente una calificación terrorista por parte del juez. Sobre este concepto material y los criterios más preponderantes que se han esbozado para definir el terrorismo hablaremos a continuación.

⁸ Sobre las modificaciones que ha sufrido la Ley Terrorista nos ocuparemos posteriormente en un acápite particular de esta investigación.

Concepto material y concepto formal de terrorismo

Una primera aproximación al concepto «ontológico» de delito terrorista huelga distinguir entre un concepto material —es decir, aquello que en realidad *es* el fenómeno del terrorismo— de aquello que formalmente se ha plasmado en el tipo penal chileno para adscribir a una determinada conducta el carácter de terrorista. «Causar terror» en la población es propio de los delitos terroristas, pero ha de constituir un argumento circular el hacer descansar el concepto de terrorismo en el mero efecto de terror que este genera en la población.

Una definición «amplia», propuesta por el exsenador Mario Papi (1999: 17), afirma que:

El terrorismo es el uso o la amenaza de uso de la violencia; un método de combate o una estrategia para alcanzar ciertas metas que apuntan a inducir un estado de temor en la o las víctimas, que es brutal y que no se conforma a reglas humanitarias; y que la publicidad es un factor esencial de la estrategia. Entonces, el terrorismo no es una ideología, sino una estrategia que puede ser utilizada por agentes de diferentes ideologías (nacionalistas, de derechas o izquierdas, organizaciones religiosas, étnicas, entre otras).

Asimismo, agrega:

El terrorismo sería esencialmente impredecible, lo que significa que se da en un contexto de ausencia de toda forma de regulación de este tipo de acción; indiscriminado, lo que implica que sus efectos se extienden a la totalidad de la población, involucrando a víctimas inocentes; y, finalmente, que sería un tipo de acción que produce sufrimiento innecesario, incluyéndose así, por extensión, en la categoría de métodos inhumanos, largamente repudiados por la comunidad internacional (Papi, 1999: 17-18).

Pese a ello, y como afirma quizás una de las mayores expertas en materia de terrorismo en España, Carmen Lamarca (1993: 535):

Nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario.

Actualmente, agrega Papi (1999: 23) que «la sociedad no enfrenta solo a un terrorismo, sino que a muchos tipos de terrorismo».

En tal sentido, revisaremos a continuación los principales elementos que reconoce la literatura para estar en presencia de un delito terrorista, elementos a partir de los cuales construiremos un concepto material —y no meramente formal— sin perjuicio de las propias limitaciones que consagra nuestro legislador para sancionar estas conductas.

El terrorismo como acción subversiva

Uno de los aspectos más extendidos sobre lo que ha de estimarse como delito terrorista tendría que ver con su carácter de ilícito *subversivo*, es decir, por su potencialidad para *alterar* o *trastornar* el orden político interno de un país.

Así lo entendió el Tribunal Supremo español, en una sentencia del 29 de noviembre de 1997, al afirmar que el terrorismo es una:

Actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, *tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido*.⁹

En tal sentido, el caso paradigmático de banda terrorista subversiva sería el de *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA), la cual ha sido definida por el mismo Tribunal Supremo como una:

Organización terrorista armada que pretende desestabilizar y subvertir el orden institucional y social con el fin de lograr la independencia del País Vasco para lo que, durante los últimos años, viene realizando atentados indiscriminados y selectivos que han causado numerosas víctimas y daños, secuestros con exigencia de dinero y actos de extorsión a través del llamado «impuesto revolucionario», por algunas de cuyas acciones hay numerosos miembros de dicha organización cumpliendo penas privativas de libertad.¹⁰

9 STS español, 2/1997 del 29 de noviembre de 1997. Ponente: Roberto García-Calvo Montiel.

10 STS español, 2/1997 del 29 de noviembre de 1997, p. 13. Ponente: Roberto García-Calvo Montiel.

Así, el terrorismo entendido como acción *subversiva* se ejercería *frente* al Estado y no *desde* el Estado, con la finalidad de subvertir o, lo que es sinónimo, *trastornar* el orden establecido, por ejemplo, buscando derrocar el sistema democrático imperante, el sistema constitucional u otro objetivo de índole político.

En España, como se adelantó, y probablemente dada su historia vinculada a ciertos grupos radicales, la ley no se limita únicamente a exigir como fin ulterior el de causar terror o miedo en la población —ello es solo uno de los presupuestos exigidos—, sino que, además, serán constitutivos de delito terrorista aquellos que persigan «subvertir el orden constitucional», «suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado» u «obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Asimismo, serán terroristas aquellos que busquen: «alterar gravemente la paz pública» o, finalmente, «desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional».¹¹

De allí que Muñoz Conde (1999: 863) considere como acto de terrorismo aquel que se identifica con la delincuencia violenta y que tiene por finalidad la «desestabilización del sistema democrático y las bases sobre las que este se asienta».

Pese a ello, una aproximación al concepto de terrorismo —como actividad subversiva— es objeto de, a lo menos, dos críticas importantes. La primera, en tanto que obliga a vincular un acto terrorista a móviles de índole políticos con el consiguiente riesgo de criminalizar (o censurar) movimientos políticos o ideológicos que, aunque disruptivos, se puedan mantener dentro de la legalidad (riesgo permitido). La segunda, en tanto esta noción no admite ser aplicada en Chile, ya que nuestra Ley Terrorista no exige típicamente una tal finalidad subversiva, por lo que no resulta admisible exigir su concurrencia para calificar un hecho como terrorista.¹²

Con todo, ello no obsta a que el acto terrorista pueda —como generalmente lo hará— ser expresión de una tendencia interna en aras

11 Para más información, confrontar con el artículo 573 del Código Penal español.

12 En sentido similar, Bascuñán Rodríguez (2003: 31), quien afirma: «Este modelo de regulación fue introducido por el legislador democrático para desvincular el concepto legal de terrorismo de una ideología política determinada, sustituyendo así la concepción del terrorismo como acción subversiva por su concepción como método de acción».

de subvertir el orden político y democrático. Pero, nuevamente, dicha motivación no constituye, a lo menos en nuestro sistema, un móvil típicamente exigido al agente en la Ley 18.314.

Así lo resolvió el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, en el citado caso *Luchsinger-Mackay*, al constatar, en contra de cierta doctrina, que:

En esta última parte difieren los infrascritos por cuanto la finalidad política fue preterida (abandonada) en la historia de la ley, como muy extensa y detalladamente aparece discutido en las actas de discusión de la Ley 20.467. No obstante lo anterior, desechado por la norma tal elemento, nada impide que concurra efectivamente en un caso determinado, lo que debe entenderse al respecto es que, a juicio de los infrascritos, aquel no resulta ser de la estructura del carácter terrorista, no constituye un requisito de procedencia del mismo, al menos en nuestra ley vigente.¹³

Asimismo, la identificación del terrorismo con este elemento admite ser fácilmente rechazada al constatar que no toda actividad terrorista busca subvertir el orden político y democrático. En realidad, es perfectamente posible calificar un hecho como terrorista cuando el individuo es movido, por ejemplo, por factores de índole religioso (por ejemplo, del tipo *yihadista*), medioambiental, racial o, incluso, cuando la finalidad del sujeto sea, paradigmáticamente, «asegurar» o «cautelar» el orden establecido y no subvertirlo.

Un buen ejemplo de esto último es el caso de los autodenominados Grupos Antiterroristas de Liberación españoles (GAL), quienes desde 1983 llevaron a cabo la denominada «guerra sucia» contra ETA. El grupo —conformado por funcionarios de la policía— cometió más de veinte asesinatos en respuesta de atentados etarras destruyendo, asimismo, coches e inmuebles. Sus exigencias para dejar la lucha armada, expresadas en 1985, incluían, entre otros, el fin de los atentados de ETA, la disolución de la Ertzaintza y el compromiso público de los dirigentes vascos de que *reconocieran la unidad de España y renunciaran a iniciativas separatistas*.

En efecto, los GAL conformaron un grupo que, buscando «asegurar» el orden establecido —mediante la eliminación de enclaves separatistas para asegurar la unidad política nacional— llevaron a cabo conductas

13 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando trigésimo.

«antisubversivas», pese a lo cual sus acciones fueron, indudablemente, terroristas. En tal sentido, escribe acertadamente Lamarca (1993: 538 y 539), parece discutible suponer que:

La lesión del orden constitucional solo se obtiene con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo «revolucionario» o «reaccionario») y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas, máxime cuando esa finalidad de cambio político se exterioriza generalmente de manera indirecta, como un «añadido» a comportamientos objetivamente no políticos.¹⁴

Sin embargo, como se adelantó, en nuestra legislación las exigencias que impone la ley para la constatación de un hecho como delito terrorista no incluyen, a diferencia de la legislación española, los fines político-subversivos, pese a que estos puedan efectivamente concurrir. En otros términos, el fin subversivo no admite ser elevado como un elemento nuclear para la calificación de un hecho como terrorista, lo cual no impide que, en los hechos, pueda eventualmente concurrir, solo que normativamente carecerá de valor.

Con todo, esta discusión habría sido zanjada en Chile, a mí parecer, mediante la sentencia rol 5397-2018 de la Excelentísima Corte Suprema, la cual —a propósito del atentado explosivo ocurrido el 8 de septiembre de 2014 en el Subcentro de la Estación de Metro Escuela Militar— dejó claramente establecido que el móvil político (léase, subversivo) *no forma parte ni es requisito de la estructura típica del delito terrorista*.

El recurso de nulidad que motivó el fallo (interpuesto por la defensa del ahora condenado Juan Alexis Flores Riquelme) adujo erradamente:

Que la reinterpretación del bien jurídico protegido debe considerar el carácter político de toda finalidad terrorista, lo que permite que la disposición a aplicar opere ante afectaciones concretas de tales intereses relevantes.¹⁵

En contra, el máximo tribunal confirmó la sentencia del tribunal *a quo* indicando:

¹⁴ El destacado es nuestro.

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando duodécimo.

Que el objeto de protección subyacente en la regulación son los bienes jurídicos trascendentales para la comunidad y el Estado de derecho, como la vida, la salud o integridad física, la propiedad, la libertad de las personas o un grupo de ellas, frente a ataques en los que se persigue infundirles un temor justificado de ser víctimas de otros delitos de similar gravedad, lo que determina que en la ejecución de estas conductas se comprometa también la seguridad, como bien jurídico colectivo. Citando en esta parte a doctrina nacional, el fallo hace suyo el razonamiento de un sector de ella conforme al cual la organización del Estado democrático de derecho o el ordenamiento constitucional democrático *no constituye un objeto de protección de la regulación citada*, en la medida que se constata la falta de relevancia de la finalidad política o político-social perseguida por el autor.¹⁶

En definitiva, el elemento subversivo tras la conducta terrorista *puede* estar presente y constituir el verdadero elemento de tendencia interna que trascienda al tipo, pero basta para la constatación judicial de un ilícito terrorista que concurra solo el ánimo de provocar terror, independiente de si dicho fin obedece o no a móviles políticos de carácter subversivos o confirmatorios del sistema imperante (o antisubversivos).

*El terrorismo como supuesta «agrupación terrorista»:
En contra, el caso del lobo solitario*

Por otro lado, se ha afirmado que el terrorismo, para ser tal, exigiría la existencia de una agrupación o colectivo *organizado* tras la conducta, excluyendo de la calificación de terrorista a aquellos actos que puedan ser ejecutados por un sujeto en forma individual.¹⁷

Quienes así lo sostienen aseveran que el fenómeno empírico del «terrorismo» tiene una característica marcada reconducible al «colectivo», esto es, una organización que haga posible una estrategia, una finalidad e intencionalidad que la distingue de la criminalidad común, de modo que, solo así, la conducta comunica el desconocimiento del orden democrático y, por ende, la totalidad de los elementos del tipo deben ser interpretados a partir de ese mensaje comunicacional y su contenido.¹⁸

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando decimocuarto. El destacado es nuestro.

¹⁷ Véase, especialmente, el Informe de 2011 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011: 111).

¹⁸ Extracto de los argumentos expuestos por la defensa en su recurso de nulidad a

Esta tesis se vería reforzada por la referencia implícita a la reiteración que contiene la ley, ya que lo que definiría la conducta no es el temor por sí solo, sino que es el temor de ser víctima de delitos *de la misma especie*. Luego, sería la posibilidad de reiteración la que determina el temor lo que permitiría introducir tal mensaje comunicativo de puesta en peligro o cuestionamiento de la forma democrática institucional. Si no hay una organización, agregan, no hay ninguna razón para pensar en su reiteración; solo la existencia de un grupo que exhiba el carácter de organización criminal lograría justificar un régimen de penalidad tan intensa como la que se expresa en la Ley 18.314, ya que la organización representa, en sí, un peligro especialmente potente de los medios que pueden utilizar y de la proyección estratégica que dan lugar en la sociedad.¹⁹

En este mismo sentido se ha manifestado en la doctrina nacional la profesora Myrna Villegas, quien, a propósito de las discusiones suscitadas durante la tramitación de la Ley 20.467, señaló que el terrorismo:

Es una estrategia, un método tendencialmente exclusivo, que requiere de una organización para materializarse, pues es la organización la que cualifica la violencia. Así lo reconocen (agrega) de manera muy adecuada las legislaciones europeas, entre ellas la española, que incorporan a las descripciones típicas la pertenencia a una organización terrorista. Los tipos penales sobre terrorismo en estas legislaciones, a diferencia de la nuestra, partirían de la base de que quienes los cometen necesariamente están integrados en asociaciones ilícitas (terroristas), y solo por vía de excepción se castigan conductas de quienes, sin formar parte de dichas organizaciones, cometen con finalidad terrorista ciertos delitos (artículo 577 del Código Penal español).²⁰

propósito de la sentencia que condenó el atentado terrorista en la estación Escuela Militar. En Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando segundo, p. 8.

¹⁹ Para más información, confrontar con los alegatos de la defensa en la parte expositiva de la Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando decimocuarto, pp. 8 y ss.

²⁰ Para más información, confrontar con Historia de la Ley 20.467, p. 129. Asimismo, véase: Villegas (2016: 164 y ss): «La organización debe tener una dimensión y estructura suficientes como para llevar a cabo una tarea de la envergadura que se ha propuesto: afectar el monopolio de la violencia del Estado. Y para ello, debe contar con cierto grado de jerarquía, un férreo proceso de socialización de sus miembros, estabilidad, permanencia, recursos y una suficiente red de apoyo y relaciones socia-

En contra, los argumentos para sostener que la calificación de un delito terrorista depende siempre de que los actos hayan sido efectuados en el seno de un ente colectivo u organizacional no pueden ser aquí compartidos ni tampoco explicados a la luz de nuestra propia legislación. En efecto, ninguno de los elementos exigidos en la Ley 18.314 y sus sucesivas modificaciones exigen la preexistencia de una organización para calificar como terrorismo un determinado hecho.

Así lo ha confirmado nuestra Excelentísima Corte Suprema al afirmar que:

De la descripción que la Ley 18.314 realiza del delito aparece que cualquiera persona, independiente de su investidura y pertenencia o no a un grupo organizado, puede incurrir en las conductas descritas siempre que esté presente el elemento subjetivo tantas veces citado. En esas condiciones, bastará la concurrencia de la ya referida finalidad subjetiva en el autor para la existencia del referido delito, para lo cual ha de analizarse el comportamiento desplegado a la luz de los llamados criterios de materialización del hecho.²¹

En efecto, parte importante de la confusión que genera la exigencia de un supuesto elemento organizacional responde, a mi juicio, a que el delito terrorista se ha concebido como un delito eminentemente político-subversivo (revisado anteriormente), concepción a partir de la cual la desestabilización del régimen político o constitucional imperante no sería «alcanzable» mediante el actuar de *un solo individuo*. Sin embargo, y como ya se ha demostrado, el carácter subversivo del ilícito terrorista puede —o no— concurrir, pero no constituye un elemento nuclear ni menos típicamente requerido; y mucho menos, que el hecho sea cometido bajo la dirección de una organización.

En tal sentido, el Tribunal Supremo español se ha referido expresamente a la posibilidad del actuar en solitario para dar cuenta de un delito terrorista. En fallo arriba expuesto —y que aquí me permito reiterar— el máximo tribunal español ha resuelto que el terrorismo es una

les, en suma, debe mostrar una idoneidad para poder realizar los concretos delitos que se ha propuesto, idoneidad que viene dada por la dotación de medios, hombres y estructuras».

²¹ Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando decimoctavo.

actividad planificada que puede ser ejecutada «individualmente o con la cobertura de una organización».²²

Como se advierte de la cita al Tribunal Supremo español, el vocablo «o» que utiliza el Tribunal opera como *conjunción disyuntiva*, es decir, dando cuenta de que la actividad terrorista puede ser ejecutada tanto en forma individual o —alternativamente— con la cobertura de una organización. Y en el mismo considerando, agrega el Tribunal Supremo español que la actividad terrorista puede presentarse «con reiteración o aisladamente» dejando claramente establecido que ni el colectivo ni la reiteración han de constituir elementos absolutos, sino solo posibles alternativas de pluralidad de intervinientes o de pluralidad de la conducta típica.

Y con ello, además, el Tribunal Supremo español reconoce implícitamente un aspecto que parece de toda lógica recalcar. La eventual reiteración del delito terrorista no supone, ni normológica ni fenomenológicamente, el actuar de un colectivo, tesis plenamente aplicable a la legislación doméstica. Así, un sujeto en solitario puede, por cierto, reiterar. Luego, carece de sentido fundamentar la necesidad de una organización o colectivo en la supuesta exigencia implícita de reiteración extraíble de la ley: «el temor de ser víctima de delitos de la misma especie», efecto que, por lo demás, no necesariamente supone un delito reiterado. En simple castellano: la actividad individual de un sujeto puede expresarse en hechos típicos únicos —unidad natural o jurídica de acción— o reiterados, y tanto los hechos típicos únicos como los reiterados pueden dar lugar al «temor de ser víctima de delitos de la misma especie».

En definitiva, asumir la existencia de una colectividad o agrupación criminal tras toda conducta terrorista carece de sentido, ya que desconoce en términos absolutos que el fenómeno empírico del terrorismo puede provenir no solo de un colectivo, sino del actuar de sujetos únicos, o lo que se conoce como terrorismo de «lobos solitarios». Sobre esto último, algunas breves consideraciones.

²² Para más información, confrontar con STS español, 2/1997 del 29 de noviembre de 1997, p. 13 Ponente: Roberto García-Calvo Montiel.

Excurso: El caso del «lobo solitario» como ejemplo paradigmático de la intrascendencia de una organización para la calificación de un ilícito como terrorista

La existencia de una organización, como se ha adelantado, resulta solo una de las posibilidades de ejecución del ilícito. Así, el actuar individual de un sujeto puede cumplir tanto las exigencias típicas como aquellos elementos que se han aportado desde la doctrina para estar en presencia de un delito terrorista. Me refiero, por cierto, a los casos que la literatura especializada ha denominado como *lone-wolf terrorism* o terrorismo del «lobo solitario».²³

Un lobo solitario, se ha señalado, sería:

Todo aquel individuo autorradicalizado que, actuando independientemente o con la ayuda (excepcional) de otro individuo, opera como un sujeto terrorista fuera de toda organización y sin conexión alguna con cualquier otra. Es decir, todo aquel individuo que actúa sin la influencia de un líder, sin seguir un programa, que elabora su propia agenda y en ocasiones su propia ideología. Y que, además, sintiéndose rechazado por la sociedad y hasta por las propias organizaciones terroristas, decide operar completamente solo. Por ello, posee la capacidad de autoactivarse en cualquier momento y lugar con tal de alcanzar la meta política, social o religiosa que persiga y cuya actividad terrorista se centra en el uso de la amenaza, la violencia y el sabotaje (Arias, 2018: 51-52).

Por su parte, Ramón Spaaij (2012: 16), autor del libro *Understanding lone wolf terrorism*, considera que, para catalogar a un terrorista como lobo solitario, se tienen que dar las siguientes circunstancias: 1) que el sujeto opere en forma individual; 2) que no pertenezca a ninguna red o grupo terrorista organizado; y 3) que su *modus operandi* se conciba y sea dirigido por el individuo sin ningún comando externo directo o jerarquía.

Uno de los ejemplos más conocidos de terrorismo de lobo solitario es el de *Unabomber*. Theodore John Kaczynski fue un matemático graduado en Harvard, doctor por la Universidad de Michigan y exprofesor de la Universidad de Berkeley, quien en 1998 fue declarado culpable por enviar artefactos explosivos a través del correo norteamericano que

²³ Para más información, véase Gutiérrez-Sanz (2018: 529 y ss.), Costa (2017), Arias (2018: 51 y ss.), Garriga (2014) y Simón (2013).

mataron a tres personas e hirieron gravemente a otras 23, todo entre 1978 y 1995. Antes de conocer la identidad de Kaczynski, el FBI usaba el sobrenombre de *Unabom* como acrónimo de *University and Airline Bomber* (bombardero de universidades y aerolíneas), lo que dio lugar, más tarde, a que los medios de comunicación se refirieran a él como «el Unabomber», quien fue el objetivo de una de las investigaciones terroristas más costosas de la historia del FBI. Lo llamativo del caso es que las motivaciones de Kaczynski para realizar sus atentados tenían que ver con la defensa de una filosofía «neoludita» recogida en su manifiesto «La sociedad industrial y su futuro». Tal movimiento es contrario a la automatización y a la aparición de nuevas tecnologías. El manifiesto, a solicitud de Kaczynski, fue publicado por *The Washington Post* y *The New York Times* en 1995,²⁴ lo cual permitió su posterior captura tras la denuncia de un hermano de Kaczynski, quien reconoció su particular estilo lingüístico. Por cierto, todos los atentados de *Unabomber* fueron ejecutados en forma completamente individual y sin apoyo de ningún tipo de asociación criminal.

Negar la posibilidad de atentados terroristas por parte de sujetos únicos sin pertenencia a una agrupación terrorista implicaría aceptar que los atentados explosivos o incendiarios, por dar algunos ejemplos, que lleve a cabo un lobo solitario, debiesen ser irremediamente catalogados como ilícitos simples, lo cual, por cierto, no parece haber sido la intención del legislador.

En efecto, es posible añadir un argumento adicional —y definitivo— para sostener la irrelevancia de la existencia de una organización para calificar un hecho como terrorista, y tal argumento concluyente se arranca de la propia Ley 18.314. Me refiero, por cierto, al numeral 5 del artículo segundo, disposición que añade, dentro del catálogo de ilícitos que pueden ser calificados como terroristas, el de *asociación ilícita* «cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1», es decir, una especie calificada de asociación criminal.

Carecería de sentido la exigencia de una agrupación terrorista para calificar cualquier hecho como tal si la misma disposición que enumera los tipos susceptibles de ser calificados como terroristas agrega, como

²⁴ «The Unabomber Trial: The Manifesto», *The Washington Post: National Special Report*, disponible en <https://wapo.st/2NhoUML>.

una de sus posibilidades, el delito de asociación ilícita. En otros términos, nuestra ley reconoce implícitamente que cualquiera de las figuras contempladas en el artículo segundo puede ser cometida sin necesidad de una colectividad organizada. Solo en caso de concurrir tal colectividad —asociación ilícita terrorista— procederá calificar los hechos bajo la modalidad del numeral 5 ya expresada.²⁵

El terrorismo como acción del Estado

Por su parte, se ha sostenido que el verdadero o «auténtico»²⁶ terrorismo es aquel que proviene del Estado. Esta afirmación se funda, de acuerdo con Villegas (2018: 511-512), en que:

Históricamente el terrorismo nace asociado a un régimen estatal (Robespierre 1791-1794). Marx [...] también hace referencia al terrorismo como parte de una política estatal en cuanto método de acumulación originaria. No es sino hasta 1876 que la palabra *terrorismo* comienza a usarse para hacer referencia a la actividad subversiva o revolucionaria, especialmente para la propaganda por el hecho anarquista.

De esta forma, se ha recurrido a un concepto «cuasi ontológico» de terrorismo para dar cuenta de aquellos actos que lleva a cabo un Estado en contra de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Y este tipo de concepción se vería especialmente acentuada cuando quienes cometen los delitos son agentes del Estado, como ocurrió en el denominado caso *Amedo*²⁷ y los citados Grupos Antiterroristas de Liberación.

Sin embargo, y siguiendo a Lamarca, el concepto de terrorismo de Estado solo adquiere validez cuando aquello que se persigue es la responsabilidad internacional del Estado, mas no tratándose del derecho

25 En contra, Villegas ha sostenido que: «El hecho de que el terrorismo necesite contar con una organización de esta envergadura no necesariamente debe reconducirnos a un injusto específico de asociación ilícita terrorista como base de la punición, en cuyo marco se cometan los concretos delitos por parte de sus miembros y colaboradores». Para intentar demostrar aquello, Villegas responde a cuatro preguntas: a) Si es sostenible la idea de un injusto de organización terrorista como posibilidad real de afectación al monopolio estatal de la violencia; b) si es adecuado atribuir responsabilidad penal por la mera pertenencia a la organización; c) cuál sería la ubicación de la organización en los injustos de terrorismo; y d) cómo se sanciona a los que colaboran con la organización. Para esta tesis, confrontar con Villegas (2016: 165 y ss.).

