

**57**

COLECCIÓN  
MATERIALES  
DOCENTES

# Terrorismo y nueva Ley 21.732

**Alejandro Leiva López**

2025

 **ACADEMIA  
JUDICIAL  
CHILE**



## Alejandro Leiva López

El autor es Doctor en Derecho Penal y Magíster en Derecho Público por la Universidad de los Andes (Becario Conicyt, Doctorado Nacional-2015-2018). Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Chile y Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Desarrollo. Autor y editor de varios libros y publicaciones indexadas en Revistas de Derecho. Actualmente, es Profesor-Investigador (Becario Fondecyt Iniciación 2025) y Profesor Asociado en la Universidad Andrés Bello y en la Universidad Finis Terrae. Miembro del Directorio del Instituto de Ciencias Penales.



*Terrorismo y nueva Ley 21.732*

**MATERIALES DOCENTES 57**

© Alejandro Leiva López, por los textos, 2025

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2025  
Amunátegui 465, Santiago de Chile

[academiajudicial.cl](http://academiajudicial.cl) • [info@academiajudicial.cl](mailto:info@academiajudicial.cl)

Todos los derechos reservados.

## Resumen

El Material Docente *Terrorismo y nueva ley 21.732* aborda la incorporación en la legislación chilena de la ley 21.732, que determina conductas terroristas, fija su penalidad y deroga la ley 18.314. Para ello, el Material ofrece una guía para transitar desde la antigua legislación a la más reciente, dando cuenta de los cambios que supone la entrada en vigencia de esta nueva ley.

La obra profundiza sobre el concepto de terrorismo, los bienes jurídicos tutelados por los delitos asociados a él, así como las distintas innovaciones provocadas por la nueva legislación, como la “asociación terrorista”, en contraposición de sujetos individuales que también pueden cometer delitos terroristas (los llamados “lobos solitarios”). Además, analiza los diversos problemas concursales derivados de la aplicación de la nueva ley en conjunto con otras legislaciones especiales, como la Ley de Control de Armas y la Ley de Seguridad Interior del Estado.

Finalmente, aborda la regulación del financiamiento del terrorismo y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, junto con una revisión del iter criminis en el contexto antiterrorista, brindando así una perspectiva integral y necesaria para la interpretación y aplicación de la ley 21.732.

## Contenido

5	Introducción
6	<b>CAPÍTULO 1</b> Concepto de terrorismo
49	<b>CAPÍTULO 2</b> El bien jurídico tutelado en el terrorismo
52	<b>CAPÍTULO 3</b> Derecho penal del enemigo y terrorismo: La llamada «tercera velocidad»
68	<b>CAPÍTULO 4</b> Evolución de la normativa terrorista en Chile y contexto actual
102	<b>CAPÍTULO 5</b> La legislación antiterrorista a la luz de los estándares internacionales y nacionales en materia de derechos humanos
111	<b>CAPÍTULO 6</b> Terrorismo y financiamiento
120	<b>CAPÍTULO 7</b> Terrorismo y derecho penal internacional
124	<b>CAPÍTULO 8</b> Problemas concursales
142	<b>CAPÍTULO 9</b> Ley antiterrorista e <i>iter criminis</i>
145	<b>CAPÍTULO 10</b> Ley antiterrorista e intervención criminal
149	Referencias

## Introducción

Con fecha 12 de febrero de 2025 se ha publicado la Ley N° 21.732 la cual “determina conductas terroristas, fija su penalidad y deroga la Ley N° 18.314”, reemplazando así toda la normativa terrorista que estaba vigente en Chile desde 1984. Este es, sin duda, un acontecimiento de la mayor relevancia pues, no solo supone el desafío de aprehender toda esta nueva legislación, sino también el de comprender cómo estas nuevas disposiciones se distancian o, se asemejan, a las reglas que hasta ahora regían este tipo de ilícitos. Fiscales, jueces y defensores deberán asimilar cada una de las nuevas reglas para darles vida en los procesos penales, procurando respetar el sentido que buscó el legislador en cada una de ellas.

Pese a lo anterior, el desafío no es fácil pues, como toda normativa nueva, supone nuevas discusiones dogmáticas, así como nuevas interpretaciones jurisprudenciales, las cuales solo pueden construirse y cimentarse mediante su análisis académico y aplicación práctica.