26 Para más información, confrontar especialmente con Villegas (2018: 511).

27 Sobre el caso y la sentencia que recayó en él, véase Lamarca (1993: 535).

interno de un país; y en lo que nos interesa, la aplicación de la Ley 18.314. En tal sentido, afirma Lamarca (1993: 535):

Adonde no podía llegar en ningún caso (la sentencia del caso *Amedo*) era a la calificación jurídica de *terrorismo de Estado*, por la sencilla razón de que tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una imagen metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término, la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado.²⁸

Y lo anterior no obsta al acuerdo más o menos generalizado en torno a que el vocablo «terrorismo» habría nacido durante la revolución francesa para referirse a la política de terror practicada en el período de 1791-1794. Por cierto, los Estados —de izquierda o derecha— pueden cometer actos crueles o inhumanos y dichos actos merecen el mayor de los reproches dada la *posición* en que se encuentran sus agentes. Sin embargo, y en lo que dice relación con la imputación penal —de índole *personalísima*—, carece de sentido referirse al terrorismo de Estado, salvo en lo que se refiere a las normas internacionales sobre la materia.²⁹

El terrorismo como delito común y no político

Desde un prisma categorial, los denominados delitos comunes se han entendido generalmente como aquellos ilícitos en que puede intervenir cualquiera, sin necesidad de que concurra una determinada cualidad especial en el sujeto. De allí, que la categoría opuesta a la común sea la de los llamados delitos especiales. Estos últimos, a diferencia de los primeros, exigen la concurrencia de una determinada cualidad o calidad en quien interviene en el ilícito (por ejemplo, funcionario público o militar), o lo que también se denomina como delito de sujeto cualificado.

Y, en efecto, el terrorismo es un delito común, en el sentido de que lo puede cometer cualquiera, pero la categoría aquí llamada *común* —en

²⁸ El destacado es nuestro.

²⁹ En el mismo sentido, véase Lamarca (1993: 542). Sobre los convenios internacionales que ha suscrito Chile en relación con el terrorismo y cómo estos han dado lugar a ciertas modificaciones en el orden interno nos referiremos al final de este texto.

sede terrorista— nada tiene que ver con la recién expuesta, sino que se utiliza en contraposición a los denominados delitos políticos.

Así, el delito terrorista ha de concebirse como un delito *común*, ya que no cabe encasillarlo dentro de los llamados delitos *políticos*. Primero, pues así lo consagra expresamente el inciso 2 del artículo 9 de la Constitución Política, disposición a partir de la cual surge la imposibilidad de que el sujeto pueda optar al indulto particular.³⁰

Asimismo, tampoco es posible concebir el delito terrorista como un delito político, en tanto que estos últimos poseen determinadas características que no se hallan presentes en el delito terrorista.

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha señalado que:

La mayoría de los autores consideran, además, indispensables para distinguir entre delitos políticos y comunes, tomar en cuenta la finalidad y los móviles de los responsables, o sea, contemplar tanto el aspecto objetivo del delito como su visión subjetiva. Los delitos políticos y sociales obedecen a motivos de interés político o colectivo y se caracterizan por el sentimiento altruista o patriótico que los anima; mientras que los comunes se hallan informados de un sentimiento egoísta más o menos excusable (emoción, amor, honor) o reprobable (venganza, odio, lucro).³¹

Finalmente, la distinción entre delitos políticos y comunes reviste importancia en el derecho internacional, porque de tal calificación depende o no que, según los tratados o la costumbre internacional, se otorgue o no, a su vez, el derecho de asilo.

El elemento subjetivo: Intención de provocar terror como elemento central del terrorismo

Como se ha señalado, el legislador chileno exige que, para que una conducta sea considerada terrorista, el sujeto cometa el hecho «con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie», y agrega el artículo 1 de la ley que:

³⁰ La disposición constitucional reza: «Los delitos a los que se refiere el inciso anterior serán considerados *siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales* y no procederá con respecto a ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo». El destacado es nuestro.

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, RDJ, t. 54, sección cuarta, p. 197, del 24 de septiembre de 1957.

Sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

Este *elemento subjetivo* del tipo —producir terror— fue introducido en la Ley Terrorista en 1991 en virtud de una de sus principales modificaciones: me refiero a la Ley 19.027. Dicho elemento fue reafirmado posteriormente con la Ley 20.467 de 2010. En efecto, el mensaje de esta última afirmó que:

En el contexto actual del fenómeno del terrorismo, se hace necesaria una revisión crítica de los conceptos con los que se define y delimita el carácter terrorista de una conducta determinada. *El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad.* Es en virtud de lo anterior (continúa el mensaje) que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que *esa finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista.*³²

Pese a ello, ni el mensaje que da inicio a la tramitación de la Ley 20.467 ni las discusiones parlamentarias que se produjeron al interior del Congreso Nacional, entregan mayores luces acerca de qué ha de entenderse por dicha finalidad.

Para comprender el sentido de esta exigencia —desde un prisma jurídico y penal— se debe considerar, primeramente, que el tipo penal —en su faceta interna— puede incluir ciertos elementos de carácter subjetivo *además* del dolo. En la doctrina penal se entiende por elementos subjetivos del injusto (o del tipo, más concretamente) aquellos requisitos de carácter intencional distintos del dolo que, en ocasiones, se emplean para describir los tipos. Se trata, por ello, de expresiones que hacen referencia a una carga intencional *adicional* al mero conocimiento de la conducta e intención de realización del tipo (dolo).

Asimismo, la doctrina clasifica los elementos subjetivos del tipo según pretendan una finalidad presente ya en la acción misma, caso en el cual se denominan elementos de *tendencia interna intensificada* (como el ánimo libidinoso en el abuso sexual); o aquellos elementos subjetivos

32 Para más información, véase «Historia de la Ley 20.467», pp. 3-4, disponible en <https://bit.ly/3ePMtey>.

que buscan una finalidad que se logra *más allá* de la conducta delictiva. Se trata de un fin ulterior denominado elemento de *tendencia interna trascendente*.³³

De esta forma, la intención de provocar temor en todo o parte de la población se ha de entender como una carga anímica *distinta del dolo* y, en concreto, como un elemento subjetivo de *tendencia interna trascendente*, toda vez que el agente ejecuta la conducta con un propósito o fin determinado, el cual se persigue *tras* la conducta delictiva: «provocar temor», pues va *más allá* del mero hecho proscrito por la norma. De allí la expresión «trascendente». Un buen ejemplo de este tipo de exigencias típicas fuera de la Ley 18.314 sería el caso del *ánimo de lucro* en el hurto (artículo 432 de la Constitución Política).

Así, se ha dicho que estos elementos de tendencia interna aportarían *algo* a la definición del tipo de que se trate en cada caso:

Eso que añaden se califica como «subjetivo», pero lo cierto es que permiten considerar una conducta como típica o atípica en función de su relevancia externa —y no solo interna—, es decir, vienen a distinguir la conducta ya en el plano de la imputación objetiva [...]. Esto pone de relieve cuál es la función con la que se recurre en la práctica legal y jurisprudencial a los elementos subjetivos: identificar con claridad una *carga de sentido* en la conducta; es decir, aportar elementos de valoración de la gravedad material del delito.³⁴

33 Con respecto a este último —delito de tendencia interna trascendente— parte de la doctrina agrega una subclasificación, la cual distingue entre *delitos imperfectos en dos actos* y *delitos de resultado cortado*. En los primeros «el sujeto tiene una mira por alcanzar que debiera tener lugar, con una propia actuación suya, después de la consumación del delito (por ejemplo, la sustracción de un menor de edad para cobrar rescate, artículo 142, número 1 de la Constitución Política). También se consideran imperfectos en dos actos, los delitos de apropiación (hurtos, robos y apropiación indebida), donde el *animus rem sibi habiendi* califica la conducta, pero no requiere un acto de materialización adicional a la sustracción, aprehensión o negativa de restitución de la cosa, como sería su efectiva disposición, uso o consumo. En los de resultado cortado, en cambio, la acción típica se complementa con la mira de conseguir un resultado externo que va más allá del tipo objetivo, sin intervención del agente (por ejemplo, en el delito de diseminación de gérmenes patógenos del artículo 316, el propósito de causar una enfermedad)». Por ejemplo, en ese sentido véase Matus y Ramírez (2021: 287).

34 Universidad de Navarra, «Elementos subjetivos del injusto», disponible en <https://bit.ly/3zYU9SN>.

Por ello, no es atendible aquel argumento —reiterada y erróneamente expuesto durante la tramitación de la ley—³⁵ en virtud del cual la finalidad aquí analizada constituiría un *dolus specialis* o «dolo terrorista».³⁶ El dolo se reduce a la realización de los elementos del tipo, abarcando solo la conducta típica y dejando fuera lo que el autor pretenda lograr con su conducta. En otros términos, la expectativa futura —o intención ulterior— de causar temor en todo o parte de la población no puede ser *conocida*, sino solo *esperada* o *deseada*.

En la jurisprudencia chilena sobre este ámbito no se habría probado la intención de provocar terror en el conocido atentado en contra del matrimonio Luchsinger-Mackay. En sede de nulidad, la Corte Suprema mantuvo la condena de los tres sujetos condenados por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, pero desestimó que el incendio con homicidio con respecto al matrimonio se hubiese llevado a cabo *con la intención de provocar temor en todo o parte de la población*. Los continuos delitos de incendio que sufrieron un grupo de agricultores de la zona (entre ellos, los Luchsinger-Mackay) —afirma la Corte— no permiten concluir, por sí solos, la finalidad terrorista.

Al efecto, concluyó el máximo tribunal:

Distinto es considerar, como lo hace el tribunal *a quo*, que el fuego, atendida su naturaleza dañosa, palpable, elocuente y visible pueda por sí mismo generar un efecto de tal magnitud que permita producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, toda vez que como ya se dijo, es un elemento propio del tipo penal base por el que fueron condenados los acusados, no siendo procedente ni ajustado a derecho utilizarlo para fundamentar una calificación de terrorismo respecto de un hecho que se encuentra desprovisto de las exigencias que para ello establece expresamente el artículo 1 de la Ley 18.314; de hacerlo así, se podría sancionar doblemente una misma conducta, lo que se encuentra vedado por el derecho penal.³⁷

35 Véase, por ejemplo, «Historia de la Ley 20.467», pp. 28, 29, 30, 72, 73, 75, 76, 78, 80, 87, 100, 101, 124, 128 y 245, disponible en <https://bit.ly/3LgDuPE>.

36 En sentido similar, véase Villegas (2016: 161). Pese a la coincidencia con la profesora Villegas en que el tipo no exige un dolo especial terrorista, a mi juicio Villegas yerra al identificar la finalidad terrorista con la finalidad de «alterar el orden constitucional o de derrocar a un gobierno legítimamente constituido», fines que, como hemos revisado, no resultan extraíbles del tipo ni exigibles desde el punto de vista probatorio.

37 Sentencia de la Corte Suprema, rol 15163-2018, del 10 de octubre de 2018, considerando cuadragésimo sexto.

Sin embargo, a mi parecer, la Corte Suprema no valora con suficiente detención los distintos argumentos que entregó el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco para calificar los hechos como terroristas. El argumento central del tribunal *a quo*, estimo, radica en que el contexto sistemático en que se produjeron los atentados incendiarios admiten dar por establecido un clima de terror previamente instaurado, siendo el atentado de incendio-homicida el *corolario* de una seguidilla de actos que buscaban infundir temor entre distintos agricultores de la zona, lo cual viene a confirmar y no demostrar, por si solo, el carácter terrorista de todos ellos.

Así, afirmó el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco:

Valerse del mismo de manera sistemática en el devenir de distintos ataques que según se determinó aumentaron en violencia, [...] resulta sin duda una eficaz herramienta para infundir temor en las víctimas, cuestión que a su vez trae consigo que en el uso del fuego exista, tanto la intención de que el hecho incendiario sea conocido en su desarrollo y nefastos efectos como se afirmó, pero además, que la población o grupo de agricultores para este caso, sienta temor de ser incendiados, y a partir del hecho *sub litis* ya no solo dependencias de su propiedad, sino también aquellos y éstas, conjuntamente.³⁸

El problema es que este último argumento se hace depender, o al menos así lo entendió la Corte Suprema, de la naturaleza «estragante» del delito de incendio, naturaleza a partir de la cual se podría sostener — erradamente— que el delito de incendio es conocido y, por tanto, una herramienta capaz de producir temor en la población. En otras palabras, lo que pareciera entender la Corte Suprema del fallo de Temuco es que, por la sola naturaleza del delito de incendio (naturaleza «estragante»), se puede llegar a afirmar, sin más, que este sería capaz de generar temor en la población, en el sentido de la Ley 18.314.

En efecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco afirmó que:

La naturaleza *estragante* del fuego determina que el hecho de incendiar, en particular un inmueble, sea advertible, palpable, visible a todos quienes se encuentran aledaños al sector en que se produce el incendio propiamente tal, tanto mientras se encuentra en desarrollo, como tam-

³⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando trigésimo quinto.

bién, los efectos altamente destructivos que lleva consigo y que quedan al descubierto una vez controlado el mismo, por lo que, de tal conducta, puede advertirse ya una intención primaria acerca de que, tal hecho, sea altamente público, en el sentido de ser visible a un gran sector cercano a aquel en que se produce el fuego propiamente tal. Que sea conocido. Más aún se advierte aquello en el caso *sub lite*, dada la ruralidad de la zona en que se desarrolló el incendio, y en que tales hechos son, conforme la normalidad de las cosas, altamente conocidos por los habitantes cercanos.³⁹

Sin embargo, y como se adelantó, este no es el único, ni mucho menos, el argumento central del fallo de Temuco, sino un antecedente más —por cierto, no muy feliz— de aquello que le permitió arribar a la sentencia condenatoria de carácter terrorista.

Así, añade —a mi juicio, correctamente— el tribunal de la Araucanía:

Que puede de igual forma asentarse en esta sentencia, conforme se analizó en el considerando precedente, y de manera contextual, que la utilización del fuego es común a casi la totalidad de los ataques padecidos por el grupo de agricultores mencionados en los asertos reseñados en los considerandos de este acápite, lo que resulta demostrativo que aquel medio resulta utilizado *no solo por su naturaleza estragante, sino que, al valerse del mismo de manera sistemática en el devenir de distintos ataques que según se determinó aumentaron en violencia, aquello resulta sin duda una eficaz herramienta para infundir temor en las víctimas*, cuestión que a su vez trae consigo que en el uso del fuego exista, tanto la intención de que el hecho incendiario sea conocido en su desarrollo y nefastos efectos como se afirmó, pero además, que la población o grupo de agricultores para este caso, sienta temor de ser incendiados, y a partir del hecho *sub litis* ya no solo dependencias de su propiedad, sino también aquellos y estas, conjuntamente.⁴⁰

Con todo, y como se adelantara, la Corte Suprema finalmente desechó el carácter terrorista del atentado incendiario, ya que, a su juicio, no se presentaron elementos suficientes para dar por acreditado el delito terrorista y, especialmente, el elemento subjetivo de causar terror:

39 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando trigésimo quinto. El destacado es nuestro.

40 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando trigésimo quinto. El destacado es nuestro.

Que, como ya se dijo, para satisfacer las exigencias del artículo 1 de la Ley 18.314 y así poder calificar de terrorista la conducta atribuida a los recurrentes, debió necesariamente establecerse por el tribunal *a quo* que la finalidad de los agentes, al ejecutar el hecho punible, haya sido indubitadamente la de causar en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie. Pues bien, no obstante no ser despreciable el contexto aludido en la sentencia revisada (se refiere, como ya se señaló, a los múltiples ataques incendiarios ocurridos en dicha zona), dicho elemento por sí solo impide tener por acreditada tal finalidad, máxime si la intencionalidad exigida por la ley debe necesariamente ser demostrada a través de antecedentes objetivos que no se encuentran presentes en la especie, en cuanto no existen indicios suficientes para darla por establecida. Conforme lo anteriormente razonado, no habiéndose acreditado en autos la intencionalidad de los agentes, mal podría calificarse como conducta terrorista el ilícito que se les imputa.⁴¹

De esta forma, concluye la Corte que «en el proceso no existen elementos indiciarios que permitan concluir la intencionalidad terrorista que exige la ley; siendo insuficiente para ello —acorde a tales requisitos legales— la sola presencia del fuego y sus consecuencias».⁴²

Prueba del elemento subjetivo «causar terror»

Ciertamente, la probanza de un delito terrorista adquiere especial complejidad, ya que aquello que se debe probar es «algo» que se encuentra en el fuero interno del sujeto (*in mente*). Así, y al igual que el dolo —desde su origen romano (el llamado *dolus malus*)— la prueba de un elemento subjetivo ha sido tremendamente problemática, al punto de que se ha planteado como un ejercicio «imposible».⁴³ Sin embargo, y siguiendo a Ragués (1998: 334 y ss.), el mismo derecho romano plantea que la prueba del dolo solo puede acreditarse como algo *ex re*, es decir, «a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por dicho sujeto». En tal sentido, la prueba de los elementos subjetivos ha de pasar

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema, rol 15163-2018, del 10 de octubre de 2018, considerando cuadragésimo cuarto.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, rol 15163-2018, del 10 de octubre de 2018, cuadragésimo séptimo.

⁴³ Famosa es la afirmación clásica *dolus vere probari non potest, cum in animun consistat*. Para más información, véase Hruschka (1976: 25 y 26).

necesariamente por un proceso de valorización de datos de naturaleza objetiva.

Dejando de lado las pruebas *directas*, esto es, aquellas que el juez percibe directamente y sin intermediarios (como la declaración de testigos, la confesión, el informe de peritos, documentos, etcétera), la regla general para la acreditación judicial de un elemento subjetivo requerirá de prueba *indirecta*⁴⁴ y, dentro de esta, especialmente, de la prueba *indiciaria*.⁴⁵

Como afirma correctamente el Tribunal Constitucional español:

La prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos, y especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.⁴⁶

Así, expone Taruffo, la prueba indirecta, indiciaria o «circunstancial» surge cuando las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa. Dicha prueba se denomina *circumstantial* en los sistemas anglófonos, *indizienbeweis* en el sistema alemán, *présomption de l'homme* en Francia y *presunzione semplice* en Italia.⁴⁷

En la prueba indiciaria, agrega Cordón (2011: 81):

Se conocen determinados hechos que no son aquellos sobre los que se funda la causa, es decir, no son los que se pretende constatar; sin embargo, a partir de ellos y mediante una operación mental, el juzgador logra concluir en la verificación del hecho o hechos principales. En otras palabras, en orden a los conceptos expuestos, la prueba indiciaria será

44 Así, para Bentham, la prueba directa es la que se refiere inmediatamente al hecho principal, y la indirecta o circunstancial, la que no refiriéndose al delito que se persigue, se encuentra íntimamente ligada a él, haciendo que surja una presunción más o menos fuerte acerca de la existencia de este último. Según indica, para varios autores, la prueba indirecta se denomina «de presunciones». Para más información, confrontar con Bentham (2003: 30 y 31).

45 Para una revisión completa de la prueba indiciaria, véase la tesis doctoral defendida en Salamanca por Cordón (2011).

46 STC, 174-1985, del 17 de diciembre de 1985. Ponente: Segura Latorres. Citado por Ragués (1998: 368, nota 107).

47 Para más información, confrontar con Taruffo (2008: 105).

siempre indirecta, pues la actividad desplegada con los distintos medios de prueba se dirige a acreditar determinados hechos que servirán de base para, mediante la labor intelectual a cargo del juzgador, lograr su convencimiento con relación a la constatación de otros hechos que son los que la parte interesada persigue tener por ciertos en el proceso para lograr la aplicación de la norma jurídica.

En el caso Lucksinger-Mackay, el ministro Künsemüller, en voto concurrente y desestimando el delito terrorista, sostuvo:

Como lo ha expresado esta Corte en anteriores pronunciamientos, la acreditación en juicio de elementos o factores subjetivos caracterizadores de ciertos delitos, además del dolo, *pasa necesariamente por la prueba indiciaria*, excluidos los casos en que el hechor confiese haber actuado con la intención o propósito exigidos. Que, en consecuencia, cabe examinar si en la especie concurren indicios suficientes, en cantidad y fuerza probatoria, para llevar a la convicción de que los condenados obraron con el preciso propósito —además del dolo de incendiar— de crear temor en el conjunto o en parte de la población.⁴⁸

En contra, y a favor de la categorización como delito terrorista, se pronunció el Tribunal Oral en lo Penal de Angol en 2003, indicando que, de la prueba rendida:

Han quedado demostrados, más allá de toda duda razonable, los hechos que fundamentaron la acusación, tipificando en sus respectivos casos el incendio de la casa habitación del fundo Nanchahue, el incendio forestal del fundo San Gregorio y las amenazas proferidas a los dueños y administradores de esos predios como conductas terroristas, toda vez que las acciones evidencian que la forma, método y estrategia empleados, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes.⁴⁹

48 Sentencia de la Corte Suprema, rol 15163-2018, del 10 de octubre de 2018, voto concurrente del ministro Künsemüller, considerando tercero.

49 Sentencia del Tribunal Oral de lo Penal de Angol, RUC 0100083503-6, del 14 de abril de 2003. El destacado es nuestro.

Señalado lo anterior, y habiendo revisado aquellos elementos que la doctrina y la jurisprudencia han aportado para aproximarnos al concepto de delito terrorista, a saber: supuesto fin subversivo; supuesta necesidad de una agrupación; terrorismo como acción «únicamente» del Estado; naturaleza común y no política de estos ilícitos; y el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente que exige nuestra ley, corresponde ahora plantear la noción material de delito terrorista que aquí se utilizará.

Toma de postura: El concepto material de terrorismo

Aquello que caracteriza al delito terrorista, estimo, radica en la grave afectación de los derechos humanos que implica su comisión. El acto terrorista supone una cosificación de seres humanos inocentes en tanto instrumentos para la consecución de fines ulteriores —sean estos de índole político, religioso, subversivo, medioambiental u otros—, los cuales se persiguen a través de la propagación del terror mediante actos indiscriminados, aleatorios e impredecibles. Y es aquella instrumentalización del ser humano lo que acarrea una carga de reprochabilidad mayor que aquella propia de los ilícitos simples o basales que pueden dar lugar a una conducta terrorista. De ahí la necesidad de una sanción penal más severa ante tales actos.

Y solo así resulta coherente que nuestra Carta Fundamental afirme en su artículo noveno que «el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos». En ese sentido, y a la luz del mandato constitucional en virtud del cual se promulga la Ley Terrorista, parece adecuado recordar el informe que acompañó el anteproyecto de la Comisión Ortúzar al respecto:

El terrorismo es, sin duda, la lacra más atroz que afecta hoy a la humanidad, ya que generalmente sus autores, en el afán de infundir miedo y pánico a la sociedad con el fin de atentar contra la autoridad o lograr otros objetivos políticos, cobran sus víctimas, valiéndose de los procedimientos más crueles y salvajes. Miles de personas inocentes, niños, mujeres, ancianos, han sido víctimas de su violencia despiadada. A través de sus diversas manifestaciones, atenta contra los derechos más sagrados, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, el derecho de propiedad, etcétera.⁵⁰

50 Para más información, véase Silva Bascuñán (1997: 169).

Por otro lado, no es posible, como se ha demostrado, hacer depender la definición y posterior calificación de un delito como terrorista a fines o intencionalidades que nos están comprendidas en el tenor de la ley. Ello atentaría, por cierto, contra el principio de *nullum crimen*. Desde el prisma subjetivo, la ley exige solo la intención de provocar terror, y no que este terror tenga, además, su causa primigenia en fines políticos, religiosos o de otra índole que puedan ser elevados a criterios de *lege ferenda* necesariamente presentes a la hora de juzgar.

En este sentido, la Corte Suprema acierta en el citado caso *Escuela Militar* al señalar:

Que de acuerdo, entonces, al tenor de la norma en análisis, resulta que la conclusión de los jueces del fondo sobre aquello que se denomina como «finalidad terrorista» es acertada, ya que para la legislación nacional el elemento esencial del terrorismo radica *exclusivamente* en el propósito de causar un temor justificado en la población o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad, desde que el artículo 2 de la ley consagra ilícitos con potencialidad para calificarse de terroristas sólo si cumplen con el elemento subjetivo del tipo que establece el artículo 1 de la ley, el que ha de acreditarse en el juicio respectivo [...]. En tales condiciones, el acercamiento del tribunal al concepto de finalidad, definatorio de la conducta pesquisada, aparece como acertado, ya que dichos jueces han atendido a lo que *la ley chilena entiende y sanciona como conducta terrorista*, analizando las definiciones contenidas en las disposiciones legales que rigen la materia, mas no a lo que de *lege ferenda* se entiende por tal. En esos términos, reconducir la finalidad tantas veces citada a la protección de bienes jurídicos distintos de los tenidos en cuenta expresamente para legislar escapa del margen de actuación del sentenciador, constreñido por el sentido literal de la disposición, como punto de partida que, al mismo tiempo, determina su límite; la intención reguladora del legislador y el fin de la norma, determinables en base a la situación histórica, al motivo de la regulación, a las declaraciones sobre este punto del legislador, a una declaración oficial de motivos, y a su contenido mismo, en cuanto aquella esté claramente orientada a un fin.⁵¹

51 Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018, del 13 de junio de 2018, considerando decimoséptimo.

Corolario de lo anterior, un concepto material de terrorismo que respete el mandato constitucional del artículo 9 y, asimismo, no contraríe los elementos típicos exigidos en la ley, sería el siguiente:

Aquel hecho delictivo que, previamente contemplado como susceptible de ser considerado terrorista, se comete con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, ya sea por motivos políticos, religiosos, subversivos u otros, ejecutados en forma individual o colectiva, mediante métodos indiscriminados que suponen la instrumentalización de seres humanos inocentes.

Capítulo 2

El bien jurídico tutelado en el terrorismo

De lo revisado hasta ahora, y dado que no es posible exigir típicamente que la conducta terrorista, para ser tal, se identifique con acciones de carácter subversivas, resulta, a su vez, perentorio concluir que el legislador chileno no considera como bien jurídico protegido por la norma el «orden constitucional democrático u orden político vigente».

En relación con este punto, la Corte Suprema ha dicho que:

Las conductas que el legislador ha de tipificar como delito sobre la base de la habilitación que le ha otorgado la Constitución en su artículo 9, inciso 2, han de relacionarse con el terrorismo, esto es, conductas y actos graves que *lesionan indiscriminadamente bienes jurídicos importantes — como la vida, la integridad física, bienes materiales, sustracción de personas, etcétera—* con el objeto de causar temor o terror en la población, para sojuzgarla y llevar a cabo los planes o propósitos de los terroristas y de su organización.¹

Por otro lado, y en términos recientes, la Corte de Apelaciones de Santiago afirmó, al condenar a Marcela Eugenia Mardones Rojas por el crimen del senador Jaime Guzmán, que:

Es, en consecuencia, un grave atentado además de otros bienes jurídicos, *como el orden público y la paz social*, ya que el crimen del senador Jaime Guzmán obedeció a un plan premeditado de una organización estructurada, con una línea jerárquica compacta, que a todas luces hace responsable de estas acciones armadas a su nivel estratégico superior por las decisiones delictivas que se adopten en su interior, y que luego le son ordenadas al ejecutor inmediato, miembros del movimiento que se mantienen dispuestos a cumplir la orden de cometer el homicidio de un senador de la República, por la vía de la verticalidad del mando, operando con absoluto desprecio por la vida de un ser humano, actuando

¹ Sentencia de la Corte Suprema, del 26 de enero de 1988, RDJ, t. 85, sección quinta, p. 15, en Silva Bascañán (1997: 170). El destacado es nuestro.

con ánimo frío y calculador según se infiere de la cantidad de disparos que efectúan para consumar el delito, que por su naturaleza la comunidad nacional e internacional considera contrario a los derechos humanos y así lo expresa nuestra Constitución Política en artículo 9, inciso 1, al disponer que «el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos» y por ende, la institucionalidad no puede dejar de sancionar los actos terroristas.²

A mi parecer, y acorde a los principales planteamientos dogmáticos propuestos en Chile y a las disquisiciones que se han venido planteando, los bienes jurídicamente tutelados en materia terrorista son múltiples. Se trata de un delito pluriofensivo que abarca la vida, la salud o la integridad física, la propiedad, la libertad de las personas o un grupo de ellas y, en general, la seguridad colectiva de la población, sin perjuicio de que determinados actos, dada su gravedad, puedan eventualmente poner en riesgo el orden constitucional o democrático. Particularmente representativo de esta aproximación resulta el fallo del Tribunal Oral de Santiago al pronunciarse sobre el caso *Bomba Subcentro Estación de Metro Escuela Militar*. Al efecto, señala dicho tribunal:

Que el objeto de protección subyacente en la regulación son los bienes jurídicos trascendentales para la comunidad y el Estado de derecho, como la vida, la salud o integridad física, la propiedad, la libertad de las personas o un grupo de ellas, frente a ataques en los que se persigue infundirles un temor justificado de ser víctimas de otros delitos de similar gravedad, lo que determina que, en la ejecución de estas conductas, se comprometa también la seguridad, como bien jurídico colectivo. Citando en esta parte a doctrina nacional, el fallo hace suyo el razonamiento de un sector de ella conforme al cual la organización del Estado democrático de derecho o el ordenamiento constitucional democrático no constituye un objeto de protección de la regulación citada, en la medida que se constata la falta de relevancia de la finalidad política o político-social perseguida por el autor.³

2 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1532-2018 del 9 de octubre de 2019, considerando sexto.

3 Para más información, véase la sentencia del 6.º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1400674179-8, RIT 64-2017, del 15 de marzo de 2018, citado por Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando decimocuarto.

Capítulo 3

Derecho penal del enemigo y terrorismo: La llamada «tercera velocidad»

En 2016, la justicia española condenó a doce años de cárcel a los chilenos Francisco Javier Solar, más conocido como «Cariñoso», y Mónica Andrea Caballero, más conocida como «Moniquita», por el atentado cometido en 2013 en la Basílica de Nuestra Señora del Pilar de Zaragoza. Fueron declarados culpables de los delitos de lesiones terroristas y daños terroristas. Al momento de la dictación de la sentencia, los condenados proclamaron a viva voz: «Viva la anarquía, muerte al Estado».¹

Pareciera que cierto tipo de fundamentación terrorista —excluidos, en parte, grupos extremistas religiosos como, por ejemplo, el terrorismo yihadista—² repudia la existencia del Estado, busca socavarlo y rechaza los mandatos del ordenamiento jurídico, los cuales, pese a conocer, no les resultan vinculantes.

Las consecuencias de este fenómeno para el derecho penal escaparían a su concepción clásica y los fines de sus penas perderían validez o, al menos, efecto preventivo. Quien actúa en este sentido, pareciera no ser capaz de rehabilitarse y el castigo que sufre, por el contrario, lo tornaría un *mártir* de su causa.

1 Andrea González Schmessane, «Termina juicio de chilenos en España: “Viva la anarquía, muerte al Estado”», *El Mercurio*, 10 de marzo de 2016, disponible en <https://bit.ly/3wwGrWe>.

2 Sobre el origen del terrorismo religioso en Medio Oriente o islámico, véase Zarrouk (2011: 13-46). En términos resumidos, concluye el autor que, la represión del islamismo por parte de los regímenes de los países árabes e islámicos que llegaron a utilizar métodos criminales en su labor fue determinante en lo que se refiere a la radicalización que se efectuó en el nombre del islam. De hecho, hubo dos procesos de mutación hacia el radicalismo violento provocados por el comportamiento de los regímenes árabes. Primero, la transformación de muchos elementos islamistas que pasaron a nutrir las filas de grupos armados después de dar por fracasada la vía de la participación política en la sombra de regímenes totalitarios. Luego, más tarde, algunos *salafíes* tradicionales fueron seducidos por las ideas de grupos terroristas debido a otra razón ajena a la represión del islamismo, pero que tiene mucho que ver con la gestión del campo religioso por los regímenes árabes, especialmente el saudí.

Sobre ello, Silva Sánchez, en su tesis expansiva del derecho penal (Silva Sánchez, 2001: 163 y ss.), habla de la existencia de una *tercera velocidad* del derecho penal. Así, el autor distingue una primera velocidad, representada por el derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; una segunda velocidad para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una *flexibilización* proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una *tercera velocidad* en la que el derecho penal de la cárcel concorra con una relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales (Silva Sánchez, 2001: 263).

Así, este derecho de *tercera velocidad* —derecho penal del enemigo— surgiría como una necesidad, asociada a ciertos límites, para enfrentar determinadas categorías de criminalidad, en especial la criminalidad organizada y el terrorismo, donde el derecho penal clásico parece insuficiente dadas las características del imputado. En términos de Jakobs, dada la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y peligrosidad.

Sin duda, los autores de delitos de carácter terrorista han sido los más recurridos a la hora de representar a estos supuestos *enemigos* de la sociedad y parece necesario discutir propuestas, dentro del marco de un Estado de derecho, que permitan enfrentar desde el derecho penal este tipo de criminalidad.

En adelante, se expondrán las características del derecho penal del enemigo y la posibilidad de reconsiderar sus efectos a la luz del caso chileno, en especial en los delitos de carácter terrorista, respetando los principios de un Estado de derecho.

El derecho penal del enemigo: Características y presupuestos

De acuerdo con Jakobs,³ el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad,⁴ es decir, que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de —como es lo habitual— retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son considerablemente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.⁵ En tercer lugar, determinadas garantías procesales son rela-

3 Para más información, véase Jakobs (2003: 137 y ss.). El concepto *enemigo* utilizado primeramente por Jakobs en el derecho penal no resulta de una mera descripción peyorativa y sus fundamentos escapan a su mero arbitrio. En correspondencia con ello, el autor construye desde Rousseau (1959: 33): «Cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con este, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano». En el mismo sentido, recurre a Fichte (s/f: 260): «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos». El mismo Jakobs toma distancia de estos autores en cuanto a los límites de estas teorías, las que caracteriza como demasiado «abstractas», pues el ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho incluso al *enemigo*. Sobre ello, se muestra más cercano a Hobbes (1980: 260 y ss.), quien en principio mantiene al delincuente en su rol de ciudadano: «El ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición, pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza [...]. Y aquellos que incurrir en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos».

4 En cuanto al amplio adelantamiento de la punibilidad, Jakobs rescata, por una parte, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo ejemplificadores, en el derecho penal alemán, los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129.a StGB) o de producción de narcóticos por bandas organizadas (§§ 30.I.1 y 31.I.1 BtMG). Para más información, véase Jakobs (2004: 43 y ss.).

5 La falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (§§ 129.a.II, 211.I y 49.I.1 StGB) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asocia-

tivizadas o incluso suprimidas, cuyo ejemplo paradigmático sería la incomunicación del procesado (Jakobs y Cancio Meliá, 2003: 25 y ss.).

Con este lenguaje, el Estado no conversa con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus *enemigos*. El enemigo es así un individuo que no solo de manera excepcional o incidental comete determinados ilícitos, sino que los lleva a cabo de manera presumiblemente duradera —se organiza—, abandonando el derecho sin que de él se pueda esperar una respuesta acorde a la amenaza penal, que le es inocua. A ello Jakobs se refiere como la ausencia de una mínima seguridad cognitiva del delincuente,⁶ que, por tanto, pasa a considerarse un *enemigo*.

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal no solo no puede esperar ser tratado como ciudadano, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona,⁷ de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás miembros de la comunidad (Jakobs y Cancio Meliá, 2003: 47).

En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado *comunitario-legal* debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad). En todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede *tratar*, como anota expresamente Kant, «como un enemigo».

Pese a la dureza del lenguaje —personas que no deben ser considera-

ciones terroristas. Para más información, véase Jakobs (2004: 44).

6 Un estado de juridicidad es un estado de validez del derecho; dicha validez puede, ahí está incluso el *quid* de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no solo confirman su identidad personas heroicas, sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia. Para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está por *encima* de la juridicidad; si no, no habría dictaduras (el que es capaz de morir, no puede ser obligado por la fuerza). Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar ha de existir también la de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar. Para más información, véase Jakobs y Cancio Meliá (2003: 47 y ss.).

7 En la traducción de Teresa Manso se dice que «los individuos son actualmente no personas». Según algunos entendidos en la terminología funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza el concepto de persona como equivalente a «sujeto de derecho», es decir, como subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales de él (sobre este concepto de persona en el funcionalismo, confrontar, por ejemplo, con Portillas Contreras en Muñoz Conde (2005: 131, nota 26).

das como tales—, los postulados de Jakobs contarían con una premisa poderosa: el Derecho Penal *común*, si se quiere, de *primera velocidad* o clásico, o en términos de dicho autor, del *ciudadano*, se muestra insuficiente, pues el presupuesto esencial de él no existe. De acuerdo con su configuración normativa de la sociedad (Jakobs, 2004), la norma no solo pierde validez frente al enemigo, sino que es desconocida por aquel de manera permanente como modelo de vida en comunidad. El Estado, como tal, carece de validez y sus normas y presupuestos no les son vinculantes. *Pacto a contrato social* son conceptos que se desconocen: «Viva la anarquía, muerte al Estado».

En dicho estado de cosas, quien ha sido ciudadano deja de serlo, ya que él mismo atenta y busca socavar el modelo de derechos y obligaciones, de límites y de garantías que se aseguran constitucionalmente a todos los ciudadanos. En otras palabras, destaca Jakobs (2003: 45 y 46) que:

Ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la —*sit venia verbo*— neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que, a efectos prácticos, puedan ser tratados actualmente como personas.

Teóricamente y, como lo pretende demostrar Jakobs, la concepción de *enemigo* posee relevantes aspectos que, incluso desde la filosofía jurídica, deben ser considerados.⁸ Pese a ello, tal concepción no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales pasamos a revisar.

Principales críticas al derecho penal del enemigo

Resulta evidente cuestionarse acerca de los presupuestos que se encuentran en los cimientos del derecho penal del enemigo, primero dados los posibles conflictos que dicha teoría encuentra en la dignidad humana y

⁸ Para Muñoz Conde, quien de alguna manera se «enfrentó con Jakobs», las citas de autoridad a las que recurre Jakobs nada dicen sobre el fondo del asunto —haciendo referencia especialmente a la cita de Kant con que Jakobs contesta a Muñoz, haciéndole notar *die Absurdität Ihrer Deutung* «la absurdidad de su interpretación»—, tornando para Muñoz vacíos los argumentos *iusfolosóficos* a que recurre el derecho penal del enemigo. Para más información, véase Muñoz Conde (2005: 123 y ss.).

en principios como el de igualdad ante la ley, debido proceso, proporcionalidad, etcétera. Asimismo, y como efecto de lo anterior, los problemas de constitucionalidad que implican el desconocer la calidad de persona a este *enemigo*.

Cancio Meliá (2003: 88), entre otros, critica la concepción pseudoreligiosa con la que se demoniza al enemigo, quien más que una fuente de peligro se reconoce como un problema de *competencia normativa del agente* mediante la atribución de *perversidad*. En este sentido, la carga genética del *punitivismo*, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad, se recombina con la del derecho penal *simbólico* —la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social— dando lugar al código del derecho penal del enemigo.

Por otro lado, critica el mismo autor, se estarían considerando en la base de la tipificación, además del *hecho*, otros elementos que se rescatan a partir de las características que debe poseer este *enemigo* —*derecho penal de autor*—, peligrando o cuestionándose el mandato de determinación que exige el principio de legalidad (Jakobs y Cancio Meliá, 2003: 88).

El mismo autor cuestiona los factores ideológicos que le han servido de base a la teoría —haciendo especial referencia al caso colombiano y a cómo el Tribunal Constitucional de dicho país ha declarado inconstitucional algunas normas de este tipo— y, en general, que el derecho penal del enemigo no aportaría como un recurso disuasivo o preventivo general en la comisión de estos hechos, sino solo un *demonizador de determinados grupos de infractores* (Jakobs y Cancio Meliá, 2003: 90 y ss.).

En Chile, algunos cuestionan el derecho penal del enemigo, pues el mismo atentaría contra la dignidad humana, siendo, por tanto, inconstitucional (Núñez, 2009: 383 y ss.).⁹ Una primera incompatibilidad entre el derecho penal del enemigo y la dignidad humana consistiría en que este promueve una segmentación de los miembros de la sociedad. Se trata de una regulación jurídica de las relaciones e instituciones sociales que tiende a excluir del acceso de ciertos bienes —específicamente del ejercicio de algunos derechos fundamentales— a ciertos individuos,

9 Concluye este autor que el denominado derecho penal de enemigo —al menos algunas de sus manifestaciones— presenta diversas y profundas tensiones con el concepto de dignidad humana, razón por la cual, al ser aquel un concepto constitucionalizado convierte en inválida cualquier iniciativa de su promulgación como norma vigente en un Estado constitucional garantista (y dignatario) de derecho.

todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social (Núñez, 2009: 400).

Revisando aquellas legislaciones que han tomado dicho rumbo y, como se adelantaba, Muñoz Conde critica de manera profunda los postulados del derecho penal del enemigo. En especial y, como caso paradigmático, el de las políticas de detención de Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre y las posteriores sentencias de la Corte Suprema en los casos *Hamdi*, *Padilla* y *los detenidos en la Base de Guantánamo*.¹⁰

Señala el autor que una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre «ciudadanos» y «enemigos» (o «amigos» y «enemigos» en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt) como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y las garantías fundamentales propias del Estado de derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcéte-

10 Para más información, contrastar con *Rasul con Bush*, 124 S.Ct.2686 del 28 junio de 2004; *Hamdi con Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 del 28 junio de 2004) y *Rumsfeld con Padilla*, 124 S.Ct. 2711 del 28 junio de 2004. Como destaca Muñoz Conde, la decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana. Para la inmensa mayoría de los jueces integrantes de la Corte (la votación fue de ocho a uno), un ciudadano norteamericano tenía siempre derecho a plantear, en caso de detención gubernativa, un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el artículo 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana solo suspende este derecho en caso de «rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública», y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el juez Scaglia, y a él se adhirieron los jueces Rehnquist y Thomas. Para el juez Scaglia, el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de *Hamdi* tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismos derechos que estos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Para más información, véase Muñoz Conde (2005: 129).

ra), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo (Muñoz Conde, 2003: 132 y 133).

En este sentido, afirma Muñoz Conde, no parecería recomendable un derecho penal cuyo presupuesto sea el desconocimiento de la calidad de *persona* de este *enemigo*, incluso como categoría jurídica en el modelo de Jakobs —no persona como *no sujeto de* derecho, imposibilidad psíquica de seguridad cognitiva o inmune a los postulados del derecho—, pues resulta inviable desde el prisma de la dignidad humana distinguir, clasificar o excluir personas o grupos de personas mediante un trato diferenciado en su calidad de individuo. Ello, concluye Muñoz (2003: 100 y ss.), resulta inadmisibles, pues implica un derecho penal —solo— de autor.

Recurso al derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho

La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿Es posible recurrir a los efectos de un derecho penal del enemigo como herramienta para sancionar conductas terroristas respetando los postulados de un Estado de derecho? Esto es, ¿sí es válida una respuesta más poderosa del derecho penal —un derecho penal de *tercera velocidad*— para enfrentar una determinada criminalidad? Creo que la respuesta debe ser positiva.

Como se indicó, incluso respetando el principio de igualdad ante la ley, sí es posible discutir y eventualmente configurar —con respecto a personas o grupos de personas— normas penales que se asemejen a los efectos o herramientas de aquella propuesta punitiva de Jakobs, adelantando la punición, incrementando penas o incluso restringiendo garantías constitucionales, no sobre la base de su categorización como *no personas*, sino sobre la base de otros presupuestos, como el de igualdad ante la ley, proporcionalidad o sencillamente postulados de política criminal.

En Chile, Carnevali sostiene una hipótesis similar a la aquí esbozada, ya que reconoce también las dificultades del derecho penal clásico para

enfrentar las nuevas formas de criminalidad. El profesor de Talca afirma que siempre se ha entendido —incluso por pensadores de la Ilustración— que existen ciertos comportamientos que requieren de un tratamiento más riguroso. El propio Beccaria individualizaba a los delitos de lesa majestad como aquellos que destruyen a la sociedad y a quienes la representan, siendo, por tanto, los más dañosos. Es más, siendo en general contrario a la pena de muerte, sostenía que en algunos casos podía estimarse necesaria cuando los intereses de la seguridad de la nación así lo reclamaban. Por tanto, no parece cierto que se estaría traicionando el ideario iluminista (Carnevali, 2010: 118).

Y más adelante agrega:

Por otro lado, tampoco es admisible que se plantee que un derecho penal de doble criminalidad se opone al Estado de derecho. Precisamente, cuando autores como Jakobs, Silva Sánchez o Viganò argumentan en este orden lo hacen pensando en un derecho penal propio de un régimen democrático, recurriendo a todas sus instituciones. Sostener lo contrario, es caer en discursos ideológicos inconducentes (Carnevali, 2010: 119).

Por ello, distinguir punitivamente la dirección de ciertas normas penales para atacar determinadas formas graves de criminalidad no implica *per se* un atentado a la dignidad de las personas o la vulneración de determinadas garantías constitucionales.

En este sentido, recordemos que nuestro Tribunal Constitucional ha estipulado de manera más o menos uniforme que la igualdad ante la ley en ningún caso supone igualdad universal:

Que ha precisado al respecto esta Magistratura que «la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario» (Rol 986/2008).

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado que: «no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados» (Sentencia del Tribunal Constitucional, 128/1987).¹¹

Asimismo, la proporcionalidad en ningún caso implica la proscripción de elevación de penas en determinados casos. En efecto, el Tribunal Constitucional chileno ha señalado en un fallo reciente:

La proporcionalidad, para efectos constitucionales, alude a cosas distintas. Una primera dimensión dice relación con el principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional, para lo cual analizan total o parcialmente variables tales como, por ejemplo, la idoneidad o necesidad de una medida y/o clasificación legal en relación al fin buscado. Una segunda dimensión, a su vez, hace referencia al principio de proporcionalidad como prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones (en este caso, penales), la cual se mide en consideración a la gravedad del delito; que esta segunda versión del principio de proporcionalidad tiene un rol esencialmente limitador. Y, en el sentido recién expuesto, la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad constitucional en base al cual contrastar (de modo relacional) soluciones legislativas incidentes en la determinación de las penas; que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito.¹²

En efecto, el aumento de penas, el adelantamiento de la punibilidad en determinados y justificados casos, o la flexibilización de garantías no implica necesariamente asir o compartir los postulados de un derecho penal del enemigo tomando como premisa el desconocimiento a la categoría de *persona* del individuo. Al contrario, el mayor injusto que representan los delitos terroristas necesariamente debe ir acompañado de un mayor reproche, sin que ello signifique desconocer la calidad de persona del agente.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2983, del 13 de diciembre de 2016.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2995, del 27 de marzo de 2017.

Por ello, sí parece posible una normativa, amparada en principios constitucionales, que trate de manera diferente —herramientas del derecho penal del enemigo— a quien se comporte de manera diferente —terrorista— en pleno respeto con el principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad y dignidad. Quien se organiza para cometer esta clase de delitos, difícilmente responderá de la misma manera a la amenaza penal común. Una mayor respuesta punitiva no parece descartable a la luz de esta realidad.

Asimismo, dicho aumento o adelantamiento de la punibilidad, atendidas las particularidades del hecho cometido, no parece —en principio— atentar contra la proporcionalidad, siempre que dicho aumento no responda al mero arbitrio, sino a los efectos propios de la actividad terrorista.

Derecho penal del enemigo en nuestra legislación

Para el derecho penal chileno el concepto no es novedoso y, por ello, no debiese llamar la atención. Nuestra legislación reconoce esta *tercera velocidad* o derecho penal del enemigo en múltiples normas.¹³

Así, la misma Ley 18.314 o Ley Terrorista consagra, en su artículo 3 bis, una elevación de penas tratándose de ciertos delitos —ya tipificados por la ley común—, pero que se cometan con la finalidad de provocar temor fundado en toda o una parte de la población de ser víctimas de delitos de esta especie. En efecto, la norma señala:

Artículo 3 bis. Para efectuar el aumento de penas contemplado en el artículo precedente, el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no se hubiere tratado de delitos terroristas, y luego la elevará en el número de grados que corresponda.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la ley se remite directamente a nuestra Carta Fundamental, la cual consagra, entre otras, inhabilidades de hasta quince años para ejercer cargos públicos:

13 Como destaca Carnevali (2010: 118 y 119) citando a Silva Sánchez, como se ha dicho hasta el cansancio, el «viejo y buen derecho penal liberal» que se cimenta sobre estrictas garantías frente al poder punitivo del Estado nunca ha existido. Incluso los procesos codificadores que tuvieron lugar durante el siglo XIX, y que recogieron los principios de ascendencia iluminista, también dispusieron de sendos títulos referidos a los delitos contra la seguridad del Estado, con reglas especiales y más rigurosas que respecto de los delitos «tradicionales».

Artículo 5. Sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan de acuerdo con las normas generales, a los condenados por alguno de los delitos contemplados en el artículo 1 y 2 les afectarán las inhabilidades a que se refiere el artículo 9 de la Constitución Política del Estado.¹⁴

Se reconoce, asimismo, un claro adelantamiento de la punibilidad en la Ley Terrorista chilena al sancionar expresamente la *conspiración*. Recordemos que nuestro Código Penal trata la conspiración de manera excepcional, señalando, en su artículo 8, que «la conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente».

En efecto, la Ley Terrorista adelanta la punibilidad de estas conductas, incluso sancionando la *amenaza*. Así, su artículo 7 reza:

Artículo 7. La tentativa de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley se castigará con la pena asignada al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. La conspiración para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados. Lo expuesto en el presente inciso es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 bis.

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley será sancionada con las penas de la tentativa del delito respectivo, sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo con el artículo 296 del Código Penal.

¹⁴ Artículo 9 de la Constitución. El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá con respecto a ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

A mayor abundamiento y, flexibilizando ciertas garantías de carácter procesal del imputado por delito terrorista, el inciso primero y segundo del artículo 11 de la Ley Terrorista consagran:

Artículo 11. Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación.

En la misma resolución que amplíe el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que el detenido sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar, una vez formalizada la investigación, el artículo 14 de la ley señala:

- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
- Establecer restricciones al régimen de visitas.
- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

Finalmente, y entre otras cosas, la ley consagra reglas especiales de protección de identidad de testigos y peritos (artículos 15 y siguientes) para que, por ejemplo, no conste en los registros de las diligencias que se practiquen: sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, incluso con cambio de identidad tras el juicio.

Con similares características y fuera de la Ley Terrorista, nuestra normativa sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Ley 20.000, consagra normas que reflejan actualmente características propias de un derecho penal del enemigo, con un claro aumento de penas (artículo 19, que consagra circunstancias agravantes especiales) y un llamativo adelantamiento de la punibilidad, incluso asimilando la consumación a la tentativa. En efecto, las normas consagradas en los artículos 17 y 18 rezan, respectivamente:

Artículo 17. La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado.

Artículo 18. Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

Y reglas similares a estas es posible encontrar, por ejemplo, en el artículo 23 de la Ley 12.927 (sobre seguridad interior del Estado), disposición que sanciona expresamente la «proposición» y «conspiración» para cometer algunos de los delitos contenidos en dicha ley; el artículo 17 b de la Ley 17.798 sobre control de armas, que fija reglas especiales en materia de concurso de delitos y de determinación de penas; así como el artículo 19 b de la misma ley, regla que hace aplicable a la investigación en materia de control de armas las técnicas especiales del Título II de la Ley 20.000, sobre drogas.