El texto que aquí ve la luz supone espera servir de primera guía para transitar de la antigua legislación a la que aquí nace, dando cuenta de los progresos o retrocesos que supone la nueva ley. Así, por ejemplo, resulta trascendental comprender cómo pasamos de una ley antiterrorista eminentemente subjetiva, a otra aún más subjetiva, con los desafíos persecutorios y probatorios que ello supone. Asimismo, debemos analizar qué ha de entenderse por una “asociación terrorista” (figura novedosa en nuestra legislación), en contraposición al obrar de sujetos individuales que pueden, por cierto, cometer delitos terroristas.

Éstos, y otros aspectos, serán revisados en este texto de manera de exponer las principales características del terrorismo en Chile bajo esta nueva ley, sin perjuicio de comprender y analizar aquella que la antecedía. Como se señalara, el presente texto no pretende exhaustividad y exclusividad en lo que la nueva normativa se refiere, sino mas bien, un texto “puente” entre lo que existía y lo que se viene, procurando dar una visión dogmática de cómo las principales figuras de la nueva legislación deben entenderse; todo lo anterior, desde una visión eminentemente crítica y propositiva.

## Capítulo 1

# Concepto de terrorismo

### 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 N° 18.314 —hoy derogada—, 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”<sup>1</sup>, lo cual vendría a suponer un “vicio de origen”<sup>2</sup> de carácter insoslayable para su aplicación ulterior.

En contra, el estudio y la praxis actual de la legislación antiterrorista —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 demanda.

Particularmente acertado en este aspecto resulta un 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 normativa terrorista:

“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”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> VILLEGAS (2018), p. 504.

<sup>2</sup> En este sentido, véase MAÑALICH (2015), p. 156.

<sup>3</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, de 11 de junio de 2018, considerando 28°.

Y esto es así no solo porque la ley antiterrorista anterior (18.314) fue modificada directamente en once oportunidades –ocho de las cuales se produjeron en democracia<sup>4</sup>–, sino también, y especialmente, porque la actual legislación —Ley N° 21.732— no dista mucho de aquellas que contemplan países que históricamente se han tenido como modelos para la legislación chilena. De hecho, la descripción típica actual del terrorismo en Chile —Ley N° 21.732— posee características bastante similares a cómo se ha entendido el terrorismo, por ejemplo, en España. Así, al igual que en el país ibérico, el legislador chileno ha optado por un modelo *asociativo*, principiando la normativa terrorista con la definición de lo que es una “asociación terrorista”<sup>5</sup>. Sin perjuicio de ello, y como se verá en su oportunidad, la nueva ley no excluye el obrar de sujetos en solitarios, sancionado expresamente a aquellos individuos que obren “conexa” o “inconexamente” con los fines de una asociación terrorista.

Pese a lo anterior, uno de los cambios significativos que trae la nueva normativa es que ésta ha prescindido del concepto de “terror” como elemento característico del delito terrorista, pese a que la normativa española, que sirvió de modelo para la actual ley chilena (específicamente, el artículo 573, numeral 4, del Código Penal) contempla, al igual que lo hacía la derogada Ley N° 18.314, un elemento subjetivo del injusto que distingue un hecho delictivo *simple*<sup>6</sup> de aquellos ilícitos que, dada su finalidad –causar terror– revisten carácter terrorista.

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de su posterior análisis, estas modificaciones son las siguientes: i) Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991, que “modifica Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad”; ii) Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, sobre “normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal”; iii) Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003, que “modifica la Ley N° 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 N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, que “modifica los códigos Procesal Penal y Penal”; v) Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, que “modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad”; vi) Ley N° 20.519, de 21 de junio de 2011, que “modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad”; y, finalmente, vii) Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015, que “crea el acuerdo de unión civil”. Esta última agrega en el artículo 15 de la Ley N° 18.314, luego de la palabra “cónyuge”, la expresión “o conviviente civil”.

<sup>5</sup> Véase art. 1° de la Ley N° 21.732 en relación con el art. 571 del Código Penal español.

<sup>6</sup> Se ha preferido aquí evitar el uso del vocablo “común” para referirse a aquellos ilícitos que no revisten carácter terrorista, ya que tal categoría exige aplicarse, con mayor precisión, para distinguir entre delitos especiales (esto es, que exigen la concurrencia de una determinada cualidad personal) y 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”.

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 tipo penal español reseñado– con la “*finalidad* de provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

En cambio, la nueva ley chilena recurre a otras finalidades que, hasta ahora, no tenían cabida en nuestra legislación. Como veremos, estos nuevos fines apuntan a “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; o cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella” (art. 2), todos elementos subjetivos que requieren análisis y, particularmente respecto de este último, una interpretación lo suficientemente restrictiva para atenuar su vaguedad e imprecisión.

Así, en Chile, para la configuración de un ilícito terrorista no basta con que un hecho delictivo cualquiera se cometa concurriendo alguna de dichas finalidades. Nuestro legislador ha adoptado un modelo que conecta dichos fines con un catálogo de ilícitos expresamente enumerados en los artículos 2° y 5° de la ley. En otros términos, solo serán considerados delitos terroristas aquellos que, estando contemplados en tales disposiciones de la ley, sean ejecutados con alguna de dichas tres finalidades. De allí que la técnica legislativa escogida se denomine “delitos-fin”.

Así, y en términos preliminares, la actual ley chilena N° 21.732, 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 socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; o cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella.*

Lo anterior no deja de ser paradójico en tanto que lo que buscaba el legislador era, precisamente, abandonar la noción subjetiva de terrorismo que exigía la antigua Ley N° 18.314; sin embargo, ésta fue reemplaza por otra, como se ha adelantado, igualmente subjetiva.

Así quedó plasmado en la *Historia de la 21.732* que derogó la Ley N° 18.314:

“El modelo de la legislación nacional es uno principalmente subjetivo, pues lo que debe acreditarse, además de la comisión de un delito determinado, es la existencia de una finalidad. Esta opción, representa un problema por la insoslayable dificultad que implica probar un elemento subjetivo, que tiene lugar en el fuero interno de la persona. Por esta razón, cierto sector de la doctrina nacional ha sido categórica al afirmar que “la ley chilena ha adoptado el peor método posible para definir lo que debe entenderse por terrorismo para los fines del derecho penal, asumiendo un criterio subjetivista de muy difícil verificación, no sólo desde un punto de vista estrictamente probatorio, sino también desde una perspectiva material, pues alude a una finalidad que suele no corresponder a las de quienes, al menos conforme a las representaciones sociales dominantes, cometen actos ‘terroristas. A lo anterior, se suma que la finalidad exigida por la ley (producir temor en la población o una parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie) no basta por sí sola para configurar el ánimo terrorista, sino que necesariamente debe manifestarse en alguna de las tres circunstancias expresadas. En definitiva, la actual definición de delito terrorista dificulta considerablemente su acreditación ante los tribunales de justicia por dos razones: i) su definición es eminentemente subjetiva; y ii) la definición del elemento subjetivo es compleja, por cuanto requiere de elementos copulativos”<sup>7</sup>.

En contra, el legislador mantuvo la exigencia de elementos subjetivos para la calificación de un ilícito como terrorista (delitos-fin), incluso, creando nuevas finalidades. Sobre ello, volveremos más adelante.

Con todo, a partir 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 uno de los primeros delitos que contempla el artículo 2° de la Ley N° 21.732 (homicidio), es perfectamente capaz de provocar –con sus reiterados crímenes– la *desmoralización de la población civil o una parte de ésta*. Pese a ello, sabemos que el psicópata asesino no comete delito terrorista alguno.

En tal sentido, parece necesario indagar qué ha de entenderse por tal finalidad, como primer elemento a considerar, y, segundo, cómo se ha de distinguir dicha finalidad terrorista de hechos que, como efecto

---

<sup>7</sup> Historia de la Ley N° 21.732, p. 10.

colateral y no deseado, tienen la aptitud para desmoralizar a toda o una parte de la población civil. 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 aptitud de una conducta —si es posible delimitar aquello— 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.

## 2. Concepto material y concepto formal de terrorismo

Una primera aproximación al concepto “ontológico” de delito terrorista implica distinguir entre un concepto material —es decir, aquello que en realidad *es* el fenómeno del terrorismo— y 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, hasta antes de la derogación de la Ley N° 18.314, era lo propio de los delitos terroristas, pero ha de constituir un argumento circular el hacer descansar el concepto de terrorismo en el mero efecto de causar terror o, como actualmente se contempla, en la “aptitud para someter o desmoralizar a la población civil”, para alcanzar una noción material del fenómeno del terrorismo.