En este sentido, las propuestas punitivas del derecho penal del enemigo se manifiestan sobradamente en nuestro ordenamiento, sin que por ello se vulnere o desconozca la categoría de *persona* a quienes atentan contra bienes jurídicos de manera radical, o cuyas conductas resultan especialmente peligrosas para el Estado de derecho, siendo válido acudir a sus mecanismos dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, principios sustantivos y procesales y dignidad humana.

Así, el derecho penal del enemigo, propuesto primeramente por Jakobs, propone un adelantamiento de la punibilidad, aumento de penas y limitación de ciertas garantías constitucionales, especialmente de carácter procesal, en atención a la mínima seguridad cognitiva que presentan determinados sujetos —*enemigos*—, ya que, de acuerdo con su configuración normativa de la sociedad y dada la especial peligrosidad que representan, no es posible considerarlos como *sujetos de derecho*.

Sin embargo, no es posible sustentar un derecho penal del enemigo, categorizando y excluyendo del marco de garantías a determinadas personas, ya que ello vulnera principios arraigados en nuestra Constitución. En este sentido, postular como una *no persona* al terrorista —aun cuando se haga en términos teóricos— resulta inadmisibles en un Estado de derecho.

No ocurre lo mismo con las *herramientas* normativas que entrega el modelo de Jakobs para enfrentar determinados tipos de criminalidad, pues algunos de sus postulados son difícilmente cuestionables y mere-

cen ser reconsiderados en el marco, como denomina Silva Sánchez, de un derecho penal de *tercera velocidad*, dadas las insuficiencias del derecho penal clásico o liberal para enfrentar el terrorismo.

Capítulo 4

Evolución de la Ley 18.314 y contexto actual del terrorismo en Chile

La Ley 18.314 que «determina conductas terroristas y fija su penalidad» fue publicada el 17 de mayo de 1984 y su autoría corresponde a la Junta de Gobierno del régimen militar (1973-1990). Dicho cuerpo legal contemplaba originalmente diecisiete artículos más un artículo transitorio (relativo al conocimiento de los procesos que ya estaban siendo conocidos en virtud del Decreto Ley 3.627 de 1981).

En cuanto a su origen, la Ley Terrorista surge del mandato constitucional contemplado en el artículo noveno de la Carta Fundamental de 1980, disposición que, como sabemos, afirma que: «El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos». A su vez, la primera parte del inciso 2 expresa: «Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad».

Pese a ello, la Constitución chilena no definió qué ha de entenderse por terrorismo, sino que lo dejó a la precisión del legislador. Al respecto, sin perjuicio de lo anterior, el informe que acompaña el anteproyecto de la Comisión Ortúzar expresó:

El terrorismo es, sin duda, la lacra más atroz que afecta hoy a la humanidad, ya que generalmente sus autores, en el afán de infundir miedo y pánico a la sociedad con el fin de atentar contra la autoridad o lograr otros objetivos políticos, cobran sus víctimas, valiéndose de los procedimientos más crueles y salvajes. Miles de personas inocentes, niños, mujeres, ancianos, han sido víctimas de su violencia despiadada. A través de sus diversas manifestaciones, atenta contra los derechos más sagrados, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, al derecho de propiedad, etcétera. Las depredaciones que este último sufre sirven para financiar sus acciones delictivas. En sus tenebrosos procedimientos, como el asalto, el secuestro o la toma de rehenes, el asesinato, la masacre, el incendio, el sabotaje, etcétera, las víctimas son indeterminadas, en cuanto al terrorista no le guía otro propósito que el de provocar el pavor y la alarma pública, para crear, con la desgracia, conmoción y

graves problemas a la autoridad. Otra característica del terrorismo moderno es su organización internacional, pues, por lo general, responde a la inspiración ideológica totalitaria (Silva Bascuñán, 1997: 168 y 169).

Con todo, uno de los primeros fallos en Chile que versa sobre terrorismo es anterior a la Ley 18.314. La Corte Suprema, ya en 1957 sentenciaba:

En un sentido restringido, los atentados terroristas son actos criminales cometidos solamente, o principalmente, con un propósito de alarma (elemento subjetivo), por el empleo de métodos capaces de crear un estado de peligro común (elemento objetivo). Desde el punto de vista psicológico, internacional, el terrorismo tiende a causar pavor, pánico, alarma, que se traduce en un peligro común. La infracción política realizada por el método terrorista cesa de ser tal y pasa a ser común. La infracción terrorista presenta cierta analogía con la infracción política en cuanto a su base teórica, pero el método (el terror) corrompe, transforma y desnaturaliza la infracción en una de derecho común. Este método suprime el carácter ideológico de la infracción y hace del terror el elemento preponderante del acto.¹

Ya en vigor la Ley Terrorista en 1984, esta contemplaba en su artículo 1, dieciséis números que daban cuenta —en términos objetivos— de aquellos delitos que constituían ilícitos terroristas. Entre los delitos más importantes se sancionaban los atentados en contra de la vida o la integridad corporal del jefe del Estado (numeral 1); los que atentaren en contra de la vida o integridad corporal de los ministros y subsecretarios de Estado, los miembros del Consejo de Estado, los senadores y diputados [...], entre otras autoridades (numeral 2); los que atentaren en contra de una aeronave en vuelo o en servicio (numeral 4); alguno de los delitos de secuestro contemplados en el artículo 5, letra b, de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado (numeral 5); los que con un fin revolucionario o subversivo y por cualquier medio destruyan, inutilicen, paralicen o dañen medios de transporte marítimo, aéreo o terrestre (numeral 9); y los que hicieren la apología del terrorismo (numeral 13), entre otros.²

1 Sentencia de la Corte Suprema, del 24 de septiembre de 1957, RDJ, t. 54, sección 4.^a, p. 197, citado por Silva Bascuñán (1997: 169).

2 Para el catálogo completo de las conductas terroristas bajo el imperio del texto original de la Ley 18.314, véase <https://bit.ly/3WHVJCW>.

La técnica legislativa allí contemplada, como se ha señalado, se reflejó en un catálogo de ilícitos que, en términos objetivos —esto es, sin hacer mención a la intención del sujeto como elemento subjetivo necesario para la tipicidad—, elevaban a la categoría de terrorista ciertas conductas de carácter grave, que, por el solo hecho de llevarse cabo, eran susceptibles de tal categorización, por ejemplo el homicidio de un senador o quienes enviaren cartas o encomiendas explosivas. Lo anterior, sin perjuicio de que el texto original también contemplaba como terrorista, en su numeral 16, «los que provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos».

Aplicación de la Ley 18.314 entre 1984 y 1990 y las principales modificaciones llevadas a cabo por la Junta de Gobierno

Durante este período, los casos más relevantes en que se recurriría a la aplicación de la Ley Terrorista se produjeron a propósito de atentados del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), entre los que es posible destacar el asesinato del teniente coronel de Ejército y director de la Escuela de Inteligencia Militar, Roger Vergara Campos, mismo atentado en que se produjeron lesiones graves a su chofer, el sargento segundo de Ejército Mario Espinoza Navarro, propiciado el 15 de julio de 1980 por parte del MIR;³ el asesinato del general e intendente de Santiago, Carol Urzúa y sus escoltas, Carlos Manuel Riveros (cabo primero de Ejército) y José Domingo Aguayo (cabo segundo de Ejército) ocurrido el 30 de agosto de 1983, también por parte del MIR;⁴ el asesinato de tres profesores, José Manuel Parada, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino, más conocido como el caso *Degollados*, perpetrado por miembros de Carabineros en 1985;⁵ el atentado al general Pinochet ocurrido el 7 de septiembre de 1986 por parte del FPMR y en el que fallecieron cinco escoltas,

3 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987.

4 Sentencia Corte Marcial del 19 de agosto de 1988, citado por Villegas (2018: 516).

5 Sentencia de ministro en visita extraordinaria Milton Juica, rol 118-284, del 31 de marzo de 1994, citado por Villegas (2018: 509). Pese a la fecha en que ocurrieron los hechos, al momento de dictación de la sentencia ya se encontraba vigente la reforma producida por la Ley 19.027 de 1991.

Pablo Silva (cabo primero de Carabineros), Cardenio Hernández (cabo primero de Ejército), Gerardo Rebolledo (cabo primero de Ejército), Miguel Guerrero (cabo primero de Ejército) y Roberto Rosales (cabo segundo de Ejército);⁶ el secuestro del coronel de Ejército Carlos Carreño propiciado el 1 de septiembre de 1987 por parte de miembros del FPMP;⁷ y el asalto al retén Los Queñes perpetrado el 21 de octubre de 1988, ocasión en que se asesinó al cabo segundo de Carabineros Juvenal Vargas, también a manos del FPMP.⁸

Con respecto al fallo que condenó el homicidio-terrorista del teniente coronel Roger Vergara, quien fuese acribillado en 1980 por miembros del MIR mientras transitaba junto a su chofer por Avenida Manuel Montt en la comuna de Providencia, existen a lo menos cuatro aspectos relevantes a considerar.

El primero radica en que este fue uno de los primeros fallos en que se calificaron los hechos como terroristas conforme a la concepción de terrorismo original de la Ley 18.314 (el siguiente fallo —a propósito del atentado a Pinochet— fue dictado ya de regreso a la democracia y estando vigente la reforma de 1991).

En segundo término, resulta especialmente llamativo que la Corte de Apelaciones, al establecer la calificación jurídica de los hechos, optara por dar aplicación a la Ley Terrorista por resultar esta *más benigna* que la ley originalmente aplicada en primera instancia (a saber, la Ley 17.798 sobre control de armas), pese a que la Ley Terrorista, al igual que esta última, consagraba como pena máxima la de muerte, toda vez que el homicidio recayó sobre un funcionario de las Fuerzas Armadas.⁹

6 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 920-1992, del 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio.

7 Para más información, véase SCS, rol 1742-1987 del 31 de julio de 1991, sin perjuicio de que, en este caso, al igual que en el caso *Degollados* y el atentado contra Pinochet, a la fecha de la sentencia ya se encontraba vigente la modificación producida por la Ley 19.027.

8 Sentencia de ministro en visita extraordinaria Villavicencio, rol 15.236, del 1 de abril de 1992. Con cita a este y otros casos, véase Villegas (2018).

9 Pese a que la Corte no desarrolla en detalle el razonamiento que la lleva a considerar que la pena contenida en la Ley Terrorista era más benigna que la contemplada en el ya derogado artículo 16 de la Ley de Control de Armas —lo que resulta paradójico pues ambas disposiciones contemplaban como pena máxima la de muerte—, es posible concluir que tal decisión se fundó en que, en el caso de la Ley Terrorista, la pena por homicidio terrorista de un uniformado comenzaba en una escala menor (presidio mayor en su grado máximo a muerte); en cambio, tratándose del artículo

En efecto, los motivos que esgrimió la Corte para dar aplicación a la Ley Terrorista —por sobre la Ley de Control de Armas— fueron los siguientes:

1. Que en el mes de septiembre de 1984 se derogó el artículo 16 de la Ley 17.798, tipo penal por el cual se condenó al reo García Herrera, en la sentencia de primer grado, a la pena de muerte. En mayo del mismo año, entró en vigor la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, que si bien contiene una penalidad muy severa, no es menos efectivo que la ley vigente a la fecha del delito es de mayor rigurosidad en materia de la pena capital; de tal suerte que de su aplicación en el caso sublite y en virtud de las circunstancias concurrentes, resulta que debe imponerse al reo esta necesariamente;
2. Que del estudio comparativo de ambos textos legales, las consideraciones de la motivación precedente adquieren especial relevancia atendida la penalidad con que se castiga actualmente el atentado terrorista a personal de las Fuerzas Armadas en su calidad de tal, siendo más benigna la sanción penal en lo que dice relación con la aplicación de la pena de muerte, contenida en el artículo 2 de la Ley 18.314, debiendo arreglarse, en consecuencia, a dicho texto el juzgamiento de este ilícito penal, en virtud de lo señalado en el artículo 18 del Código Penal y el artículo 19, número 3, de la Constitución Política de la República de Chile; [...]
9. Que, la mayoría de este Tribunal de Alzada llega a la conclusión de que debe aplicarse al encausado la pena capital no tan solo por los motivos expuestos en los razonamientos precedentes, sino por cuanto los antecedentes demostrados por el sentenciado antes y después de ocurridos los hechos, según consta de las certificaciones de fs. 638 a 646, dejan en evidencia que se trata de un individuo que ha hecho del delito terrorista la razón de ser de su existencia y que no ha revelado arrepentimiento, sino que, por el contrario, perseverancia y contumacia en su actuar ilícito.¹⁰

Por otro lado, y en tercer lugar, el fallo resulta encomiable toda vez que rechaza la aplicación de la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, a pesar de que el condenado «carecía» de antecedentes penales por haber sido favorecido con la Ley de Amnistía. El

16 de la Ley 17.798, la pena de muerte estaba contemplada como pena única. Con todo, la pena capital no fue finalmente aplicada en este caso.

¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987, considerando primero, segundo y noveno.

tribunal argumenta —a mí parecer, correctamente— que tal beneficio no impide considerar la actividad delictiva pretérita del sujeto.

En tal sentido, la Corte argumentó:

Que este Tribunal de Alzada concuerda con la motivación 22 de la sentencia que se revisa, en orden a no acoger la minorante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior, toda vez que si bien el reo carece de anotaciones prontuariales por haber sido favorecido con la Ley de Amnistía con respecto al delito de sedición o motín a que fuera condenado en 1973, no pueden estos sentenciadores estimar que la conducta del encausado, entendida como la manera de dirigir su vida anterior, tenga algún mérito positivo o no merezca reproche en virtud de la cual pueda tenerse por disminuida su responsabilidad penal. El solo hecho que este reo hubiera pertenecido al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, en uno de cuyos comandos terroristas se planificó el brutal asesinato del teniente coronel Vergara, y además el haber intervenido en hechos ilícitos anteriores y posteriores a este delito, y que son materia de procesos aún no afinados, en muchos de los cuales se produjo el resultado de muerte, impide a esta Corte acoger la citada atenuante. Que, a mayor abundamiento, el derecho de gracia que el Estado otorga con la amnistía a los que han violado las leyes penales, no permite argumentar que este perdón alcance al reproche moral de dicha conducta.¹¹

Finalmente, resulta necesario destacar que el fallo de la Corte de Apelaciones aquí aludido recurre a distintos criterios para dar por acreditado el delito terrorista, entre los cuales hace mención a ciertas exigencias de índole subjetiva ya presentes en el texto original, pero que, sin embargo, suelen pasar desapercibidas. Me refiero, en especial, al ánimo de causar temor en la población (presente de manera particular en el numeral 15 del art. 1 original) y a los móviles subversivos que habrían motivado el atentado (numeral 9 del art. 1, también de la versión original), elemento este último que, como sabemos, no es parte de la estructura típica actual del delito terrorista.

Sobre ello, la Corte afirma:

Que el mérito del proceso permite sostener con certeza que el atentado a las víctimas, con resultado de muerte y lesiones graves, constituye una

¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987, considerando sexto.

acción terrorista destinado a impactar a la opinión pública e intimidar a la población, con un claro propósito político; acciones que por esencia son contrarias a los derechos humanos, lo que obliga a esta Corte a dictar una sentencia ejemplarizadora y justa, en defensa del orden social, a fin de desalentar, en alguna medida, la repetición de estos hechos de violencia.¹²

Por su parte —y de acuerdo con lo adelantado—, en el caso del atentado a Pinochet en 1986, paradójicamente *no* se aplicó la Ley Terrorista dadas las nuevas exigencias típicas insertadas por la Ley 19.027 de 1991. En efecto, dado que esta modificación trajo consigo la exigencia de elementos subjetivos ausentes en el texto original, la nueva estructura típica del delito terrorista vino a favorecer a los autores del atentado, quienes, por ello, fueron condenados solo por delitos reiterados de homicidio calificado. Sobre el contenido de la reforma llevada a cabo en 1991 y los argumentos para no aplicar la Ley Terrorista en el atentado a Pinochet, nos referiremos en el acápite siguiente.

Señalado lo anterior, corresponde ahora referirnos a las principales modificaciones que sufrió la Ley Terrorista desde su entrada en vigencia y hasta 1990. Todo esto se puede apreciar en la **tabla 1**.

Así, las primeras modificaciones realizadas a la Ley 18.314 fueron llevadas a cabo por la Junta de Gobierno entre 1986 y 1990. Estas modificaciones son las siguientes: Ley 18.585 del 19 de diciembre de 1986, Ley 18.925 del 20 de febrero de 1990 y Ley 18.937 del 22 de febrero de 1990.

Con la Ley 18.585 se creó el cargo de «abogado procurador general de la República», el que fuese ejercido únicamente por el abogado Ambrosio Rodríguez (1986-1990). Sin embargo, cuatro años más tarde, la misma Junta, a través de la Ley 18.925 de 1990, suprimió dicho cargo, por lo que su interés no excede de su mero valor histórico.

La siguiente modificación —por cierto, de mayor relevancia que las anteriores— la llevó a cabo la Junta de Gobierno mediante la Ley 18.937 del 22 de febrero de 1990, la cual modificó de manera importante la Ley Terrorista al derogar los numerales 3, 7, 8, 12, 13, 14 y 16 del artículo 1. En tal sentido, a partir de esta reforma, dejaron de ser considerados como delitos terroristas el de envenenamiento de alimentos, medicamentos, aguas o fluidos destinados al consumo de la población (contenido en el

12 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987, considerando octavo.

Tabla 1. Modificaciones a la Ley Terrorista por parte de la Junta de Gobierno

Ley modificatoria	Autor	Principales modificaciones
Ley 18.585 del 19 de diciembre de 1986	Junta de Gobierno	Crea el cargo de abogado procurador general de la República
Ley 18.925 del 20 de febrero de 1990	Junta de Gobierno	Suprime el cargo de abogado procurador general de la República
Ley 18.937 del 22 de febrero de 1990	Junta de Gobierno	Deroga los delitos contenidos en los numerales 3, 7, 8, 12, 13, 14 y 16 del artículo 1 de la Ley 18.314. Deroga los artículos 3, 6, 8 y 9 de la Ley 18.314

numeral 8) y el más criticado tipo penal de *hacer apología del terrorismo* (contenido en el numeral 13 del artículo 1), entre otros.

Asimismo, la Junta derogó los artículos 3, 6, 8 y 9 de la ley, los cuales regulaban la determinación de la pena para los cómplices (que se igualaba a la de los autores); la determinación de la pena con respecto al delito frustrado y la tentativa (que se igualaba a la del delito consumado, aunque rebajada hasta en dos grados); el delito de omisión de informar a la autoridad de todo plan o actividad terrorista de la cual se tomara conocimiento; y el delito de ser activista de doctrinas que propugnen la violencia, respectivamente.

Las siguientes modificaciones de relevancia a la Ley Terrorista fueron llevadas a cabo en democracia —a partir de 1991— y se pueden ver en la **tabla 2**.

Como se ha señalado, desde su promulgación la Ley Terrorista ha sido objeto de a lo menos once modificaciones legales directas, tres de las cuales ya fueron objeto de mención a propósito de los cambios efectuados por la Junta de Gobierno y ocho llevadas a cabo en democracia, siendo estas últimas las siguientes:

- Ley 19.027 del 24 de enero de 1991, que modifica Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.
- Ley 19.241 del 28 de agosto de 1993, que modifica artículos que indica del Código Penal y de la Ley 18.314.
- Ley 19.806 del 31 de mayo de 2002 sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.
- Ley 19.906 del 13 de noviembre de 2003, que modifica la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, en orden a sancionar más eficazmente

Tabla 2. Principales modificaciones a la Ley 18.324 en democracia

Ley modificatoria	Autor	Principales modificaciones
Ley 19.027 del 24 de enero de 1991	Congreso Nacional	Deroga el catálogo contenido en el artículo 1 de la ley, reemplazándolo por una definición de terrorismo que exige la concurrencia elementos subjetivos. Agrega un nuevo artículo 2 que contiene un catálogo de delitos con respecto a los cuales, concurriendo alguna de las finalidades ya contenidas en el artículo 1, serán considerados como delitos terroristas. Reemplaza el artículo 7 a propósito de la eliminación de la punición de la proposición de cometer un delito terrorista (mantiene solo la conspiración).
Ley 19.241 del 28 de agosto de 1993	Congreso Nacional	Agrega al número 5 del artículo 2 un nuevo párrafo de acuerdo con el cual todo delito de secuestro o sustracción de menores llevado a cabo por una asociación ilícita terrorista sería considerado como delito terrorista (luego derogado en 2010 por la Ley 20.467).
Ley 19.806 del 31 de mayo de 2002	Congreso Nacional	Establece normas adecuadoras del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal.
Ley 19.906 del 13 de noviembre de 2003	Congreso Nacional	Agrega un nuevo tipo penal —contenido en el artículo— que sanciona el financiamiento del terrorismo.
Ley 20.074 del 14 de noviembre de 2005	Congreso Nacional	Modifica los códigos procesal penal y penal, y modifica el encabezamiento del artículo 14 de la Ley 18.314 en relación con las medidas que puede solicitar el Ministerio Público una vez decretada la medida cautelar de prisión preventiva.
Ley 20.467 del 8 de octubre de 2010	Congreso Nacional	Reemplaza el artículo 1 de la Ley Terrorista, fijando el concepto y los requisitos típicos que actualmente exige la ley para referirse al terrorismo. Asimismo, reemplaza los numerales 1 y 4 del artículo 2 de la ley. Se sustituye el artículo 7 en relación con la penalidad de la tentativa, la conspiración y la amenaza de delito terrorista. Un nuevo artículo noveno que contempla la exención de responsabilidad penal para quien se desistiere de la tentativa de cometer un delito terrorista, entre otras.
Ley 20.519 del 21 de junio de 2011	Congreso Nacional	Excluye la aplicación de la Ley Terrorista a menores de dieciocho años.
Ley 20.830 del 21 de abril de 2015	Congreso Nacional	Agrega en el artículo 15 de la Ley 18.314, luego de la palabra «cónyuge», la expresión «o conviviente civil».

la financiación del terrorismo en conformidad a lo dispuesto por el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

- Ley 20.074 del 14 de noviembre de 2005, que modifica los códigos procesal penal y penal.
- Ley 20.467 del 8 de octubre de 2010, que modifica disposiciones de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

- Ley 20.519 del 21 de junio de 2011, que modifica disposiciones de la Ley 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad.
- Ley 20.830 del 21 de abril de 2015, que crea el acuerdo de unión civil, esta última, agregando en el artículo 15 de la Ley 18.314, luego de la palabra «cónyuge», la expresión «o conviviente civil».

A continuación, se revisarán los principales contenidos de cada una de estas modificaciones.

Ley 19.027 del 24 de enero de 1991

La importancia de esta modificación radica en que permitió transitar desde una concepción *objetiva* del delito terrorista hacia su regulación actual, de índole más bien *subjetiva*. En este sentido, esta reforma derogó el catálogo contenido en el artículo 1 de la ley original, reemplazándolo por una definición de terrorismo que exige la concurrencia de ciertos elementos subjetivos. Así, serán delitos terroristas aquellos que cumplan, alternativamente, con alguna de las siguientes dos circunstancias.

En primer lugar:

Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Asimismo, el inciso 2 del numeral 1 agregó una presunción simplemente legal (la que, sin embargo, luego sería derogada), que permitía conjeturar tal finalidad. Dicho inciso rezaba:

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.

Y, en segundo lugar, la Ley 19.027 también consideraba como delito terrorista aquellos hechos delictivos enumerados en el nuevo artículo 2,

en que la finalidad del agente fuese «arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias».

El mensaje presidencial del entonces presidente Patricio Aylwin —al presentar el proyecto de ley aquí analizado— afirmaba que:

El fundamento principal de las reformas se encuentra en el concepto de terrorismo. La ley vigente confunde actos propiamente atentatorios contra la seguridad del Estado, con conductas terroristas, porque atribuye al terrorismo el carácter de una ideología. Más que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras. Lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población. Sobre la base de este concepto, el proyecto modificatorio revisa el artículo 1 de la ley y define la conducta terrorista.¹³

En tal sentido, la Ley 19.027 inserta un nuevo artículo 2 a la Ley 18.314, el cual presenta, a su vez, un nuevo catálogo de delitos con respecto a los cuales, concurriendo alguna de las finalidades ya contenidas en el artículo 1, serán considerados como delitos terroristas (como se mantiene en la actualidad). En otros términos, el legislador vino a modificar la técnica legislativa instaurada en 1984 (criterio objetivo) por otra que aún conserva la ley; esto es, una enumeración de ilícitos basales y simples potencialmente catalogables como delitos terroristas *siempre que* concurra alguno de los elementos subjetivos ya referidos (causar terror, arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad).¹⁴

¹³ Para más información, véase «Historia de la Ley 19.027», disponible en <https://bit.ly/3BJXLtN>.

¹⁴ En efecto, el entonces artículo 2, insertado por la Ley 19.027, rezaba: «Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren algunas de las características señaladas en el artículo anterior: 1. Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316; el de descarrilamiento, contemplado en los artículos 323, 324,

Pues bien, como se adelantara en el acápite anterior, uno de los primeros casos en que, paradójicamente, *no* se dio aplicación a esta nueva regulación del terrorismo, fue para resolver el caso del atentado al general Pinochet y su comitiva. Así, y dada la modificación que implicó la Ley 19.027, no habría sido posible condenar por delito terrorista pese a que los hechos sí eran típicamente terroristas al momento de su comisión (1986), pero bajo la vigencia de la nueva ley, según razona la Corte, no lo podían ser.