En tal sentido, se comparte aquí con Guzmán Dálbora<sup>8</sup> en lo difícil que resulta definir aquello que parece mutar constantemente —me refiero a los medios y fines—, así como variar entre culturas —disímiles formas de terrorismo—. Aquello que en medio oriente consideramos como terrorismo religioso, parece ajeno a la realidad sudamericana, pese a que en un mundo globalizado, nada impediría que ciertos fundamentalismos lleguen a nuestro delgado territorio. Reflejo de lo anterior, es que no existe en absoluto consenso internacional en qué hemos de entender por terrorismo —al día de hoy, el terrorismo no es un delito internacional—, salvo alguna recomendación u otro instrumento no vinculante (*soft law*) que sugiere tal o cual definición.

Pero a partir de esta constatación, discurro en que no debemos delimitar y definir qué es el terrorismo para, como opina tal autor, simplemente considerarlo como “delincuencia común”. Primero, por una razón práctica: la ley chilena, guste o no, tipifica y sanciona el terrorismo lo cual obliga —nos obliga— a darle sentido y aplicación

---

<sup>8</sup> Guzmán (2015), p. 408.

a la ley; pero más relevante aún, dado que el fenómeno terrorista es una realidad que escapa a la delincuencia común. No ver esto, supone anteponer ideologías por sobre la realidad empírica que nos enseña que existe cierto tipo de delincuencia que escapa a los cánones tradicionales del Derecho Penal, precisamente por esta realidad cambiante y la aparición de nuevas y más complejas formas de delincuencia. Los enemigos existen, y resulta perfectamente posible, como veremos en el Capítulo 3, establecer sistemas normativos más severos que doten al Estado de más y mejores herramientas para enfrentar formas de criminalidad que escapan de la delincuencia común. Tal afirmación, que se estima del todo sensata, ha provocado que se rasguen vestiduras y se exclamen alaridos frente al supuesto regreso del Leviatán que supondría normar y sancionar bajo este rótulo cierto tipo de delincuencia.

En contra, jueces, fiscales y defensores deben estar dotados de herramientas que les permitan aproximarse de mejor manera al entendimiento y delimitación del terrorismo, más aún cuando el legislador ha pecado de falta de precisión al definir y consagrar los requisitos para su configuración.

Pues bien, una definición “amplia”, propuesta por el exsenador Mario Papi, es la siguiente:

“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)”<sup>9</sup>.

Algunos aspectos relevantes a destacar de tal definición son los siguientes. Primero, pues vincula el terrorismo con cierto método que parece explicar el fundamento del mayor disvalor que el terrorismo supone; me refiero a que éste no se conformaría con las reglas humanitarias, esto es, su particular inhumanidad. El punto es relevante pues permite conectar el concepto que hemos de asumir de terrorismo con lo que la propia Carta Fundamental consagra en su art. 9°: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, *es por esencia contrario a los derechos humanos*”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> PAPI (1999), p. 17.

<sup>10</sup> Sobre la conexión entre el concepto material de terrorismo y su correlación con la Constitución Política de la República volveremos más adelante.

En segundo término es posible destacar, como factor esencial de toda conducta terrorista, el de la publicidad. El terrorista, a diferencia del delincuente común, suele recurrir a estrategias que permitan difundir, transmitir o comunicar un determinado mensaje o ideología que, a mi parecer, no cabe ser llenado *ex ante* por el legislador. Este aspecto es particularmente relevante cuando la técnica legislativa que se utiliza, tal como ocurría con la Ley 18.314 —en su última versión— y como ocurre con la actual Ley N° 21.732, es la de recurrir a elementos *subjetivos* para la calificación de una conducta terrorista. Como veremos al final de este capítulo, en atención a la dificultad que supone la prueba de los elementos subjetivos, la publicidad, por ejemplo, mediante panfletos o comunicados de tal o cual fin ideológico permitiría, paradójicamente, acreditar, dada su exteriorización, aquella finalidad terrorista que hasta ese momento permanecía solo en el fuero interno del sujeto.