En efecto, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió:

Al respecto, deberá tenerse presente que existe una discordancia con respecto a los términos originarios de la Ley 18.314, tanto en la redacción de los tipos penales, como en la exigencia del elemento subjetivo del tipo que contempla la Ley 19.027, debiendo señalarse que también presentan un sistema de penalidad diferente [...] Atendido lo ya razonado, no pueden aplicarse en la especie los tipos penales de la Ley 19.027, por cuanto ahora se contempla un nuevo requisito de la figura penal, esto es, un elemento subjetivo no previsto en el texto originario de la Ley 18.314, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos investigados en el proceso. Esto se concluye acorde con la clara voluntad del constituyente, manifestada en el artículo 3, número 19, incisos 7 y 8, de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de la legalidad de los delitos, al disponer que toda ley que los establece debe describir expresamente la conducta que sanciona, además del principio de la irretroactividad de la sanción penal, al estipular que ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración estableciendo solo en este último caso una excepción para el evento que la nueva ley favorezca al afectado.¹⁵

325 y 326, todos del Código Penal. 2. Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes. 3. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos. 4. Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño. 5. La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1».

15 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 920-1992, del 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio, considerando segundo a sexto.

Y agrega la Corte:

9. Los hechos a juicio del tribunal, en la actualidad, no pueden ser calificados tal cual lo consignara el auto de cargos, en lo tocante a delitos reiterados de infracción a los números 1, 2, 3, 6 y 11 del artículo 1 de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad; 10. Que la referida conclusión se desprende de la circunstancia que el artículo 2 de la Ley 19.027, que modificó la Ley 18.314, sustituyó el artículo 1 de este último cuerpo de leyes, creando nuevas figuras delictivas y exigiendo, además, requisitos y presupuestos del orden subjetivo que la antigua disposición no contemplaba y el mérito del proceso tampoco habilita considerarlos, con todo lo cual desapareció el tipo penal y la correspondiente sanción que dicha disposición legal establecía; 11. Que, en este evento, al haberse sustituido la disposición legal de carácter especial que establecía tipos especiales para los hechos materia de la causa, que dicen relación con el atentado presidencial y comitiva, debe entenderse que vuelven a recuperar su vigencia las normas de carácter general del Código Penal y conforme a ellas debe juzgarse y sancionar la conducta de los encausados; 13. Que, por consiguiente, los hechos tenidos por establecidos, a juicio de este tribunal, constituyen sendos delitos reiterados de homicidio calificado, en su carácter de consumado y frustrado respectivamente, y que previene y sanciona el artículo 391, número 1, del Código Penal y, en su caso, en relación con el artículo 7 del mismo cuerpo de leyes.¹⁶

A diferencia del atentado a Pinochet, sí se dio aplicación a la Ley Terrorista —ya modificada— al condenar el asesinato del senador Jaime Guzmán Errázuriz ocurrido el 1 de abril de 1991 (a pocos meses de su publicación).

Con todo, es importante precisar que, a partir de la década del noventa, y luego del advenimiento de la democracia en Chile, se produjo —contrariamente a lo que muchos pensaron— un aumento de la actividad terrorista. Así, ha afirmado el exsenador Papi Beyer (1999: 21) a propósito de esta época que:

Se incrementaron los atentados selectivos en contra de personeros vinculados al régimen militar, a funcionarios de las fuerzas policiales, los

¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 920-1992, del 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio, considerando noveno, décimo, decimoprimer y decimotercero.

asaltos a bancos y entidades financieras y los sabotajes explosivos, entre los hechos de mayor envergadura e impacto social y político.

El atentado a Guzmán Errázuriz, perpetrado en las afueras del campus oriente de la Pontificia Universidad Católica, fue ejecutado por miembros del FPMR, dos de cuyos miembros fueron condenados por el delito de homicidio calificado (terrorista) conforme al nuevo artículo 2, numeral 3, de la Ley 18.314 en relación con el artículo 1, número 1, del mismo cuerpo legal.

El primer fallo con respecto a este hecho fue pronunciado por el ministro en visita extraordinaria, Alfredo Pfeiffer, el 27 de enero de 1992,¹⁷ y confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1994.¹⁸

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó:

Que los miembros que componen la cúpula directiva de la organización delictual de carácter terrorista denominada «Frente Patriótico Manuel Rodríguez», asociación que persigue, como fin último, alterar el orden constitucional y asumir el poder total de la República, por la vía armada, y que como medio para conseguir el fin indicado, lleva a cabo diferentes conductas atentatorias contra la seguridad pública, precisamente para esos efectos, procedió a concebir, planificar y ejecutar el alevoso asesinato del destacado hombre público, honorable senador de la República, Jaime Guzmán Errázuriz. Con la acción en referencia esta organización terrorista ha tratado de sembrar el caos y amedrentar a las autoridades legítimamente establecidas, en forma tal de llegar a inhibirlas a aplicar en el desempeño de sus cargos las ideas o concepciones propias para la solución de los problemas del acontecer nacional e inducir las, en cambio, a seguir la senda ideológica anárquica que ellos profesan.¹⁹

Como afirma Villegas (2018: 518), en el caso del asesinato de Jaime Guzmán —así como en el caso del secuestro a Cristián Edwards, también en 1991,²⁰ y el de robo con intimidación al Banco Concepción en 1992,²¹

17 Sentencia ministro en visita extraordinaria Alfredo Pfeiffer, rol 39.800-91, del 27 de enero de 1994, considerando quinto.

18 Para más información, véase SCA de Santiago, rol 3232-1994, 15 de abril de 1994.

19 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3232-1994, 15 de abril de 1994.

20 Sentencia ministro en visita extraordinaria Alfredo Pfeiffer, rol 39.800 (ex rol 14.711-92 B) del 3 de febrero de 1994.

21 Sentencia ministro en visita extraordinaria Juan Araya, rol 3.557-1992, del 28 de enero de 1993.

todos perpetrados por el FPMR— el argumento central al que recurrieron los jueces para calificar los hechos como terroristas radicó en que el FPMR constituía una *asociación terrorista*.

De manera similar, pero ya en 2019, la Corte de Apelaciones volvió a recurrir a argumentos similares —asociación terrorista del FPMR— al confirmar la condena de doña Marcela Eugenia Mardones Rojas, quien también intervino como autora en el crimen del senador Jaime Guzmán, pero, al haber estado prófuga en el extranjero, no había podido ser enjuiciada hasta entonces. Con todo, para calificar tal ilícito como terrorista, la Corte confunde, a mí parecer, la intención de causar temor en la población con la de subvertir el orden institucional y otros elementos ausentes en la ley.

Así, afirma la Corte que:

El ilícito penal que normalmente constituía un delito grave como homicidio calificado, cuyo bien jurídico es la vida, ha de ser considerado como terrorista porque sus autores mediatos y ejecutores al cometerlo, han tenido un propósito adicional, propio de estas figuras, de producir un sentimiento de inquietud y miedo provocado por la necesidad de huir de personas o cosas que se presumen o sospechan que implican peligro o perjuicio y pueden causarle un daño, *particularmente por la intencionalidad de subvertir la institucionalidad vigente*.²²

Señalado lo anterior, las siguientes modificaciones a la Ley Terrorista llevadas a cabo en este período y sus principales aportes son los siguientes.

Ley 19.241 del 28 de agosto de 1993

Esta ley agregó al número 5 del artículo 2 de la Ley 18.314 un nuevo párrafo, de acuerdo con el cual todo delito de secuestro o sustracción de menores llevado a cabo por una asociación ilícita terrorista serían considerados como delitos terroristas.²³ Sin embargo, dicho párrafo sería derogado en 2010 por la Ley 20.467.

²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1532-2018, del 9 de octubre de 2019, considerando sexto. El destacado es nuestro.

²³ La nueva disposición, en tal sentido, señala: «Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas».

Ley 19.806 del 31 de mayo de 2002

La Ley 19.806 tuvo por objeto establecer «normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal», siendo sus principales modificaciones a la Ley Terrorista: i) el reemplazo al artículo 10 de la Ley 18.314, relativo a la legitimación activa para dar inicio a las investigaciones por delitos terroristas;²⁴ ii) el reemplazo al artículo 11, eliminando la posibilidad de dejar *incomunicado* al detenido durante la ampliación de su detención, y que establece la obligación del juez de decretar que el detenido sea examinado por un médico que él designe; iii) el reemplazo del artículo 12, en atención a que es el Ministerio Público quien ordena las diligencias de investigación y el juez quien las autoriza; deroga el artículo 13 que permitía a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a la Central Nacional de Informaciones (CNI), entre otras autoridades, ordenar la detención de presuntos responsables de hechos terroristas; iv) la modificación del artículo 14 en relación con las medidas adicionales que puede solicitar el Ministerio Público una vez que se ordene la prisión preventiva del imputado: recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto; establecer restricciones al régimen de visitas; e interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica. Asimismo, v) se sustituyen los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20 relativos a la protección de testigos y peritos, en aras de velar por su seguridad, autorizar su cambio de identidad, disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes; y, finalmente, vi) se deroga el artículo 17 (actual artículo 22), el cual no admitía la libertad provisional de los procesados.

Es importante precisar que las modificaciones realizadas por la Ley 19.806 aquí revisada se han mantenido prácticamente intactas en el texto actual de la Ley 18.314, sin perjuicio de algunas otras modificaciones menores a estas disposiciones las que se revisarán más adelante.

²⁴ El nuevo artículo 10 insertado por esta ley permanece hasta hoy en la Ley Terrorista en el siguiente tenor: «Artículo 10. Las investigaciones a que dieron lugar los delitos previstos en esta ley se iniciarán de oficio por el Ministerio Público o por denuncia o querrela, de acuerdo con las normas generales. Sin perjuicio de lo anterior, también podrán iniciarse por querrela del ministro del Interior, de los intendentes regionales, de los gobernadores provinciales y de los comandantes de guarnición».

Ley 19.906 del 13 de noviembre de 2003

La Ley 19.906 agregó un nuevo tipo penal —contenido en el artículo 8— que sanciona el *financiamiento del terrorismo*. Esta iniciativa, se afirma en el mensaje de la ley, encuentra su fundamento directo en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999, suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001. Dicho Convenio establece, entre otras obligaciones, el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva.

El deber anterior se vio reforzado, añade el mensaje, por la Resolución 1.373 del 28 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Dicha resolución fue emitida principalmente con motivo de los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001.²⁵

Ley 20.074 del 14 de noviembre de 2005

Que, además de modificar los códigos procesal penal y penal, modifica el encabezamiento del artículo 14 de la Ley 18.314 en el siguiente tenor:

En los casos del artículo 1 de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada esta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas.

Ley 20.467 del 8 de octubre de 2010

La presente modificación constituye —al igual que la Ley 19.027 y la Ley 19.806 ya revisadas— una de las reformas más importantes a la Ley Terrorista.

La Ley 20.467 reemplaza el artículo 1 de la Ley Terrorista, fijando el concepto y requisitos típicos que actualmente exige la ley para referirse

²⁵ Para más información, véase «Historia de la Ley 19.906», disponible en <https://bit.ly/3eX64cA>.

al terrorismo. Se asienta, de esta manera, la opinión doctrinaria de que el requisito subjetivo de producir temor es un elemento de *tendencia interna trascendente* necesario para la tipicidad de las conductas fijadas en el artículo segundo de la ley.²⁶

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

Que la historia del establecimiento de la Ley 18.314 y sus modificaciones permite afirmar que su texto ha ido transitando desde la caracterización de los ilícitos que describe conforme criterios objetivos, hasta su redacción actual que explicita su sentido subjetivo, al definir como presupuesto fundamental de la conducta terrorista, la finalidad de producir temor, suprimiendo la presunción legal de finalidad terrorista que establecía el numeral 1 del artículo 1 de la normativa modificada.²⁷

Tal cambio de criterio obedeció a la intención manifiesta de perfeccionar y actualizar la legislación en la materia, por lo que se abordó el concepto de conducta terrorista, suprimiendo la presunción contenida en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 1 de la ley que, invirtiendo la carga de la prueba, daba por supuesta la finalidad de producir temor por el hecho de cometerse el delito por alguno de los medios allí enumerados, delimitando el alcance de la referida conducta, con el objeto de que «la finalidad terrorista se acredite como un elemento propio del tipo penal» (intervención del Ministro de Justicia de la época, señor Bulnes).

Así se manifestó en el mensaje del proyecto y la discusión suscitada a su respecto:

En el contexto actual del fenómeno del terrorismo, se hace necesaria la revisión crítica de los conceptos con los que se define y delimita el carácter terrorista de una conducta determinada. El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la po-

²⁶ En tal sentido, el nuevo concepto de delito terrorista insertado por esta modificación reza: «Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias».

²⁷ SCS, rol 5397-2018, del 13 de junio de 2018, considerando decimosexto.

blación, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad. Es en virtud de lo anterior que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que esta finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista.²⁸

Por otro lado, se reemplazan los numerales 1 y 4 del artículo 2 de la ley por la enumeración que actualmente se mantiene;²⁹ se sustituye el artículo 7 en relación con la penalidad de la tentativa, la conspiración y la amenaza de delito terrorista; y un nuevo artículo 9 que contempla la exención de responsabilidad penal para quien se desistiere de la tentativa de cometer un delito terrorista, siempre que revele a la autoridad su plan y circunstancias, entre otras.

Ley 20.519 del 21 de junio de 2011

Que excluye la aplicación de la Ley Terrorista a menores de 18 años, incluyendo un nuevo inciso 2 y 3 al artículo 1 de la ley:

La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación con el delito cometido de conformidad a esta ley.

²⁸ Para más información, véase «Historia de la Ley 20.467», disponible en <https://bit.ly/3qJWRHA>.

²⁹ Siendo la redacción actual de ambos numerales nuevos (1 y 4) la siguiente: «Artículo 2. Constituirán delitos terroristas cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior: 1. Los de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313, letra d, 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles. 4. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos».

Ley 20.830 de 21 de abril de 2015

Quizás, de menor relevancia, crea el acuerdo de unión civil y agrega, en el artículo 15 de la Ley 18.314, luego de la palabra «cónyuge», la expresión «o conviviente civil», en el sentido de proteger a quien lo sea de un testigo o perito cuya vida o integridad física se encuentre en peligro.

Capítulo 5

La legislación antiterrorista a la luz de los estándares internacionales y nacionales en materia de derechos humanos

Son múltiples los instrumentos internacionales y nacionales que se han referido en forma directa a los derechos humanos en relación con el terrorismo. Así, y de acuerdo con Naciones Unidas, el terrorismo tiene efectos muy reales y directos sobre los derechos humanos, con consecuencias devastadoras para el ejercicio del derecho a la vida, la libertad y la integridad física de las víctimas. Además de ese costo individual, el terrorismo puede desestabilizar gobiernos, socavar la sociedad civil, poner en peligro la paz y la seguridad, y amenazar el desarrollo social y económico. Todos estos tienen también efectos reales sobre el goce de los derechos humanos.

La seguridad del individuo, se añade, *es un derecho humano fundamental* y, en consecuencia, la protección de los individuos es una obligación del gobierno. Los Estados, en consecuencia, tienen la obligación de velar por los derechos humanos de sus nacionales y de otros mediante la adopción de medidas positivas para protegerlos contra la amenaza de actos terroristas y para llevar ante la justicia a los autores de esos actos.¹

En tal sentido, se ha afirmado que el terrorismo está conformado por «aquellos actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos». En términos jurídicos, aunque la comunidad internacional aún no ha adoptado una definición general de terrorismo, en declaraciones, resoluciones y tratados sectoriales universales vigentes relacionados con aspectos concretos del terrorismo se definen ciertos actos y elementos básicos.

En 1994, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional en su resolución 49/60, en cuyo párrafo 3 señaló que el terrorismo incluye «actos criminales con

¹ Para más información, véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008: 1).

finés políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas», y que esos actos son «injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos».²

A continuación, se revisarán los principales instrumentos internacionales en relación con este tema y que resultan vinculantes para Chile, para posteriormente revisar los informes del Instituto de Derechos Humanos sobre terrorismo en Chile.

Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos humanos de Naciones Unidas en relación con el terrorismo

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas vigila el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en tal sentido, emitió en 2007 la Observación General 32 relativa al «derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia» (artículo 14).

En concreto, y en relación con el terrorismo, el Comité ha puesto especial hincapié en la imparcialidad de los jueces. El requisito de imparcialidad, afirma, tiene dos aspectos. En primer lugar:

Los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra.³

En segundo lugar, agrega, «el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado».⁴

En tal sentido, continúa, algunos países han recurrido, por ejemplo, en el marco de la adopción de medidas para combatir las actividades terroristas, a tribunales especiales de «jueces sin rostro» integrados por

² Para más información, véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008: 6).

³ Comunicación 387/1989, *Karttunen con Finlandia*, párrafo 7.2.

⁴ Comunicación 387/1989, *Karttunen con Finlandia*, párrafo 7.2.

jueces anónimos. Tales tribunales, aun cuando la identidad y la condición de tales jueces hayan sido verificadas por una autoridad independiente, suelen adolecer no solo del problema de que el acusado desconoce la identidad y la condición de los jueces, sino también de otras irregularidades, como la exclusión del público o, incluso, del acusado o sus representantes,⁵ de las actuaciones;⁶ restricciones del derecho a un abogado de propia elección;⁷ graves restricciones o denegación del derecho del acusado a comunicarse con sus abogados, en especial cuando se encuentra en situación de detención incomunicada;⁸ amenazas a los abogados;⁹ plazos insuficientes para la preparación de la causa;¹⁰ graves restricciones o denegación del derecho a citar e interrogar o pedir que se interroge a testigos, en particular la prohibición de contrainterrogar a determinadas categorías de testigos, por ejemplo, a los agentes de policía responsables de la detención e interrogatorio del acusado.¹¹

Los tribunales, con o sin «jueces sin rostro», en circunstancias como estas no satisfacen las normas fundamentales de un juicio con las debidas garantías ni en particular el requisito de que el tribunal debe ser independiente e imparcial.¹²

Asimismo, y en la Recomendación General 30 de 2005, sobre la «discriminación contra los no ciudadanos» recomienda a los Estados parte en la Convención, con arreglo a sus circunstancias específicas:

10. Velar por que las medidas que se tomen en la lucha contra el terrorismo no discriminen, por sus fines o efectos, por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, y que los no ciudadanos no se

5 Comunicación 1298/2004, *Becerra Barney con Colombia*, párrafo 7.2

6 Comunicaciones 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1; 1126/2002; *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5.

7 Comunicación 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1.

8 Comunicaciones 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; 1126/2002, *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5.

9 Comunicación 1058/2002, *Vargas Mas con el Perú*, párrafo 6.4.

10 Comunicación 1125/2002, *Quispe Roque con el Perú*, párrafo 7.3.

11 Comunicaciones 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1; 1126/2002, *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5; 1125/2002, *Quispe Roque con el Perú*, párrafo 7.3; 1058/2002, *Vargas Mas con el Perú*, párrafo 6.4.

12 Comunicaciones 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1.

vean sometidos a las caracterizaciones o estereotipos raciales o étnicos.¹³

20. Velar por que los no ciudadanos detenidos o encarcelados en la lucha contra el terrorismo estén debidamente protegidos por el derecho nacional con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario.¹⁴

Por su parte, y en la Observación General 33 de 2007 sobre «Obligaciones de los Estados parte con Arreglo al Protocolo Facultativo», afirma que los Estados parte deben asegurarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo sean compatibles con el párrafo 3. Los delitos de «incitación al terrorismo» y «actividad extremista», así como los de «elogiar», «exaltar» o «justificar» el terrorismo, deben estar claramente definidos para que no den lugar a una injerencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión. Es preciso evitar las limitaciones excesivas del acceso a la información. Los medios de comunicación desempeñan una función crucial en la tarea de informar a la población sobre los actos de terrorismo, y no debe limitarse indebidamente su capacidad de acción. Los periodistas no deben ser sancionados por ejercer sus actividades legítimas.¹⁵

La Recomendación General 34 de 2011 menciona lo siguiente: «38. Garantizar que las medidas de lucha contra la delincuencia, incluido el terrorismo, no tengan por finalidad o efecto hacer discriminaciones por motivos de raza o de color de la piel».¹⁶

Con respecto a las «Observaciones Generales adoptadas por el Comité Contra la Tortura», resulta pertinente destacar la Observación General 2 de 2007. Esta observación general se refiere a los tres párrafos del artículo 2, que establecen principios distintos, interrelacionados y esenciales sobre los que se apoya la prohibición absoluta de la tortura en la Convención. Con posterioridad a la adopción de la Convención contra la Tortura, esa prohibición ha venido a ser aceptada como norma absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario.

De esta forma, el párrafo 2 del artículo 2 dispone que la prohibición de la tortura es absoluta e imperativa. Resalta que los Estados parte en ningún caso podrán invocar circunstancias excepcionales para justificar

13 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 360).

14 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 361).

15 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 315).

16 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 386).

actos de tortura en ningún territorio que esté bajo su jurisdicción. Entre esas circunstancias, la Convención señala «el estado de guerra o la amenaza de guerra, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, por ejemplo, *una amenaza de actos terroristas o delitos violentos*, o un conflicto armado, tenga o no carácter internacional»,¹⁷ y agrega luego que:

Es urgente que cada Estado parte ejerza un control sobre sus agentes y sobre quienes actúen en su nombre, y detecte y ponga en conocimiento del Comité todos los casos de tortura o maltrato que sean consecuencia, en particular, de la aplicación de medidas de lucha contra el terrorismo, así como las medidas adoptadas para investigar, castigar y prevenir nuevas torturas o malos tratos en lo sucesivo, prestando especial atención a la responsabilidad jurídica tanto de los autores directos como de los funcionarios que constituyen la cadena jerárquica, ya sea por actos de instigación, consentimiento o aquiescencia.¹⁸

Finalmente, y en relación con la protección de las personas y los grupos que resultan vulnerables a causa de la discriminación o la marginación, el Comité encomienda la protección de ciertos individuos que, en razón de su condición, puedan considerarse vulnerables con respecto a actos de tortura, especialmente en relación con personas acusadas de haber cometido delitos terroristas o políticos.¹⁹

Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos en materia de terrorismo

En su Informe Anual de 2011, el Instituto Nacional de Derechos Humanos dedicó un acápite especial referido a la Ley 18.314. En él, el Instituto postula ciertos problemas e incompatibilidades que suscitaría la Ley Te-

17 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 535).

18 Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 536).

19 En este sentido, el Comité ha observado: «Los Estados parte deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transsexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, *en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas*». Para más información, véase Castañeda Mireya (2015: 539).

terrorista, incluso después de la última reforma de importancia, que es la Ley 20.467 de 2010. Así, señala el informe, persisten algunas incompatibilidades entre la ley y la garantía de respeto al principio de legalidad y el derecho a contar con un debido proceso.

Entre otras, el Instituto de Derechos Humanos afirma, en relación con el concepto de terrorismo señalado en el artículo 1 de la ley que «la descripción imprecisa de la conducta incriminada no permite a quien la interpreta distinguirla de otros delitos contemplados en la legislación penal común y deja espacios de discrecionalidad en su aplicación». Pese a ello, el Instituto no señala en qué consistiría esta imprecisión, salvo el referirse a la figura del incendio y a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mas no a argumentos de índole dogmático-penales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011: 111).

Por otro lado, el informe señala que la norma actual no precisa el carácter de violencia organizada que entraña la acción terrorista, ni señala la intencionalidad de afectación al orden jurídico-político (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011: 111). Pero como se ha revisado hasta ahora, a pesar de que pueda existir una organización o un afán político tras un atentado terrorista, es perfectamente posible admitir, al menos a mi juicio, atentados terroristas perpetrados por sujetos individualmente o con afanes distintos al meramente político.

En relación con el principio del debido proceso, el informe es crítico de la ley, especialmente en relación con la figura del testigo o perito protegido. Estas disposiciones, se afirma:

Representan una alteración a las normas generales y disminuyen los estándares de garantía del derecho al debido proceso que se encarnan, entre otros, en el principio de contradicción e igualdad de armas que importa el respeto a la noción de que las normas del procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011: 113).

Con todo, y como se analizó, no es extraño que diversos cuerpos legales, tanto nacionales como extranjeros, establezcan especiales estándares procesales en atención a la criminalidad específica de que se trate. Ello queda en evidencia tratándose de la legislación antidrogas, la Ley de Armas o la Ley Terrorista, por mencionar las más importantes. En efecto, el mismo informe reconoce que este tipo de disposiciones «en

casos particulares pueden reconocer excepciones tolerables cumpliendo ciertos requisitos» (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011: 113).

Finalmente, el Instituto de Derechos Humanos se muestra especialmente crítico de la aplicación de la Ley Terrorista a comuneros mapuches. Así, pone especial énfasis a lo informado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, al analizar la sentencia dictada en contra de los lonkos y otras autoridades ancestrales mapuche, en el caso *Segundo Aniceto Norín Catrimán y otros con Chile*, advirtió que:

Si bien los Estados tienen el derecho y el deber de perseguir actos de violencia que se presenten bajo su jurisdicción, incluyendo aquellos generados en el contexto de una protesta social que se torne violenta, la aplicación selectiva de un régimen penal especial más restrictivo que el régimen penal ordinario —como lo es el régimen antiterrorista chileno— a los miembros de un grupo étnico configura una diferencia de trato frente a las demás personas, con incidencia directa sobre el goce de sus derechos sustantivos y procesales. Esta diferencia de trato, al incorporar un criterio de pertenencia étnica, se basa en una categoría sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011: 117).

Sin perjuicio de que el objeto de este trabajo no radica en el problema específico del conflicto en la zona de la Araucanía, ni si todos, algunos o ninguno de los atentados llevados a cabo por miembros de la etnia mapuche deban ser considerados como delitos terroristas, resulta a todas luces inaceptable que la normativa terrorista sea aplicada en forma selectiva. No obstante, tal afirmación resultará válida en la medida en que la legislación terrorista sea aplicada *solo* a sujetos mapuche y no sea invocada en ninguna otra causa, lo cual no parece ser efectivo. Prueba de esto último son los múltiples casos de atentados con artefactos explosivos perpetrados en la Región Metropolitana en que también se invocó e, incluso, se condenó por la Ley 18.314.²⁰ Por ello, y en atención al llamado de atención que realiza el Instituto de Derechos Humanos, parece especialmente importante que la actividad persecutoria y jurisdiccional mantengan la debida objetividad e imparcialidad, lo cual se traduce, en específico, en la custodia de un derecho penal de acto por sobre un derecho penal de autor.