Como tercer aspecto a destacar, y que nos permite aproximarnos a un concepto material de terrorismo, está la multiplicidad de fines que pueden dar cabida a un delito terrorista, sean estos índole políticos, religiosos, étnicos, neoluditas, ecológicos, etc. De allí que la delimitación típica de estos fines, tal como lo ha hecho el legislador en la actual Ley N° 21.732 resulta poco aconsejable, pues implica necesariamente que el juez, al momento de calificar un hecho, quede limitado a un pequeño catálogo de fines, en vez de una noción genérica que permita captar toda forma de terrorismo. Así, el causar terror que se exigía en la denostada y ya derogada Ley N° 18.314 y que también contempla la legislación española actual, resultaba más adecuada o, menos imprecisa, si se prefiere, para la persecución de esta forma de delincuencia.

Con todo, el mismo senador nos entrega más luces acerca de qué hemos de entender por terrorismo; 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”<sup>11</sup>.

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

<sup>11</sup> PAPI (1999), pp. 17 y 18.

“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”<sup>12</sup>.

Y agrega Papi, desde finales del siglo pasado, aunque aún vigente, que “la sociedad no enfrenta solo a un terrorismo, sino que a muchos tipos de terrorismo”<sup>13</sup>.

Hechas estas consideraciones, revisaré a continuación los principales elementos que reconoce la literatura para estar en presencia de un delito terrorista, elementos a partir de los cuales construiré un concepto material –y no meramente formal–, sin perjuicio de las propias limitaciones que consagra nuestro legislador para sancionar estas conductas.

## 2.1. 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, con su potencialidad para *alterar* o *trastornar* el orden político interno de un país.

Así lo entendió el Tribunal Supremo español, en una sentencia de 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*”<sup>14</sup>.

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 indepen-

<sup>12</sup> LAMARCA (1993), p. 535.

<sup>13</sup> PAPI (1999), p. 23.

<sup>14</sup> STS español, 2/1997, de 29 de noviembre de 1997.

Ponente: Roberto García-Calvo Montiel. Énfasis en el original.

dencia 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”<sup>15</sup>.

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 o el sistema constitucional, o con otro objetivo de índole político.

En España, como se adelantó y probablemente dada la existencia de ciertos grupos radicales durante su historia, la ley no se limita a exigir como fin ulterior el de causar terror o miedo en la población –ello es solo uno de los presupuestos–, sino que, además, establece que serán constitutivos de delito terrorista aquellos hechos 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 eventos que buscan “alterar gravemente la paz pública” o, finalmente, “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”<sup>16</sup>.

De allí que Muñoz Conde 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”<sup>17</sup>.

Pese a ello, esta aproximación al concepto de terrorismo –como actividad subversiva– es objeto de crítica pues obliga a vincular un acto terrorista a móviles de índole político con el consiguiente riesgo de criminalizar (o censurar) movimientos políticos o ideológicos que, aunque disruptivos, se puedan mantener dentro de la legalidad (riesgo permitido).

Con todo, la nueva ley antiterrorista hace eco de esta noción e incluye el fin subversivo como una de las finalidades que permiten calificar

---

<sup>15</sup> STS español, 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, p. 13.  
Ponente: Roberto García-Calvo Montiel.

<sup>16</sup> Para más información, confrontar con el artículo 573 del Código Penal español.

<sup>17</sup> MUÑOZ (1999), p. 863.

un hecho como terrorista. En efecto, tanto el art. 2° como el 5° de la Ley N° 21.732 se refieren a la finalidad de “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático” precisamente en alusión a este elemento.

Y ello es especialmente relevante en cuanto a que el fin político-subversivo no estaba, hasta ahora, contemplado como uno de los fines que permitía calificar un hecho como terrorista —salvo, como veremos, en la Ley de Seguridad Interior del Estado—. Si se revisa el texto anterior —Ley N° 18.314— no se exigía típicamente una tal finalidad subversiva, por lo que no resultaba necesario exigir su concurrencia para calificar un hecho como terrorista<sup>18</sup>.

Con todo, ello no obstaba a que el acto terrorista pudiera —como generalmente lo hará— ser expresión de una tendencia interna en aras de subvertir el orden político y democrático. Pero, nuevamente, dicha motivación no constituía, a lo menos en nuestro sistema, un móvil típicamente exigido al agente en la Ley N° 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 N° 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”<sup>19</sup>.

Pese a lo anterior, la vinculación actual del terrorismo con este elemento exige delimitar si, tal como quedó contemplada, esta finalidad admite, o no, incluir otras finalidades, además de las de índole exclusivamente políticas.

Un primer paso para comprender la amplitud de la fórmula “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del

---

<sup>18</sup> En sentido similar, BASCUÑÁN (2003), p. 31, quien afirmaba: “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”.