²⁰ Para más información, véase especialmente, Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, caso *Subcentro Escuela Militar*.

Capítulo 6

Terrorismo y financiamiento

Como se revisó, la Ley 19.906 agregó un nuevo tipo penal —contenido actualmente en el artículo 8 de la Ley Terrorista— que sanciona el *financiamiento del terrorismo*. Esta nueva figura penal encuentra su fundamento directo en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1999 suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001.¹

El Convenio, como se indica en la historia de su establecimiento, se fundamenta en la imperiosa necesidad de intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas tanto para prevenir el financiamiento del terrorismo como para reprimirlo mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores. El Convenio establece, entre otras obligaciones, el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva.

De esta forma, el artículo 8 de la Ley Terrorista consagra actualmente la figura de financiamiento del terrorismo en términos similares a los propuestos por la convención. En efecto, el tipo penal dispone:

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.²

¹ Para más información, véase el Decreto Supremo 163 de 2001.

² Con posterioridad a esta modificación, se dicta la Ley 20.393 del 2 de diciembre del 2009, por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

De esta forma, y de acuerdo con cómo lo ha entendido parte de la doctrina chilena,³ el delito de financiamiento del terrorismo tendría las siguientes características:

- Se trata de un delito autónomo: esto es, de una figura delictiva distinta a la de los delitos terroristas descritos en el artículo 2 de la Ley 18.314, sin perjuicio de que los fondos solicitados, recaudados o proveídos tengan por finalidad, precisamente, el ser utilizados en cualquiera de los delitos terroristas fijados por la ley.⁴
- Es un delito de mera actividad: se agota en la realización de la conducta sin necesidad de resultado ulterior. Por ende, este delito se agota en la «solicitud», en la «recaudación» y en la «provisión» de fondos, sin necesidad de que se haya concretado o no el delito terrorista, por ende, hecho efectivo los fondos.⁵
- Es un delito mutilado en dos actos: «el delito se prueba con la existencia del elemento subjetivo en el tipo penal específico, el cual declara la finalidad, y que expresa la intención en la realización de un acto posterior, como la actividad terrorista, pese a satisfacerse con la sola conducta del financiamiento» (Carrasco, 2017: 154).

en algunos delitos, entre los que se cuenta el financiamiento del terrorismo. Tratándose de una persona jurídica, el artículo 1 de la Ley 20.393 hace referencia al financiamiento del terrorismo, y hace expresa mención al artículo 8 de la Ley Terrorista. En efecto, el artículo 1 de la ley citada señala: «La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a los delitos previstos en el [...] artículo 8 de la Ley 18.314».

3 Para más información, véase especialmente Carrasco (2017: 153 y ss.).

4 Así, se afirma en el mensaje de la ley que: «se propone un tipo autónomo de provisión de fondos con la intención o la finalidad de que dichos fondos se utilicen para cometer delitos terroristas. De esta forma, mediante un elemento subjetivo especial trascendente —distinto del dolo— se desvincula el financiamiento de la efectiva realización de un delito terrorista específico, adelantándose la barrera de protección de los bienes jurídicos que pueden verse vulnerados por él. Este adelantamiento debe, en todo caso, concordarse con la eventual vinculación, en el caso concreto, del financiamiento con delitos terroristas determinados o con una asociación ilícita terrorista. Eso último debido a que, en consideración al principio de *non bis in idem*, no puede sancionarse por ambos conceptos. La fórmula que nos pareció más adecuada, en este contexto, es la de establecer una cláusula de subsidiariedad expresa, conforme a la cual quede sin aplicación el tipo penal cuando, en virtud del financiamiento, corresponda al financista responsabilidad penal por un delito terrorista determinado (incluida, naturalmente, la asociación ilícita terrorista)». Para más información, véase «Historia de la Ley 19.906», pp. 4-5, disponible en <https://bit.ly/3xrKRhC>.

5 Para más información, confrontar con Carrasco (2017: 153).

- Es un tipo mixto cumulativo: las conductas de «solicitar», «recaudar» y «proveer» no son modalidades de un mismo delito, sino que son tipos distintos, respondiendo cada uno a su propio dolo, y no al dolo común de un delito, como sí lo sería un tipo mixto alternativo.⁶
- En cuanto al tipo penal, lo primero que se ha de desentrañar es en qué consiste el financiamiento. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española señala que la financiación terrorista es aquella «modalidad de delito de terrorismo que consiste en recabar bienes o valores de cualquier clase con la intención de que sean utilizados por grupos u organizaciones terroristas». Sin embargo, la conducta tipificada es más amplia y se traduce en tres verbos rectores diferentes: «El que por cualquier medio, directa o indirectamente, *solicite, recaude o provea* fondos».

El primer verbo rector busca sancionar al que pide fondos para financiar el terrorismo. Conforme al significado otorgado por la Real Academia Española, *solicitar* sería: «1. Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado; 2. hacer diligencias o gestionar los negocios propios o ajenos». Esta conducta típica, afirma Carrasco, no tiene parangón en la legislación comparada, salvo en Estados Unidos, con la introducción de la Patriotic Act de 2001, sección 411 (4), en la que sí se incorpora el «solicitar» (*solicit funds or other things*). Este término fue intensamente discutido en el Congreso, se eliminó en los debates en el Senado y fue repuesto por la Comisión Mixta, en el entendido de que su objetivo era «anticipar la punibilidad en el caso de la recaudación, a fin de sancionarla aun si materialmente los dineros no llegan a poder del recaudador».

Con todo, y durante la discusión de la ley, se mostró crítico de incluir esta expresión Francisco Maldonado:

Agregó que, en cualquier caso, la solicitud sería punible incluso a título de tentativa de financiación, con la misma pena de esta, salvo la exclusión del grado máximo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 18.314. Consagrar la mera solicitud como verbo rector significaría entonces dejar abierta la posibilidad de sancionar aún la tentativa de la solicitud con pena de delito consumado, lo que hasta podría generar situaciones extremas como: castigar a alguien que llama por teléfono para

6 En este sentido, véase Carrasco (2017: 154).

pedir financiamiento terrorista y que no logra dar el mensaje porque se interrumpe la comunicación. Casos como este, aun la solicitud consumada, serán muy dudosamente perseguibles. Lo ordinario será que el delito se detecte una vez aportados los recursos y nunca en el instante de la mera solicitud. Por lo demás, si aún fuera el caso, parece improbable que un tribunal pueda condenar, existiendo solo el antecedente de la solicitud.⁷

El vocablo *recaudar* se define en la Real Academia Española como: «1. Cobrar o percibir dinero; 2. asegurar, poner o tener en custodia, guardar; 3. alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que se desea». El problema de este verbo es que, para varios de quienes intervinieron en el proyecto de ley, ya absorbía la voz *solicitar*,⁸ sin embargo, quedó finalmente como un verbo rector distinto, el cual se ha de entender, entonces, como «cobrar o percibir caudales o efectos».⁹

7 Para más información, véase «Historia de la Ley 19.906», p. 48, disponible en <https://bit.ly/3S69Pe7>.

8 En efecto, Juan Bustos señaló durante la discusión de estos verbos: «con la eliminación del vocablo *solicitar* del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, queda un vacío legal, porque *recaudar* y *solicitar* son términos completamente diferentes. Por lo tanto, habría que rechazar la modificación. Aún más, habría que rechazar el artículo 8, nuevo, que se agrega al artículo único del proyecto, que dice: “Artículo 8. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual solo se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”. Dicho agregado crea una serie de problemas de carácter jurídico, ya que los concursos ideales de delito quedan solucionados de mala manera, lo cual también produce problemas de impunidad. Desde el punto de vista jurídico-técnico, lo recomendable es dejar ese aspecto entregado a lo que se dice en la parte general del Código Penal, donde se contemplan los concursos ideal o real de delito, y no establecer una regla especial que siempre va a provocar determinados vacíos e impunidades. A mi juicio, resulta más sencillo dejar el precepto en la forma en que lo dispuso la Cámara de Diputados. Además, comprende más situaciones que las establecidas por las modificaciones del Senado y elimina los problemas que se pueden producir desde el punto de vista de interpretación y de nuevos vacíos que se pueden generar». Para más información, véase «Historia de la Ley 19.906», p. 42, disponible en <https://bit.ly/3RPURt1>.

9 Y ello es coincidente, como rescata la historia de la ley, con las disposiciones del Convenio sobre este punto. Así, cabe recordar que el artículo 2.1. del Convenio emplea los verbos *proveer* o *recolectar* que, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua*

Finalmente, el tipo penal contempla como tercer verbo rector el de *proveer*. Según Carrasco, las dos acepciones más cercanas al concepto serían, según el *Diccionario de la lengua española*, la de: «2. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin; y 3. tramitar, resolver, dar salida a un negocio», es decir, «dotar de recursos económicos». Sin embargo, propone como ejemplo de proveer el «facilitar las llaves de un depósito de armas», citando, al efecto, a Plaza Chávez (2015: 185).

En contra, estimo, que facilitar un depósito de armas —como aquello que se provee— no cabe dentro de la voz *fondos* que exige el tipo. Quien facilita las armas interviene en el tipo penal terrorista, ya sea como partícipe en sentido estricto (cómplice del artículo 16 de la Constitución Política: «coopera a la ejecución del hecho»), o como partícipe considerado autor (o el llamado autor legal del artículo 15, numeral 3, el que «facilita los medios», siempre que, en este último caso, se encuentre concertado con los terroristas).

En otros términos, quien facilita las armas no facilita los «fondos». Tal conducta, estimo, lo ubica cuantitativa y cualitativamente «más cerca» de la afectación del bien jurídico, ya que normalmente implica dar un paso adicional a aquel que meramente provee los fondos. Así, por ejemplo, los fondos podrán ser útiles para comprar o canjear armas, pero proporcionarlas directamente implica ya un grado de intervención en la conducta típica, no en autoría, por cierto, pero sí como participación según lo ya expresado. Solo así es posible entender que, durante la discusión de la ley los verbos rectores —solicitar, recaudar y proveer— fuesen considerados como actos meramente preparatorios especialmente penados.

Parte de la confusión aquí expresada tiene su origen en el criterio extremadamente amplio que aporta el Convenio para definir «fondos». En tal sentido, el Convenio entiende por fondos, según el artículo 1, número 1:

«Todos 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,

española, coincide con *recopilar cosechar* y *recaudar*. Para más información, véase «Historia de la Ley 19.906», p. 51, nota 2, disponible en <https://bit.ly/3QN3Mdq>.

créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito.

En contra, el vocablo *fondos* se ha de interpretar restrictivamente en relación con el sentido de la norma, la cual, como sabemos, busca proscribir el «financiamiento» del terrorismo; esto es, como ayuda económica, la cual se podrá traducir en dinero u otros instrumentos representativos de forma que permitan «financiar» la actividad terrorista. De entenderse en términos amplios, incluyendo, por ejemplo, bienes inmuebles, carecerían de sentido disposiciones como el artículo 141 del Código Penal, norma de sanción que es clara al aplicar la misma pena que corresponde al autor del secuestro a quien «proporcionare lugar para la ejecución del delito». Dado que el secuestro también puede ser un delito terrorista (de acuerdo con el numeral primero del artículo 2 de la Ley 18.314), quien proporciona el lugar interviene primariamente en el delito y no meramente como financista.

Y solo así adquiere significación la segunda parte del artículo 8, denominada como *cláusula de subsidiariedad* en virtud de la cual quien provee los fondos podría caer en una conducta más gravosa dada su más intensa intervención en el hecho (terrorista). Reza dicha disposición:

A menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.¹⁰

Finalmente, es importante recordar que el delito de financiamiento del terrorismo puede ser cometido tanto por un particular («el que...») como por una persona jurídica. Ello, en relación con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, disposición que incluye, precisamente, dentro de los tipos penales comisibles por una persona jurídica.

¹⁰ Sobre la discusión que generó la inserción de esta cláusula durante la tramitación de la ley, véase Carrasco (2017: 161 y ss.).

Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos contra el cohecho y su relación con el terrorismo

La Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales es una iniciativa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), mediante la cual los Estados parte se comprometen a tipificar como delito el cohecho de funcionarios públicos extranjeros¹¹ en su legislación nacional, e implementar políticas efectivas para evitarlo, detectarlo, investigarlo y sancionarlo.¹²

En este sentido, la Ley 21.121 de 2018, dando aplicación a la Convención, modificó el Código Penal al reemplazar el artículo 251 bis —el cual ya contemplaba el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros— por uno nuevo,¹³ que eleva las penas por este ilícito (de reclusión menor en su grado medio a máximo a reclusión menor en su grado

11 Para los efectos de la Convención, específicamente teniendo en consideración el artículo 1, por servidor público extranjero se ha de entender: «Cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo, en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional». Para más información, confrontar con Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, «Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados», 1997, p. 6, disponible en <https://bit.ly/2ohCpxo>.

12 Para más información, confrontar con Subsecretaría de Relaciones Económicas, «Convención anticuhecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos», 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3K34stw>

13 El nuevo artículo 251 bis reza: «El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso».

máximo a reclusión mayor en su grado mínimo). Asimismo, agrega un nuevo inciso segundo, el cual consagra que los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

En efecto, la finalidad del proyecto de ley, como quedó plasmado durante su discusión, fue la de establecer una mayor severidad en contra de actos de corrupción. Se indicó al efecto que:

Los cambios propuestos en el presente proyecto se resumen en un aumento de penas para los delitos de cohecho y soborno, la incorporación de nuevas figuras de cohecho a funcionarios públicos extranjeros, el soborno entre particulares y la administración desleal, además de elevar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho.¹⁴

La experiencia internacional se afirma en la moción que dio inicio al proyecto:¹⁵

Demuestra que los delitos de corrupción provocan serias dificultades a los países, lo que ha quedado plasmado en todas las convenciones en contra la corrupción que Chile ha suscrito, las que se grafican, por ejemplo, en lo señalado en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción.¹⁶

En ella se realza la preocupación por este fenómeno dada:

La gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.

Por su parte, el preámbulo de la Convención Interamericana en contra de la corrupción¹⁷ afirma que la corrupción «socava la legitimidad de

14 Para más información, véase «Historia de la Ley 21.121», p. 30, disponible en <https://bit.ly/3QNmSjy>.

15 Para más información, véase «Historia de la Ley 21.121», pp. 4 y ss., disponible en <https://bit.ly/3qEmb1A>.

16 Convención de las Naciones Unidas en contra de la corrupción promulgada por Decreto 375 del 23 de noviembre de 2006 y publicada en el *Diario Oficial* del 30 de enero de 2007.

17 Convención Interamericana en contra de la Corrupción promulgada por Decreto 1.879 del 29 de octubre de 1998 y publicada en el *Diario Oficial* del 2 de febrero de 1999.

las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos», y agrega que el combate en contra de la corrupción «fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social».

Y en el preámbulo de la Convención de la OCDE en contra del cohecho al funcionario público extranjero,¹⁸ se destaca en específico el delito de cohecho en tanto constituye:

Un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales.

En relación con el terrorismo, la ley aquí analizada no realiza modificaciones a la Ley Terrorista, sin perjuicio de algunas modificaciones a la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: ley —esta última— que incluye dentro de los ilícitos comisibles por las personas jurídicas el de financiamiento al terrorismo.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas y financiamiento del terrorismo

Sobre esta materia, y como se ha adelantado, la Ley 20.393 del 2 de diciembre de 2009 establece la responsabilidad de las personas jurídicas, entre otros, en el delito de financiamiento del terrorismo. Así lo contempla el artículo 1 al señalar que la presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a diversos delitos, entre los que se encuentra el lavado de activos, el cohecho y el previsto en el artículo 8 de la Ley 18.314.

Al igual como ocurrió con respecto al delito de cohecho internacional, la presente ley viene a dar cumplimiento a una serie de tratados internacionales y otros instrumentos en que el Estado se obliga a tipificar diversas conductas para, así, cumplir el estándar de los países

¹⁸ Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos promulgada por Decreto Supremo 496 del 10 de octubre de 2001 y publicada en el *Diario Oficial* del 30 de enero de 2002.

que conforman la OCDE en estas materias. Esta tendencia doctrinaria y normativa, señala el mensaje que acompañó el proyecto,¹⁹ se constata en diversas Convenciones Internacionales adoptadas en el último tiempo, todas las cuales fueron ratificadas por Chile. En otras, se encuentran la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; La Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico; la Resolución 1.373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

De estos instrumentos, añade el mensaje:

Se deriva para los Estados parte la obligación de imponer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sanciones a las personas jurídicas que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. En consecuencia, la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos.²⁰

En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo con el texto de la ley, descansa en los siguientes presupuestos:

- La existencia de un hecho punible cometido por alguna de las personas que realicen actividades de administración de dicha persona jurídica o por una persona natural que esté bajo la dirección o supervisión de alguno de estos sujetos, según el artículo 3 y 4 de la Ley 20.393.
- La comisión del delito en interés o para el provecho de la persona jurídica, según el inciso primero del artículo 3 de la Ley 20.393.
- El incumplimiento por parte de la persona jurídica de su deber de

¹⁹ Para más información, véase «Historia de la Ley 20.393», p. 3, disponible en <https://bit.ly/3QO6Nuf>.

²⁰ Para más información, véase «Historia de la Ley 20.393», pp. 3-4, disponible en <https://bit.ly/3RRCNPi>.

dirección y supervisión («modelo de prevención de los delitos»), y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito, según el artículo 3 y 4 de la Ley 20.393.

- En cuanto a las penas, según el artículo 8 al 15 de la Ley 20.393, se debe distinguir si quien financia la actividad terrorista es una persona natural o una persona jurídica.

En el primer caso, la pena aplicable será directamente la que contempla el artículo 8 de la Ley 18.314 (presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo), sin perjuicio de la regla de subsidiariedad ya citada en caso de que al sujeto le corresponda responder por su intervención en un delito más grave.

En cambio, si se trata de una persona jurídica, las penas a aplicar serán aquellas que contempla el artículo 15 de la Ley 20.393, que nos remite, a su vez, a las penas establecidas para los *simples delitos* del artículo 14. Estas son: i) la prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado mínimo a medio; ii) pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años; y iii) multa en su grado mínimo a medio. Lo anterior, sin perjuicio de las penas accesorias que se contemplan en el artículo 13: i) publicación de un extracto de la sentencia; ii) el comiso de los productos del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados; y iii) el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Capítulo 7

Terrorismo y derecho penal internacional

Una primera y necesaria aclaración para aproximarse al derecho penal internacional y, con ello, diferenciar aquellas disposiciones internacionales que resultan vinculantes, ya sea para el Estado o para el individuo, consiste en distinguir entre «meros crímenes basados en tratados» y «crímenes internacionales/supranacionales auténticos o nucleares».¹

Los primeros —meros crímenes basados en tratados— se hayan contenidos en las llamadas *convenciones para la represión*, como la «Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», las «Convenciones sobre Estupeficientes de las Naciones Unidas» y la «Convención Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas».

Asimismo, estas convenciones son también tratados multilaterales cuya finalidad es que los Estados parte *criminalicen* la conducta respectiva bajo sus legislaciones nacionales. En otras palabras, en virtud de estas convenciones los Estados se obligan a crear los tipos penales respectivos dentro de sus propios sistemas internos, lo cual significa que:

- Mientras los Estados no tipifiquen dichas conductas, estas no constituyen crímenes y, por tanto, son impunes para los individuos de dicho Estado.
- La falta de cumplimiento de esta obligación solo trae aparejada la responsabilidad del Estado por la violación de una obligación de derecho internacional.
- Solo cuando un Estado implementa los crímenes respectivos estos pasan a formar parte del derecho nacional.² Esto último es lo que ocurrió, por ejemplo, con el delito de financiamiento del terrorismo arriba analizado.

¹ Para más información, véase Ambos y Timmermann (2015: 26 y ss.).

² Para más información, véase Ambos y Timmermann (2015: 29).

En cambio, los auténticos *crímenes internacionales*, también llamados *supranacionales* o *nucleares*, sí constituyen *crímenes stricto sensu*, por lo que su comisión acarrea responsabilidad penal individual para los sujetos que los cometan, aun cuando no se hallen tipificados en el orden interno. Un buen ejemplo de estos crímenes, siguiendo a Kai Ambos y Anita Timmermann (2015: 28 y 29), son los contemplados en los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.³ Algunos son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión.

La diferencia jurídica esencial entre estos tipos de crímenes radica en que los crímenes basados en tratados solo pueden ser hechos cumplir por los Estados a nivel nacional (en la medida en que se hayan tipificado en el orden interno), mientras que los crímenes internacionales auténticos crean una verdadera —internacional— responsabilidad penal individual; esto es, son vinculantes para los individuos. En tal sentido, los crímenes internacionales generan un derecho correlativo a hacer cumplir internacionalmente esas obligaciones por instituciones supranacionales (como la Corte Penal Internacional) o por los Estados, con independencia de su criminalización en el ámbito nacional y de los factores de conexión jurisdiccionales tradicionales. De esta forma, se reemplazan los criterios de territorialidad, nacionalidad y el principio de protección por la jurisdicción universal *stricto sensu*.⁴

Señalado lo anterior, queda por definir si el terrorismo es, o no, un delito *auténticamente* internacional. Y la respuesta a dicha interrogante ha de ser negativa.⁵ Por cierto, y para ello no fue necesario la suscripción de ningún tipo de instrumento internacional, el terrorismo fue y sigue siendo un delito común, el cual se encuentra plenamente vigente y más o menos delineado en el sistema nacional. Ya hemos tenido oca-

3 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio 558/SEC/09 del 25 de junio de 2009, del Honorable Senado, y luego promulgado y publicado por el decreto 104 del 1 de agosto de 2009.

4 Para más información, véase Ambos y Timmermann (2015: 30).

5 En el mismo sentido, véase Ambos y Timmermann (2015: 42). En concreto, afirman estos autores lo siguiente: «y así confirma el punto de vista general de que el terrorismo es solo parte de las “convenciones para la represión” que establecen obligaciones de implementación sobre los Estados. Esto, a su vez, demuestra que, de hecho, no existe un crimen internacional de terrorismo independientemente del derecho penal doméstico o nacional (o, más bien, de la aplicación doméstica)».

sión de revisar su origen y las sucesivas reformas que ha sufrido la Ley 18.314, y su naturaleza común no se ve afectada por la constatación de que algunas de dichas reformas sí tuvieron su origen en convenciones internacionales.

No es un crimen internacional, según lo expuesto arriba, ya que actualmente no existe un concepto universalmente aceptado con respecto a qué ha de entenderse por terrorismo y, más importante aún, el terrorismo tampoco se encuentra expresamente consagrado como un crimen internacional dentro del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con todo, lo anterior no obsta, a la existencia de distintos instrumentos internacionales que condenan el terrorismo y que, de hecho, varios de ellos aportan a su definición. Así, serían especialmente relevantes la «Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional» de la Asamblea General del 9 de diciembre de 1994⁶ y la «Declaración Complementaria» del 17 de diciembre de 1996.⁷ Ambas declaraciones definen el terrorismo como «i) actos criminales; ii) concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas; y iii) con fines políticos».

Por su parte, La Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano tuvo ocasión de pronunciarse acerca del concepto de terrorismo al conocer del asesinato del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri. En su sentencia del 16 de febrero de 2011,⁸ la Cámara sostuvo que una serie de tratados, resoluciones de las Naciones Unidas y la práctica judicial y legislativa de los Estados indican que ha surgido una regla *consuetudinaria* de derecho internacional sobre el crimen de terrorismo.

En tal sentido, la Cámara afirma que existe una «práctica asentada con respecto al castigo de actos de terrorismo» y:

Esta práctica es evidencia de una creencia de los Estados de que la punición del terrorismo responde a una necesidad social (*opinio necessita-*

6 Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, anexo a la resolución 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1994.

7 Declaración Complementaria de la Declaración de 1994 sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional de 1994, anexo a la resolución 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 17 de diciembre de 1996.

8 Interlocutory decision on the applicable law: Terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, STL 11-01/I/AC/R176bi, del 16 de febrero de 2011, («decision»).

tis) y que es, por consiguiente, hecha obligatoria por la existencia de una regla que así lo exige (*opinio juris*).⁹

Sin embargo, y como se ha señalado, la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe el terrorismo y las consiguientes obligaciones de los Estados para su prevención y represión no permite inferir la existencia de un verdadero crimen internacional.¹⁰

9 Interlocutory decision on the applicable law: Terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, STL 11-01/I/AC/R176bis, del 16 de febrero de 2011, («decision») citado por Ambos y Timmermann (2015: 33, nota 42).