<sup>19</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, de 11 de junio de 2018, considerando 30°.

Estado democrático” pasa precisamente por relevar aquellas estructuras “sociales” o “económicas” que hace mención el texto legal. Sobre ello, volveremos al analizar las exigencias subjetivas en particular.

Con todo, estimo perfectamente posible calificar un hecho como terrorista cuando el individuo es movido, por ejemplo, por factores de índole religiosa (por ejemplo, de tipo *yihadista*), medioambiental o racial, o, incluso, cuando la finalidad del sujeto sea, paradójicamente, “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), los que 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 y destruyó, asimismo, coches e inmuebles. Sus exigencias para dejar la lucha armada, expresadas en 1985, incluían, entre otros puntos, 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 colectivo que, buscando “asegurar” el orden establecido –mediante la eliminación de enclaves separatistas con el fin de garantizar la unidad política nacional–, llevaron a cabo conductas “antisubversivas”; no obstante, sus acciones fueron, indudablemente, terroristas. En tal sentido, escribe acertadamente Lamarca, 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”<sup>20</sup>.

Un caso interesante en el que se discutió el carácter político del delito y la necesidad, o no, de exigir tal elemento subjetivo para la configuración del delito terrorista, fue la sentencia Rol N° 5397-2018 de la 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*”; lo anterior, por cierto, bajo la vigencia de la Ley N° 18.314.

<sup>20</sup> LAMARCA (1993), pp. 538 y 539.

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

“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”<sup>21</sup>.

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

“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”<sup>22</sup>.

En definitiva, el elemento subversivo-político tras la conducta terrorista *puede* estar presente y constituir un elemento subjetivo del tipo, pero no es el único ni tampoco un elemento imprescindible para la constatación judicial de un ilícito terrorista bajo el amparo de la nueva legislación.

En definitiva, y tal como se analizará en este capítulo, el nuevo texto legal incorpora entre las finalidades que permiten categorizar un ilícito como terrorista, las de “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático”, fórmula que, claramente introduce en la ley chilena el móvil político, pero que, sin embargo, no es el único fin que permitirá calificar un hecho como terrorista.

---

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 5397-2018 del 13 de junio de 2018, considerando 12°.

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, considerando 14°. Énfasis añadido.

## 2.2. El terrorismo y la “agrupación terrorista” como supuesta única forma de terrorismo: en contra, el caso del lobo solitario

Por otro lado, se ha afirmado que el terrorismo, para ser tal, exigiría *siempre* 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<sup>23</sup>.

Quienes así lo sostienen aseveran que el fenómeno empírico del terrorismo tiene una característica marcada reconducible al “colectivo”, esto es, a una organización que haga posible una estrategia, una finalidad e intencionalidad que la distinguen 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<sup>24</sup>.

Esta tesis se vería reforzada por la referencia implícita a la reiteración que contenía la derogada Ley N° 18.314, ya que lo que definiría la conducta no era el temor por sí solo, sino el temor de ser víctima de delitos *de la misma especie*. Luego, sería la posibilidad de reiteración la que determina el temor y 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 intenso como el que se expresaba en la Ley N° 18.314, ya que la organización representa, en sí, un peligro especialmente potente en virtud de los medios que puede utilizar y de la proyección estratégica que a la que da lugar en la sociedad<sup>25</sup>.

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 N° 20.467 —una de las últimas modificaciones que se hicieron de la Ley N° 18.314—, señaló que el terrorismo

---

<sup>23</sup> Véase, especialmente, el informe del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 111.

<sup>24</sup> Extracto de los argumentos expuestos por la defensa en su recurso de nulidad a propósito de la sentencia que condenó el atentado terrorista en la estación Escuela Militar. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, considerando 2°, p. 8.

<sup>25</sup> Para más información, confrontar con los alegatos de la defensa en la parte expositiva de la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, considerando 14°, pp. 8 y ss.

“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 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)”<sup>26</sup>.

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. En efecto, y pese a que los promotores de la nueva ley antiterrorista quisieron circunscribir el delito terrorista solo a aquellas conductas que desplegara una asociación terrorista, al poco andar de la discusión legislativa, se comprendió que es perfectamente posible reconocer que la conducta individual de un sujeto también puede alcanzar el disvalor que caracteriza un ilícito terrorista.