10 En el mismo sentido, véase Ambos y Timmermann (2015: 36).

Capítulo 8

Problemas concursales

Como es sabido, los concursos pueden producirse frente a la concurrencia de una pluralidad de delitos, ya sea porque dos o más hechos dan lugar a la concurrencia de, a su vez, dos o más delitos fáctica y jurídicamente independientes entre sí —y siempre que no se haya dictado sentencia condenatoria con respecto a ninguno de ellos— (concurso real: artículo 74 del Código Penal); porque un solo hecho da lugar a dos o más delitos (concurso ideal: artículo 75 del Código Penal, primera parte); porque un delito es el medio necesario para cometer otro (concurso medial: artículo 75 del Código Penal, segunda parte); o porque es necesario interpretar leyes penales dado que un mismo o varios hechos resultan subsumibles en diferentes tipos, ante lo cual se prefiere la aplicación de una sola de las disposiciones concurrentes por la existencia de una relación de especialidad, consunción o subsidiariedad (concurso *aparente* de leyes penales).¹

El problema no es baladí, en tanto que la técnica legislativa utilizada por el legislador en materia terrorista es la de vincular ciertos delitos —ya sea vía remisión expresa a tipos penales contenidos en el Código Penal o en leyes especiales (hipótesis contenidas en el numeral 1 del artículo 2)² o consagrando verdaderos ilícitos autónomos en la Ley Terrorista (numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 2)³— al elemento subjetivo de producir en

1 Por todos, véase Matus y Ramírez (2021: 554 y ss.).

2 Así, en cuanto a esta primera técnica legislativa, la remisión es hecha expresamente a los delitos de homicidio sancionados en el artículo 391; los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313, letra d, 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles.

3 Así, afirma Hernández (2011: 12): «Con respecto a este segundo mecanismo técnico podría pensarse que, si bien de un modo ambiguo, la ley también se está remitiendo a las tipificaciones del Código Penal o de leyes especiales en las que sean

la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie (esto es, delitos terroristas).

Pues bien, en forma independiente de la técnica legislativa utilizada, en ambos casos, estimo, no existirá un genuino concurso de delitos (real, ideal o medial) frente a la concurrencia de uno de aquellos ilícitos en conjunto con el elemento subjetivo terrorista, sino más bien un problema a solucionarse vía interpretación y, en concreto, en virtud de la regla de especialidad propia del concurso aparente de leyes penales. De esta forma, cualquiera de dichos ilícitos (por ejemplo, el delito de secuestro del artículo 142 o el de incendio contenido en el artículo 476 del Código Penal) cometidos con el ánimo de producir temor en todo o parte de la población, deberá juzgarse en virtud de la Ley 18.314 —y no en virtud de la figura contenida en el Código o, de ser el caso, en una ley especial— por ser aquella (Ley Terrorista) la disposición más específica.⁴

Sin embargo, esta «aparente» simpleza para resolver la mención a varias disposiciones penales dentro de la Ley Terrorista tiende a complejizarse tratándose de determinados ilícitos que, por su naturaleza o especial regulación, podrían requerir un tratamiento punitivo diverso al aquí señalado. Revisemos las hipótesis que eventualmente pueden provocar alguna dificultad en cuanto a la disposición aplicable a un caso concreto.

Ley Terrorista y Ley de Control de Armas: En especial, la colocación o detonación de un artefacto explosivo con fines terroristas

En primer término, no parece del todo claro que el único tipo penal aplicable con respecto a la colocación o detonación de un artefacto explosivo (en la medida que concurra el elemento subjetivo de la Ley 18.314) sea

subsumibles —y en esa exacta medida— las conductas descritas en cada caso. Más convincente resulta, sin embargo, la lectura de estas hipótesis como tipificaciones autónomas, propias de la legislación antiterrorista. En ausencia de remisión es lo que se desprende del encabezado del artículo 2 que dispone que tales conductas “constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior”, lo que se ve reforzado por otras disposiciones que se refieren expresamente a los “delitos” enumerados o señalados en el artículo 2, sin distinguir entre los distintos numerales del mismo (artículos 1 y 3), en tanto que su pena está prevista también autónomamente en los incisos segundo y tercero del artículo 3. En consecuencia, a cada una de estas figuras, en cuanto tipificaciones autónomas, les son aplicables las disposiciones generales que rigen para todo delito».

⁴ En el mismo sentido, véase Hernández (2011: 13).

el de la Ley Terrorista (numeral 4 del artículo 2). Como sabemos, dichas conductas también se hayan contempladas en la letra d del artículo 14 de la Ley 17.798 (Ley de Control de Armas), la cual sanciona a «el que colocare, enviare, activare, arrojare, detonare, disparare o hiciere explosionar bombas o artefactos explosivos, incendiarios, corrosivos en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público».

Como se ha señalado, este aparente concurso no sería tal, en la medida de que la colocación de un artefacto explosivo —de realizarse con la finalidad de provocar temor en todo o parte de la población— debería dar lugar a un concurso aparente y, por ende, a la aplicación de la Ley Terrorista. Y, en efecto, esta vía de solución seguiría siendo correcta. Sin embargo, con ello se olvida de que la *posesión, tenencia o porte* de artefactos explosivos, por sí solo, también constituye un ilícito especialmente penado en la Ley de Control de Armas —a saber, en la letra k del artículo 3— y que, además, por disposición expresa de la misma ley (letra b del artículo 17), ha de sancionarse en forma independiente (en concurso real) a los «delitos o cuasidelitos que se cometan *empleando dichas armas o elementos*». En simple: quien comete un delito terrorista por medio de la colocación o detonación de un artefacto explosivo (o, por cierto, mediante la tenencia o porte ilegal de armas de fuego), también estará infringiendo la prohibición de poseer, tener o portar dichos artefactos, prohibición que deberá ser sancionada en forma paralela e independiente al ilícito terrorista.

Y esta última solución (concurso real) es la que corresponde —en mi opinión— a pesar de que, en teoría, el problema debiese solucionarse aplicando el criterio propio del concurso *medial* (artículo 75 del Código Penal, segunda parte), en tanto que el artefacto explosivo colocado o detonado, siguiendo el ejemplo expuesto, ha sido *el medio necesario* para cometer el delito terrorista. Sin embargo, la mencionada letra b del artículo 17 —agregada en 2015 a la Ley de Control de Armas— ha sido explícita en señalar la forma en la que se deben resolver estos concursos:

Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a, b, c, d y e del artículo 2 y en el artículo 3, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Con todo, esta solución no es del todo compartida en doctrina y, para algunos, el sancionar por ambas normativas (en lo que nos interesa: terrorismo y control de armas) podría dar lugar a una vulneración del principio *non bis in idem*. Así, y con cita a cierta jurisprudencia, Villegas (2020: 751) sostiene que, antes de la inserción del artículo 17, letra b, en la Ley de Control de Armas, la tendencia era a sancionar como concurso ideal (medial) considerando el arma como el *medio* para cometer el delito. Sin embargo, esta regla, afirma Villegas, no impediría al juez apreciar un concurso aparente (y no real) cuando en el caso concreto se dan los requisitos de aplicabilidad de él.

En este sentido, el hecho de que se afecte a bienes jurídicos diferentes no necesariamente determina la presencia de dos delitos diferentes. En palabras de Matus (2008: 301), «el criterio de la unidad de bien jurídico solo podría llegar a tener un rol limitado en esta materia y no siempre carente de discusión», que no es aplicable en muchos casos reconocidos de concurso aparente de leyes, como sucede, según el mismo autor, en delitos complejos y en algunos casos de subsunción.

Todo depende, añade Villegas (2020: 752):

De la forma en la que el disvalor de la conducta de tener o portar ilegalmente el arma pueda quedar consumida en el disvalor del concreto delito cometido. Así, en aquellos casos en los que hay una unidad de delito con multiplicidad de acciones, como en los delitos complejos, donde el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diversas, como en el robo con intimidación cometido con arma de fuego (artículo 433 del Código Penal), deberá comprobarse fácticamente cuan constitutiva de la intimidación exigida por el tipo penal, es el uso del arma para poder efectuar el robo. La pregunta que el juzgador debiera hacerse es si acaso el agente no hubiese portado el arma ¿habría podido configurarse el requisito de la intimidación? Si la respuesta es negativa, es decir, si el sujeto no hubiese portado el arma no habría podido cometer el robo, estaríamos ante un concurso aparente. Si la respuesta es positiva, como, por ejemplo, que la intimidación hubiese podido verificarse por otros medios, habría un concurso (real) de delitos.

En materia terrorista, en cambio, son más bien escasas las hipótesis de delitos complejos (por ejemplo, secuestro con homicidio o incendio con homicidio) y, más difícil aún el distinguir si el delito habría podido configurarse sin el arma o el artefacto explosivo. En tal caso y, siguiendo

la tesis de Villegas, cabría aplicar las reglas de los concursos aparentes y sancionar solo por la Ley Terrorista y no, además, por la Ley de Control de Armas. Pero, con ello, nuevamente nos enfrentamos al problema del texto de la ley (artículo 17, letra b, de la Ley de Control de Armas), que torna imperativo el aplicar las reglas del concurso real.

Con todo, estimo atendible las preocupaciones de esta parte de la doctrina. Así, quien mediante un atentado explosivo cumple las exigencias de un ilícito terrorista y, para ello, se ha servido del artefacto como *medio* para su realización, admite deducir que el disvalor propio del uso o porte del arma o artefacto explosivo pueda quedar consumido por el disvalor del delito terrorista. En tal caso, la solución por concurso real podría implicar una vulneración al principio *non bis in idem*, cuya determinación ha de conocerse, en mi opinión, vía acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en tanto es el Tribunal Constitucional el llamado a dirimir si la aplicación del citado artículo 17, letra b, para el caso concreto, vulnera o no la proscripción de doble valoración.

En efecto, el Tribunal Constitucional conoció, durante 2021, de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con respecto al artículo 17, letra b, de la Ley de Control de Armas, pese a lo cual la rechazó. Los hechos en que se fundó dicha acción ocurrieron el 10 de septiembre de 2019. A las 2:30 de la madrugada aproximadamente, personal de la Brigada Antinarcoóticos y contra el Crimen Organizado de La Calera de la Policía de Investigaciones de Chile, procediendo a realizar la entrada y registro con autorización judicial al domicilio perteneciente al acusado Arildo Anaul Solís Solís, lograron descubrir que mantenía, en un establo y en una bodega, una balanza digital de color blanco, marca SF-400; cajas de cartón todas contenedoras de un total de 175 cartuchos para escopeta marca Fiocchi, calibre 12; una escopeta marca Zabala hermanos, número de serie 261770 calibre 12 con dos cañones yuxtapuestos que mantenía encargo vigente por robo, además de no mantener el acusado autorización para el porte o tenencia de armas de fuego; dos bolsas de nylon negras y un paquete esférico de alusa, contenedores todos de marihuana; un saco de nylon color rojo contenedores de restos de cannabis sativa en proceso de secado; y un bolso tipo banana color gris con azul que contenía la suma de \$3.140.000. El acusado, conforme a los datos otorgados por su pareja, fue habido en una casa aledaña a unos 500 metros al sur del domicilio del imputado, a las cuatro de la madrugada aproximadamente, donde se lo encontró en una habitación, man-

teniendo consigo envuelto en ropa un paquete esférico confeccionado de papel alusa contenedor de marihuana y una bolsa de nylon color rojo contenedora de la misma sustancia. Asimismo, mantenía en uno de los bolsillos del pantalón la suma de \$ 1.080.000. La droga incautada arrojó un peso total de 10 kilos y 650 gramos de cannabis.

Fundado en tales hechos, el 29 de enero de 2020, el Ministerio Público de Los Vilos presentó una acusación por los siguientes delitos: un delito consumado de tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas; un delito consumado de porte ilegal de arma de fuego en concurso ideal con un delito de porte o tenencia ilegal de cartuchos; y un delito consumado de receptación.

Ante tal acusación, la defensa del sujeto presentó acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, fundado en que la aplicación del inciso 1 del artículo 17, letra b, de la Ley de Control de Armas ocasionará que la defensa:

Se vea impedida de poder alegar en el fondo la concurrencia, en la especie, de concurso medial del ilícito de la Ley 17.798 en relación y subordinación con el delito principal, esto es, tráfico de drogas y, en el mismo orden de ideas, el de receptación. De esta forma, el precepto legal objetado colisionará con la garantía del artículo 19, número 2, constitucional, pues, en el caso concreto, no logra pasar con éxito el test de igualdad, pues la diferencia de trato no se funda en criterios razonables y objetivos.

Agregó que:

De aplicarse el precepto legal impugnado, ajustándose estrictamente a las normas cuestionadas, el juez de fondo de la gestión pendiente verá severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional procedimiento, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable. Ello ocasionará una infracción al artículo 19, número 3 constitucional, que ampara el derecho a un proceso racional y justo.⁵

Pese a lo anterior, el Tribunal Constitucional, como se adelantara, rechazó el requerimiento sobre la base de las siguientes consideraciones:

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 11.262-21, del 22 de junio de 2021.

Decimotercero: Que la norma jurídica que establece el modo de determinar la pena para el caso que exista concurso de delitos en la Ley de Armas y Explosivos, se encuentra razonablemente justificada en términos que la diferencia de trato que pudiera existir en relación con el régimen general que el sistema penal consagra en la materia señalada, se ajusta constitucionalmente a criterios aceptables que permiten tolerar la diferenciación sin que ello importe una afectación al derecho de igualdad ante la ley; Decimocuarto: Que para el logro de la finalidad perseguida por la ley modificatoria de la Ley de Armas, se consideraron —para efectos de la aplicación de las penas— los hechos ejecutados por una misma persona que sean constitutivos de delito, y que estén conectados entre sí, como un concurso real o material, lo que aparece perfectamente legítimo en el caso concreto, razón por la que se desestimará la acción de inaplicabilidad intentada; Decimoquinto: Que, en consecuencia, el precepto legal impugnado no vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado como una garantía de toda persona, conforme lo establece el artículo 19, número 2, de la Constitución Política.⁶

Finalmente, y en relación con la eventual vulneración del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional hizo suyos los argumentos vertidos durante la tramitación de la ley y, en especial, las intervenciones del profesor Matus sobre la materia, en tanto que el porte o tenencia de armas, como delitos permanentes, son independientes del delito que se cometa con ellas. Así, señaló el Tribunal:

Que el precepto legal cuestionado consagra una regla especial en la determinación de la pena que fue incorporado por la Ley 20.813 (numeral 21) como artículo 17, letra b, de la Ley 17.798 de Control de Armas, norma que fue aprobada bajo el criterio de que «los tipos cometidos con armas de fuego, la pena en particular de los delitos base debiera absorber la sanción por la posesión, tenencia o porte ilegales. Esta solución, basada en los principios de la inherencia, insignificancia y *non bis in idem*, es difícil de controvertir en la práctica, a pesar de que teóricamente es equivocada, dado que los delitos de porte y tenencia de armas son de carácter permanente y, además, de peligro común y, por esa razón, su comisión es independiente de si en un momento determinado se emplean para intimidar, herir o maltratar».⁷ Así, con la calificación

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 11.262-21, del 22 de junio de 2021, considerando decimosegundo y siguientes.

7 Intervención del profesor Matus en «Historia de la Ley 20.813 que modifica la

de delito permanente de los ilícitos de posesión y tenencia de armas y, constituyendo un delito autónomo se aprobó unánimemente por el legislador la determinación de la pena en los términos contenidos en la disposición controvertida en estos autos que establece el concurso real del artículo 74 del Código Criminal para el caso que concurra la comisión de cualquier otro ilícito, como sucede en el caso concreto.⁸

Ley Terrorista y atentados contra la autoridad

Como se ha revisado, la Ley Terrorista recurre a un catálogo de ilícitos —contemplados en su artículo 2— con respecto a los cuales procederá la calificación terrorista en la medida que concurra el elemento subjetivo contenido en el artículo 1. En tal sentido, Hernández (2011: 12 y ss.) distingue bien aquellas hipótesis contenidas en el artículo 2, numeral 1, de las restantes hipótesis contenidas en los numerales 2, 3, 4 y 5, en tanto la técnica de tipificación seguida por el legislador.

Así, y en relación con el numeral 1, el legislador utiliza una técnica de remisión directa a tipos penales contenidos en el Código Penal y en leyes especiales (por ejemplo, los delitos de homicidio contemplados en el artículo 391, los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398 del Código Penal; o el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles).

En tal sentido, y frente a la comisión de uno de aquellos ilícitos concurriendo la finalidad subjetiva terrorista, deberá preferirse esta última por ser la disposición más especial (concurso aparente). En ello no habrá mayor complejidad.

Ahora bien, tratándose de los restantes numerales del artículo 2, la ley no se remite a disposiciones específicas, sino que describe directamente una conducta y la *define* como terrorista. Tal es el caso del numeral 2, que describe la conducta de «apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio»; o el numeral 3, referido al «atentado en contra de la vida o la integridad corporal del jefe del Estado o de otra autoridad política,

Ley 17.798, sobre control de armas y el Código Procesal Penal», Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <https://bit.ly/3Boxtfr>.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 11.262-21, del 22 de junio de 2021, considerando octavo.

judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos».

En estas últimas hipótesis, como afirma Hernández (2011: 12), podría pensarse que, si bien de un modo ambiguo la ley también se está remitiendo a las tipificaciones del Código Penal o de leyes especiales en las que sean subsumibles, «parece más convincente la lectura de estas hipótesis como *tipificaciones autónomas* propias de la legislación antiterrorista». ⁹ En ello estamos de acuerdo.

Así, es perfectamente posible, continúa Hernández, que:

Las conductas concretas en cuestión sean también subsumibles en otras tipificaciones, pero en ese caso se tratará simplemente de un concurso, genuino o aparente, debiendo resolverse en este último supuesto en favor de la disposición de la Ley 18.314 (nuevamente) por especialidad, cuando menos desde un punto de vista subjetivo.

Lo anterior, *siempre que* se presente el elemento subjetivo ya mencionado.

Pese a ello, el problema no se resolvería tan fácilmente tratándose de algunas hipótesis del artículo 2 de la Ley Terrorista. Así, y con respecto al numeral 3, habrá de verificarse en cada caso si se dan o no los requisitos de las distintas figuras de atentado contra la autoridad para así resolver con precisión la concurrencia de las diversas figuras penales. Revisemos algunas de estas hipótesis.

Tratándose de los atentados contra la autoridad, la primera figura problemática sería la contemplada en el numeral 1 del artículo 261 del Código Penal, la que dispone: «Artículo 261. Cometan atentado *contra la autoridad*: 1. Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza o *intimidación* para alguno de los objetos señalados en los artículos 121 y 126».

De acuerdo con cierta parte de la doctrina, a la cual Hernández (2011: 13) parece adherir, esta disposición no resultaría tan problemática en tanto que no proscribía un atentado en contra de *personas determinadas*, como sí lo haría el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Terrorista (jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa). Así, y de acuerdo con este autor, dicha figura solo sancionaría a quienes emplean fuerza o intimidación (no sabemos en contra de quien) para conseguir alguno de los fines contemplados en los artículos 121

⁹ El destacado es nuestro.

(rebelión) y 126 (sedición), sin el requisito del alzamiento público que disponen tales figuras.¹⁰ En tal sentido, concluye Hernández (2011: 13), la hipótesis del artículo 261, número 1, del Código Penal, «solo parece relevante para capturar los atentados contra quienes *no son autoridad ni agente de la misma* en los términos del número 2 del mismo artículo».

Sin embargo, resulta complejo imaginar que la «intimidación» exigida en esta figura no se emplee con respecto a «autoridades». El tenor de la disposición parece claro al prescribir, en su encabezado, que se trata de aquellos atentados que se cometen «contra la autoridad» (en efecto, comienza el artículo indicando: «cometen atentado *contra la autoridad...*»); y siendo la intimidación uno de los medios exigidos en el tipo —intimidación que entendemos se ejerce solo con respecto a *personas* (y no *en* las cosas)—, no parece plausible concluir que el tipo excluya, precisamente, atentados contra la autoridad. La limitación a que alude el numeral 2 tampoco parece desvirtuar aquello.

Con todo, el problema no parece radicar únicamente en la falta de determinación de las autoridades a las que se refiere el artículo 261, pues es el mismo artículo 121 (al que se llega por vía de remisión) es el que incluye a la figura del presidente de la República (entre otras autoridades), como lo hace la Ley Terrorista. En cambio, los criterios relevantes para distinguir entre este delito de aquellas hipótesis que contempla la Ley Terrorista se presentan, por cierto, en el plano subjetivo, pero también en el plano objetivo.

En cuanto al plano subjetivo, la figura del numeral 1 del artículo 261 se remite, como se ha señalado, a los artículos 121 y 126 del Código Penal, los cuales, a su vez, contemplan las figuras de «rebelión por alzamiento a mano armada» y «alzamiento público», respectivamente. Lo relevante de estas remisiones es que tales figuras consagran *elementos subjetivos específicos*, traducidos en objetos o propósitos propios que, por cierto, difieren del elemento subjetivo exigido en la Ley Terrorista.

Así, la figura del artículo 121 del Código Penal proscribe conductas que tienen por objeto: «promover la guerra civil», «cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno», o «privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los

¹⁰ Se trata, según Hernández (2011: 13), del denominado «atentado impropio» constitutivo de una forma atenuada de rebelión.

Tribunales Superiores de Justicia». Por su parte, y tratándose de la figura del artículo 126, se sancionan allí conductas cuyo propósito puede ser: «impedir la promulgación o la ejecución de las leyes», «la libre celebración de una elección popular», «coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales» y «de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o de ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública».

Estos fines tenderían a aproximarse a aquello que ya hemos hecho mención al inicio de este trabajo y que no sería otro que el denominado fin *subversivo* con que se ha pretendido, erradamente, *identificar* al delito terrorista. La diferencia a nivel subjetivo que presentan estas figuras en relación con la Ley Terrorista parece clara. Lo contrario, esto es, admitir que el delito terrorista depende «ontológicamente» de un fin subversivo, difícilmente cabría distinguir entre los delitos de rebelión o alzamiento público aquí revisados y un delito terrorista. Tal no parece haber sido la intención del legislador.

Por ello, y desde el prisma subjetivo, ejecutadas algunas de estas conductas con fines terroristas (provocar terror), se ha de preferir, nuevamente, y por regla de especialidad, la aplicación de la Ley 18.314 por sobre las disposiciones del Código Penal aludidas. En caso contrario, concurriendo algunos de los objetos o propósitos de los artículos 121 y 126, estas serán las figuras aplicables, sin que haya lugar a un genuino concurso de delitos.

Con todo, y como se anunciara anteriormente, también ha de tenerse presente la faz objetiva de las figuras concurrentes. Así, la Ley Terrorista —en el numeral 3 del artículo 2— hace referencia a los atentados *contra la vida o integridad corporal* de las autoridades que señala. En cambio, las disposiciones del Código Penal aquí aludidas sancionan conductas objetivamente diversas (como «privar», «impedir» o «coartar» que tales autoridades ejerzan sus funciones). Esta distinción no es menor, en tanto que limita la aplicación de estas últimas disposiciones permitiendo distinguir con mayor nitidez el campo de aplicación de los tipos penales.

Por otro lado, nos corresponde ahora revisar la siguiente disposición que sanciona los atentados contra la autoridad: el numeral 2 del artículo 261. Sobre esta disposición, hemos de concluir algo similar a lo señalado con respecto al numeral 1. Pero antes, revisemos qué señala el tipo:

Artículo 261. Cometén atentado contra la autoridad:

2. Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile, cuando aquella o estos ejercieron funciones de su cargo.

A diferencia del numeral 1, esta disposición no nos reenvía o hace alusión alguna a un elemento subjetivo de carácter específico, por lo que, en principio, no existirá ninguna complicación con respecto a su eventual solapamiento con la Ley Terrorista, el cual se deberá resolver de la misma forma como ya se ha planteado con respecto al numeral 1.

Pese a lo anterior, Hernández pone el acento nuevamente en la determinación de las autoridades, las cuales estarían más delimitadas a diferencia del numeral 1. Así, afirma Hernández (2011: 14):

El principal problema de la remisión a la figura menos exigente del numeral 2 del artículo 261 del Código Penal radica en que esta está referida a un círculo de personas más estrecho que el que pretende el numeral 3 del artículo 2, pues, al margen de las discusiones que existen al respecto, al menos existe pleno acuerdo en cuanto a que por «autoridad pública» y por «sus agentes» debe entenderse necesariamente empleados públicos, con lo cual sin duda no quedan cubiertas las autoridades eclesiásticas ni, en principio, las personas protegidas internacionalmente.

En definitiva, parece relevante tener en consideración esta última figura, ya que, en rigor, los atentados contra la autoridad con fines terroristas (artículo 2, numeral 3) sí resultarán subsumibles en esta tipificación, dando lugar, a mi parecer, a un concurso de índole aparente.

Ley Terrorista y Ley de Seguridad Interior del Estado

La Ley 12.927, sobre «seguridad interior del Estado», consagra diversos títulos en los cuales se sancionan conductas que atentan contra la soberanía nacional y la seguridad exterior del Estado (título I); contra la seguridad interior del Estado (título II); contra el orden público (título III); y contra la normalidad de las actividades nacionales (título IV).

Dado los ilícitos que aquí se contemplan, la posibilidad de que el juez penal encuentre dificultades para optar entre esta legislación y la legislación terrorista no es menor. Sin embargo, la eventual coincidencia de conductas con aquellas proscritas en la Ley Terrorista solo se presenta-

rá, a mi entender, con aquellas conductas descritas en los títulos II y III de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

Así, el título II de la ley dispone, en el artículo 5, letra a, lo siguiente:

Artículo 5. a) Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, atentaren contra la vida o integridad física de las personas sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, se aplicará la pena en su grado máximo.

En los casos en los que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Las mismas penas señaladas en el inciso anterior se aplicarán si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de la persona en él indicada.

Lo primero a destacar de esta disposición radica en que, al igual que los tipos de rebelión y alzamiento público (de los artículos 121 y 126 del Código Penal), la figura aquí analizada también exige un elemento subjetivo propio, cual es: «alterar el orden constitucional o la seguridad pública». Por tanto, siendo las conductas aquí prohibidas las de «atentar contra la vida o integridad física de las personas» —agravándose la pena en caso de que se provoquen lesiones graves o la muerte (inciso primero) o atentar contra personas «en razón de su cargo», agravándose igualmente en caso de que se provoquen lesiones graves o la muerte (inciso segundo)—, ha de presentarse, sin duda, un espacio de juego en común con los delitos de homicidio y lesiones contemplados en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley Terrorista.

Y lo mismo ha de predicarse con respecto al artículo 5, letra b, de la Ley de Seguridad Interior del Estado, en tanto que habrá coincidencia con respecto a la conducta allí prohibida —secuestro— con el mismo numeral del artículo 2 de la Ley Terrorista. Así, señala la disposición de aquella:

Artículo 5. b) Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad privaren de libertad a una persona, serán castigados con

presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio. Si el secuestro durare más de cinco días, o si se exigiere rescate o se condicionare la libertad en cualquiera forma, la pena será de presidio mayor en su grado máximo.

Igual pena a la señalada en el inciso anterior de aplicará si el delito se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, o si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de ésta.

El que con motivo u ocasión del secuestro, cometiere además homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, numeral 1, del Código Penal, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.¹¹

De esta forma, el único y complejo factor de distinción entre ambas legislaciones —Ley de Seguridad Interior y la Ley Terrorista— ha de ser el elemento subjetivo con que el sujeto obre a propósito de la comisión de las lesiones, homicidio o el secuestro. Por ello, definido que sea dicho elemento, se ha de producir nuevamente un concurso aparente en que la tendencia interna del que obra propiciará la especificidad del tipo al cual recurrir.

Sin embargo, en la práctica, las acciones desplegadas por uno o más sujetos y la o las finalidades con que éstos pueden obrar no parecen ser —«quirúrgicamente»— distinguibles ni jurídicamente captables por un solo propósito o finalidad, lo cual, por cierto, complejiza la labor del Ministerio Público al formalizar y del tribunal al resolver. Por ello, y a

11 Nótese que, a diferencia del artículo 5, letra a, el 5, letra b, añade como elemento subjetivo el propósito de «imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad», muy similar al elemento subjetivo contemplado en el artículo 1 de la Ley Terrorista, el cual reza: «sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias». Sin embargo, la Ley Terrorista supone siempre, a diferencia de esta última disposición, que el sujeto obre con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella...; en cambio, el artículo 5, letra b, de la Ley de Seguridad Interior, plantea los tres propósitos en forma alternativa, operando la conjunción «o» entre cada uno de estos propósitos, como conjunción disyuntiva, pudiendo obrar el sujeto con el propósito de: i) alterar el orden constitucional; ii) alterar la seguridad pública; o iii) imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, sin que sea necesario que siempre obre un elemento subjetivo común a estas tres finalidades.

continuación, se plantearán dos casos que grafican los problemas más recurrentes a la hora de resolver eventuales concursos de delitos.

Casos o problemas concursales

El homicidio del ministro

Supongamos que un sujeto X decide atentar contra la vida de un ministro de Estado, logrando dar muerte al mismo mediante el uso de un arma de fuego no inscrita.

Prima facie, si el sujeto no obró con un *animus* particular —salvo el *animus necandi*—, el hecho ejecutado ha de ser vinculado con el delito de homicidio contemplado en el artículo 391 del Código Penal, calificado en caso de concurrir premeditación conocida u otra calificante. Asimismo, y dado que utilizó un arma de fuego no inscrita, se presentará un concurso (real) entre el homicidio y el porte o tenencia de arma de fuego de acuerdo al ya revisado artículo 17, letra b, de la Ley de Control de Armas.

Por su parte, la cualidad del sujeto pasivo —que en apariencia daría lugar a un concurso con el delito de «atentado contra la autoridad»— no debería plantear dificultades. Ni la conducta desplegada —matar— ni los elementos subjetivos a que nos reenvía el numeral 1 del artículo 261 coincidirían con el caso aquí propuesto.

Asimismo, nuestro sistema solo agrava la pena del homicidio tratándose del asesinato de un fiscal del Ministerio Público (artículo 268 ter del Código Penal) y el homicidio de un carabinero (artículo 416 del Código de Justicia Militar), pero no en el caso que la víctima sea un ministro de Estado;¹² a no ser, por cierto, que concurra el fin de amedrentar a toda o una parte de la población, en cuyo caso el hecho debería ser captado por la Ley Terrorista y, en concreto, por el numeral 3 del artículo 2 sobre atentado en contra de la vida de una *autoridad política*.

En definitiva, el homicidio de un ministro de Estado, en principio,

12 Sin perjuicio de ello, nada impediría que, eventualmente, se elevase la pena si se demuestra la concurrencia de alguna de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 12 del Código Penal y que permita captar la mayor reprochabilidad que acarrea matar a una autoridad: como la establecidas en el numeral 13 («ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública»); numeral 18 («ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad [...] mereciere el ofendido»); o 21 («motivado por la ideología, opinión política...»).

dará lugar a un delito de homicidio simple o calificado (dependiendo de las circunstancias) en concurso real (artículo 74 del Código Penal) con el delito de porte o tenencia ilegal de arma de fuego, debiendo el sujeto cumplir ambas condenas en forma sucesiva, principiando por la pena del delito mayor (homicidio). Si el atentado es terrorista, el mismo concurso de delitos se dará entre la Ley Terrorista y la Ley de Control de Armas.

El homicidio del convencional constituyente

Supongamos, ahora, que un sujeto mata a un miembro de la ya culminada Convención Constitucional, pero concurriendo una doble finalidad o propósito: por una parte, alterar el orden constitucional —dado el cargo de la víctima (tipo penal contemplado en el inciso 2 del artículo 5, letra a, de la Ley 12.927)— y, además, con la finalidad de provocar temor en el resto de los 153 convencionales de ser víctimas del mismo delito (esto es, el ilícito contemplado en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 18.314). Panfletos alusivos a ambos propósitos son dejados en el lugar del crimen.

El principal problema de este caso radica, como es posible observar, en que concurren los elementos subjetivos de ambas leyes, lo cual impediría, en principio, resolver el problema en virtud de las reglas del concurso aparente —*lex specialis*—, ya que ambos ilícitos captarían la especificidad de dicho atentado o, en otros términos, ambas legislaciones concurrirían en iguales términos sin que ninguna de ellas sea más especial que la otra.¹³

Una primera vía de solución, a mí parecer, sería el considerar este caso como un auténtico concurso *material* o *real* de delitos, el cual daría lugar a la calificación y sanción por ambas figuras: el atentado terrorista

¹³ Una posible alternativa para decidir por una de las dos leyes —vía especialidad— estaría en considerar que, en el caso de la Ley de Seguridad Interior del Estado, esta solo podrá aplicarse en la medida de que se inicie «por denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del intendente regional respectivo o de la autoridad o persona afectada» (artículo 26 de la Ley 12.927). En tal sentido, este requisito adicional no exigible por parte de la Ley Terrorista delimitaría más concretamente la materia objeto de investigación y juzgamiento. Con todo, nada obstaría a que el Ministerio Público formalizara, además, por la Ley Terrorista, lo cual volvería a radicar la solución del problema en el juez al de resolver qué tipo de concurso es el que aquí se presenta.

contra la vida de una autoridad política y el delito de atentado por razón del cargo con resultado de muerte de la Ley de Seguridad Interior del Estado. De así considerarse, el tribunal deberá calificar el hecho con ambas figuras y aplicar dos sanciones de presidio independientes a cumplirse en forma sucesiva —princiando por la mayor—, como lo señala el artículo 74 del Código Penal.

Aboga a esta primera solución el que el legislador ya ha optado por resolver de esta forma —vía concurso real— casos similares. Me refiero, por cierto, a la Ley de Control de Armas ya citada (artículo 17, letra b, de la Ley 17.798). Así, recordemos, el fundamento para optar por un concurso real radicaría en que los bienes jurídicos afectados —en el caso del porte o tenencia de armas y el ilícito que se cometa por medio de su uso, como un homicidio— son *diferentes* y, por tanto, el injusto de uno de ellos (porte o tenencia) no admitiría ser captado por el injusto del delito más grave (homicidio).

Y lo mismo podría argumentarse en el caso aquí expuesto. La afectación de los bienes jurídicos tutelados en la Ley de Seguridad Interior del Estado —vida y *orden constitucional*— no admitiría ser captado por el injusto del delito terrorista —vida y *seguridad pública o colectiva*—, lo que obligaría, en definitiva, a sancionar por ambas conductas en forma separada vía concurso real.¹⁴

Sin embargo, esta última solución no parece del todo satisfactoria. Ambos ilícitos ya contemplan, en su respectiva reproche, el injusto propio del homicidio, ilícito que, dada la finalidad que lo acompaña, admite su exacerbación penológica en virtud del elemento subjetivo contemplado en cada ley. En castellano: habría un solo atentado con resultado de muerte —la del convencional—, pero dos fines diversos captados por legislaciones distintas. ¿No es esta, acaso, precisamente la hipótesis que plantea el legislador en el artículo 75 del Código Penal?

Si aceptamos esta última tesis, esto es, que en realidad estamos en presencia de «un solo hecho que constituye dos o más delitos», la vía de solución ha de ser la propia del concurso ideal (heterogéneo), lo que obligaría a sancionar «solo por la pena mayor asignada al delito más grave». Así, y dado que la pena contemplada en la Ley de Seguridad In-

14 Sobre esta discusión y las distintas hipótesis de solución planteadas por la doctrina, véase Mañalich (2018: 112 y 113), Villegas (2020: 751 y ss.) y Piedrabuena (1997: 946).

terior del Estado comienza en *presidio mayor en su grado máximo* (hasta presidio perpetuo calificado), y la Ley Terrorista (que nos remite al delito de homicidio) comienza en presidio mayor en su grado medio (elevable en 1, 2 o 3 grados), se ha de preferir la primera figura —por ser más gravosa—, la cual, por tanto, *absorbería* a la primera.

Esta última solución, a mi juicio, parece más recomendable en tanto que la primera —concurso real— parece no ser compatible con el principio del *non bis in idem*, en tanto que, de aplicarse ambas figuras y sus respectivas penas en forma independiente, se estaría, como fuere, sancionando un mismo atentado homicida con dos penas diversas, posibilidad que no admite cabida solo en virtud de la doble intencionalidad del sujeto.

Capítulo 9

Ley Terrorista e *iter criminis*

Como es sabido, el estudio del *iter criminis* o el «camino del delito» en general comienza por distinguir entre la faz interna o de ideación, en la cual rige la impunidad —*cogitationis poenam nemo patitur*—, y la fase externa, que inicia con la resolución delictiva e incluye los actos preparatorios, de ejecución y de consumación. La regla general es que los actos preparatorios no sean punibles, a menos que el legislador establezca expresamente lo contrario, lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de proposición o conspiración (artículo 8 del Código Penal).

Pues bien, el estudio del *iter criminis* en materia terrorista ha de comenzar por revisar sus límites inferiores en tanto que el legislador adelanta la barrera de punibilidad sancionando, excepcionalmente, conductas anteriores al principio de ejecución (tentativa) y, en concreto, la *conspiración* para cometer un delito terrorista.¹

Así, el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 18.314 consagra que: «La *conspiración* para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados». La *conspiración* existe, según el artículo 8 del Código, cuando dos o más personas se conciertan —en acuerdo de voluntades— para la ejecución del crimen o simple delito.

Un problema posible de visualizar radica en la penalidad asociada al delito de *conspiración* terrorista. Como sabemos, el libro primero del Código Penal plantea la rebaja en dos grados tratándose de la tentativa, por lo que parece una penalidad excesiva la rebaja de tan solo dos grados tratándose de actos que son meramente preparatorios. En otros términos, y de aplicarse los criterios generales, el legislador terrorista está igualando la penalidad de la *conspiración* a la de la tentativa.²

¹ La Ley 18.314, en su texto original (artículo 7), no solo declaraba punible la *conspiración*, sino también la *proposición* para cometer un delito terrorista. Sin embargo, la Ley 19.027 de 1990 sustituyó dicha disposición eliminando la punición de la *proposición* y manteniendo solo la punición de la *conspiración*.

² Con una crítica similar, véase Hernández (2011: 18).

Por otro lado, el artículo 9 exime de responsabilidad penal a quien se desiste de la tentativa y de la *conspiración*. En relación con esta última —y siempre que exista pluralidad de intervinientes— se mantiene, en términos generales, lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 8 del Código Penal: procede la eximición en la medida de que el sujeto revele a la autoridad el plan y las circunstancias de él, sin que sea necesario que lo haga antes de iniciarse procedimiento judicial en su contra.

Pese a lo anterior, la Ley Terrorista impone —para dar lugar a tal eximición— que por su conducta el sujeto haya conseguido «efectivamente impedir la consumación del hecho» o que la autoridad «haya logrado igual propósito» como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido, lo cual, a juicio de Hernández, atentaría contra el principio de culpabilidad, creando situaciones de verdadera responsabilidad objetiva.

Así, afirma Hernández:

La exigencia de denuncia y, mejor aún, la de impedir la consumación del delito (que torna superflua y absurda la anterior) tiene mucho sentido en los emprendimientos colectivos, de modo que en principio merece aprobación la incorporación de una regulación que se echa de menos en el Libro I del Código Penal. La regulación concreta, sin embargo, es defectuosa desde el punto de vista del principio de culpabilidad, pues la exigencia de *efectiva evitación de la consumación* permite situaciones de responsabilidad objetiva, pues el sujeto puede responder al margen de sus esfuerzos por un hecho de tercero por la sola circunstancia de haber contribuido al mismo en un estadio previo (sin duda: *versari in re illicita*). La rebaja facultativa de pena conforme al artículo 5 no parece suficiente remedio.³

En relación con la tentativa, la Ley Terrorista establece una penalidad elevada con respecto a los criterios generales. En primer término, dado que la rebaja de la pena —de acuerdo con el inciso primero del artículo 7— puede ser de uno o dos grados, pese a que en el sistema general del Código la rebaja es siempre de dos. Ello implica, en la práctica, que la pena de la tentativa puede resultar igual que la pena de la frustración. Asimismo, la Ley Terrorista —en el inciso segundo del artículo 7— aplica

³ Para más información, confrontar con Hernández (2011: 20). El destacado es nuestro.

a la «amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley» las mismas penas que la tentativa del delito respectivo (aunque sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3).

Con respecto al desistimiento de la tentativa, como se adelantara, el legislador distingue dos hipótesis: i) si el sujeto obra en solitario (inciso primero del artículo 9);⁴ y ii) si concurren varios intervinientes (inciso segundo del artículo 9).

Si el sujeto obra en solitario, procederá la exención en la medida que el sujeto revele a la autoridad su plan y las circunstancias de él. En cambio, si obra en conjunto con otros individuos, además de tales requisitos, su conducta debe haber permitido, efectivamente, impedir la consumación del hecho o que la autoridad haya logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido.

Pues bien, sin perjuicio de la crítica ya esbozada a propósito del desistimiento de la conspiración —en cuanto a que esta última exigencia puede importar un atentado al principio de culpabilidad y suponer, incluso, una responsabilidad objetiva— no parece razonable que el legislador exija dichos requisitos para la eximición de responsabilidad, al menos, tratándose del sujeto que interviene en solitario.

Como acertadamente expone Hernández:

No se entiende en absoluto la racionalidad de imponer esta exigencia adicional que puede conducir a que se sancione sin contemplaciones a sujetos que se han desistido voluntaria y oportunamente de su propósito criminal, *por el solo hecho de no haber cumplido con el trámite de la denuncia a la autoridad [...]* Dicha exigencia solo se justifica en los casos de emprendimiento de dos o más personas, pues en ese contexto la denuncia sirve para advertir a la autoridad de los planes de otros que no necesariamente se han desistido y respecto de los cuales alguna responsabilidad tiene el que sí se desiste. En ese contexto la denuncia sirve

4 Lo llamativo de esta disposición es que parte de la premisa —en todo caso, correcta— de que un delito terrorista puede llevarse a cabo por un sujeto en solitario. Si ello no fuese así, carecería de sentido que el inciso segundo del mismo artículo se pusiese en el caso de que el desistimiento ocurriese respecto de una pluralidad de sujetos. Y ello ratifica lo que ya hicimos ver en el primer acápite de este trabajo en cuanto a que la Ley Terrorista no exige, bajo ninguna circunstancia, que el terrorismo requiera siempre de una agrupación, tal como erradamente sugiere en Chile Villegas (2018: 164 y ss.).

como medio para evitar la consumación del delito, lo que carece de todo sentido tratándose de una tentativa individual. En efecto, que la ley no exija expresamente que se impida la consumación del delito se entiende sencillamente por razones conceptuales, ya que en el caso de la tentativa individual el mero cese de la conducta implica por definición el término de la ejecución delictiva. Eso explica que hasta ahora en nuestro derecho la exigencia solo se contemple para la conspiración y la proposición y que en el derecho comparado solo aparezca —aunque no como deber de denuncia, sino derechamente como deber de impedir la consumación— con respecto al desistimiento de la tentativa de más de una persona.⁵

Por otro lado, para Hernández (2011: 19) agravaría lo anterior el hecho de que la ley no exija tales requisitos para el arrepentimiento de la frustración. Sin embargo, una posible lectura del texto de la ley es que el legislador sí exija los mismos requisitos para ambas instituciones.

En efecto, el llamado «arrepentimiento de la frustración» también admite ser denominado «desistimiento de la tentativa acabada», en contraposición al ya aludido «desistimiento de la tentativa inacabada».⁶ Como explica Garrido Montt (1984: 181), el desistimiento de la tentativa inacabada es únicamente posible en los delitos cuya concreción requiere de la ejecución de varios actos por parte del autor, lo que le permite, en su decurso, abandonar parte de ellos dejándolos sin realizar (de ahí el adjetivo «inacabada»). Un buen ejemplo de lo anterior sería el caso del individuo que coloca el artefacto explosivo (principio de ejecución), pero abandona voluntaria y definitivamente el hecho sin activarlo.

En cambio, el llamado desistimiento de la tentativa acabada (o arrepentimiento de la frustración), de acuerdo con Garrido Montt (1984: 181), tiene lugar cuando el delincuente ha realizado todo lo necesario para que el proceso causal que importa el hecho se desarrolle y provoque el resultado, pero antes de que este sobrevenga, cesa en su propósito y trata de impedirlo (de ahí la expresión: tentativa «acabada»). Siguiendo el mismo ejemplo anterior, el sujeto coloca el artefacto explosivo y lo activa, por lo que solo resta que transcurra el tiempo prefijado para que el aparato explote pero, antes de que ello ocurra, el individuo lo impide, desactivando la bomba. En ambos casos —desistimiento de la tentativa

⁵ Para más información, confrontar con Hernández (2011: 19). El destacado es nuestro.

⁶ Por todos, véase Garrido Montt (1984: 181 y ss.).

inacabada y acabada— una mayoría doctrinaria aboga por la impunidad de él o los sujetos intervinientes.

Pues bien, ya que el legislador terrorista no distingue a cuál tipo de tentativa se hace mención en el artículo 9 —inacabada o acabada—, una posibilidad, según lo expuesto, es interpretar que ambos desistimientos exigen revelar el plan a la autoridad, las circunstancias de él y, en caso de concurrir una pluralidad de sujetos, se haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho. Una interpretación como la que aquí se propone permitiría superar lo «grotesco» —según las palabras de Hernández—⁷ que supone el imponer exigencias al desistimiento de la tentativa inacabada y no, en cambio, al desistimiento de la tentativa acabada (o frustración).

Finalmente, y con respecto a la frustración y a la consumación, ya que la Ley Terrorista no contempla reglas especiales, deberemos estarnos a las reglas comunes contempladas en el Código Penal.

⁷ Para más información, confrontar con Hernández (2011: 19).

Capítulo 10

Ley Terrorista y la intervención criminal

La «participación» se ha entendido tradicionalmente de dos maneras: como sinónimo de intervención en sentido amplio, esto es, incluyendo la autoría, y en un sentido estricto, referida solo a la inducción y a la complicidad. En este texto, se utiliza la expresión «participación» para referirse a esta segunda noción (estricta). Para hablar de la participación en sentido amplio se ha preferido el vocablo «intervención»,¹ que incluye, por tanto, las distintas formas de autoría —directa, mediata y coautoría—, la participación y el encubrimiento.

En términos generales, y de acuerdo con las premisas demostradas durante este trabajo, podemos afirmar que el delito terrorista es de aquellos ilícitos denominados como de concurrencia eventual —en oposición a los delitos de concurrencia necesaria— en tanto que, para su ejecución, solo es necesaria la concurrencia de un sujeto (autor individual), sin perjuicio de que admita la concurrencia de dos o más intervinientes.

Asimismo, debemos señalar que los delitos terroristas son delitos comunes, ya que no exigen en quien o quienes intervienen ninguna cualidad especial, como sí ocurre en los llamados delitos especiales. Esto significa, desde el prisma de la teoría de las normas, que todos los individuos penalmente capaces fungen como destinatarios de las normas terroristas y, por tanto, a todos les es prohibido, bajo amenaza penal, intervenir como autores, partícipes o encubridores en actos de este tipo.

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que, en virtud de la Ley 20.519 de 2011, que modificó el artículo primero de la Ley Terrorista, «la presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años».

Por ello, y salvo lo señalado, en materia de intervención criminal operan las reglas generales contempladas en los artículos 14, 15, 16 y 17 del Código Penal, así como las reglas de determinación de la pena contenidas en los artículos 50 y siguientes del mismo cuerpo legal.

¹ En el mismo sentido, véase Mir Puig (2016: 410).

Referencias

- Arias, Enrique (2018). «El futuro del terrorismo nuclear en la táctica de los actores individuales». *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 12: 49-76. Consulta: 10 de enero de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3KsZRB4>.
- Ambos, Kai y Anita Timmermann (2015). «Terrorismo y derecho internacional consuetudinario». En *Terrorismo y derecho penal*. Berlín: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional: 23-47.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (2003). *El delito de incendio terrorista (Informe en Derecho II-2003/octubre)*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Bentham, Jeremías (2003). *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: El Foro.
- Carnevali, Raúl (2010). «El derecho penal frente al terrorismo: Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 35 (2): 109-145.
- Carrasco Jiménez, Edison (2017). «El delito de financiamiento del terrorismo en la legislación chilena». *Revista de Estudios de la Justicia*, 26: 145-166.
- Castañeda, Mireya (2015). «Compilación de tratados y observaciones generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas». México.
- Cordón Aguilar, Julio César (2011). *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Tesis doctoral. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Costa, Marc (2017). *El renacer de los lobos solitarios*. Granada: Grupo de Estudios en Seguridad Internacional.
- Fichte, Johann Gottlieb (1796). *Grundlage des naturrechts nach den principien der wissenschaftslehre*. Hamburgo: Felix Meiner Verlag.
- Garrido Montt, Mario (1984). *Etapas de ejecución del delito: Autoría y participación*. Santiago: Jurídica de Chile.

- Garriga, David (2014). «El lobo solitario». *Criminología y Criminalística*, 01/2014.
- Gutiérrez-Sanz, Víctor (2018). «El terrorismo de los “lobos solitarios” en la literatura y la prensa española (2010-2015): Un análisis retórico-argumentativo de su construcción discursiva». *Historia y Comunicación Social*, 23 (2): 529-545.
- Hernández Basualto, Héctor (2011). *Algunas modificaciones a la Ley 18.314 (Informe en Derecho del Departamento de Estudios)*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Hruschka, Joaquim (1976). *Struckturen der Zurechnung*. Berlín: De Gruyter.
- Hobbes, Thomas (1980). *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011 (Situación de los derechos humanos en Chile)*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Jakobs, Günther (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Reuters y Civitas.
- Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Reuters y Civitas.
- Kant, Immanuel. *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*.
- Lamarca, Carmen (1993). «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*: 535-559.
- Mañalich, Juan Pablo (2018). *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters.
- Mañalich, Juan Pablo (2015). «El terrorismo ante el derecho penal: La propuesta legislativa del Gobierno como retroceso». *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*: 154-171.
- Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno: Parte general*. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Matus, Jean Pierre (2008). *El concurso aparente de leyes*. Santiago: Jurídicas de Santiago.
- Mir Puig, Santiago (2016). *Derecho penal: Parte general*. 10.^a ed. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, Francisco (1999). *Derecho penal: Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- . (2005). «De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”». *Revista Penal*, 16.
- Núñez, José Ignacio (2009). *Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario en política criminal*. Tomo 4. *Revista Política Criminal*, 4 (8): 383-407.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo (Folleto informativo 32)*.
- Papi Beyer, Mario (1999). «El terrorismo en el mundo actual». *Revista Política y Estrategia*, 79: 16-25.
- Piedrabuena, Eduardo (1997). «El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo Código Penal». *Revista Actualidad Penal*, 22: 479-501.
- Plaza Chávez, Ignacio Javier (2015). «Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo». *Revista de Estudios de la Justicia*, 20: 171-194.
- Ragués, Ramón (1998). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*. Tesis doctoral del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.
- Rousseau, Jean-Jacques (1959). *Staat und Gesellschaft, «contrat social»*. Trad. por Weigend. Stuttgart: Goldmann.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de derecho constitucional: La Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*. Tomo 4. Santiago, Jurídica de Chile, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.^a ed. Madrid: Civitas.
- Spaaij, Ramón (2012). *Understanding lone wolf terrorism*. Dordrecht: Springer Netherlands.
- Taruffo, Michele (2008). *La prueba*. Trad. por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.
- Villegas, Myrna (2020). «Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno». *Revista Política Criminal*, 15 (30): 729-759.
- . (2018). «Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)». *Revista Política Criminal*, 13 (25): 501-547.
- . (2016). «Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno». *Revista Política Criminal*, 11 (21): 140-172.

Zarrouk, Mourad (2011). «Orígenes del terrorismo global: Una propuesta de análisis». *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6 (1).

Terrorismo
de Alejandro Leiva López



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipográfica,
trabajaron en este libro: Constanza Valenzuela,
Ana María Moraga y Marco Antonio Coloma.