Así lo ha confirmado la Corte Suprema, al afirmar que

“De la descripción que la Ley N° 18.314 realiza del delito aparece que cualquiera persona, independiente[mente] 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”<sup>27</sup>.

Y lo mismo es posible afirmar de la nueva normativa. Tanto el artículo tercero como el cuarto de la nueva Ley N° 21.732 hacen alusión al *individuo* que cometa alguno de los ilícitos enumerados en la ley, ya

---

<sup>26</sup> Para más información, confrontar Historia de la Ley 20.467, p. 129. Asimismo, véase VILLEGAS (2016), pp. 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 sociales, 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”.

<sup>27</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, considerando 18°.

sea en adherencia a los fines de una asociación terrorista —caso del art. 3°—, como aquel sujeto que en solitario y, aun cuando no forme parte de una asociación terrorista ni actúe en adherencia a los fines de una asociación o de una agrupación terrorista.

Tal inclusión fue expresamente propuesta al Congreso Nacional durante la tramitación del proyecto que hoy es ley. Así, y tal como es posible constatar del Informe de la comisión de Seguridad Ciudadana en que tuvimos el privilegio de intervenir, se expuso en la Sesión 80 de fecha 30 de septiembre de 2024:

“un análisis crítico del proyecto de nueva ley terrorista en tramitación, junto con propuestas de mejora del articulado. Cuestionó la identificación del terrorismo con acciones colectivas y se señalan deficiencias en los requisitos para considerar una asociación como terrorista, como el número mínimo de personas y la exigencia de acción sostenida en el tiempo. Sugirió reducir el número mínimo de personas y eliminar la exigencia de acción sostenida. (...) Identificó falencias en la persecución del autor individual o ‘lobo solitario’, así como en los tipos penales susceptibles de ser considerados terroristas. Sugirió replicar las finalidades contempladas para las asociaciones también para los individuos y ampliar los tipos penales susceptibles de considerarse terroristas”<sup>28</sup>.

En efecto, parte importante de la confusión que genera la exigencia ineludible del elemento organizacional responde, a mi juicio, a que el delito terrorista se ha concebido como un delito exclusivamente 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 exclusivo; tampoco lo es 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 actividad planificada que puede ser ejecutada “individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Intervención del autor en la tramitación del Proyecto de Ley, Boletín N° 16.210-25. Historia de la Ley N° 21.732, p. 246.

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

Como se advierte de la cita, 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.

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: “Se entenderá por asociación terrorista toda organización de tres o más personas, *con acción sostenida en el tiempo*”, exigencia 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 a un delito terrorista.

Cuestión distinta, por cierto, radica en desentrañar qué se ha de entender, respecto de las asociaciones terroristas, que éstas deban obrar “con acción sostenida en el tiempo”, tal como lo exige el artículo segundo de la nueva Ley N° 21.732.

De acuerdo al Mensaje que dio inicio a la tramitación de la nueva ley antiterrorista “solo un conjunto organizado de personas, *con acción sostenida en el tiempo*, es capaz de poner en jaque el monopolio estatal del uso de la fuerza y amenazar el orden institucional mediante la imposición sistemática de la violencia”<sup>30</sup>. Pese a ello, no existió mayor debate acerca de qué hemos de entender por una asociación que posea “acción sostenida en el tiempo”, salvo que ello estaría en concordancia con las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.577 que, publicada en 2023, fortalece la persecución de la delincuencia organizada y define, en los mismos términos que aquí se hace, tanto las asociaciones delictivas, como las asociaciones criminales.

---

<sup>30</sup> Historia de la Ley N° 21.732, p. 12.

Un primer acercamiento a qué hemos de entender por tal expresión, se puede realizar a partir del análisis de la fórmula española, desde donde precisamente se extrae esta noción, pero en diferentes términos. Así, el art. 570 bis del Código penal español establece que “se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas *con carácter estable o por tiempo indefinido*, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Tal disposición, debe conectarse, a su vez, con la del art. 571, en virtud de la cual se consideran agrupaciones terroristas “aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente (...)”.

Como es posible apreciar, la fórmula del legislador español no resulta idéntica a la escogida por el legislador nacional, pues hace hincapié en la existencia misma de la organización —“agrupación formada... con carácter estable o por tiempo indefinido”, más que en si ésta ha llevado a cabo, o no, determinadas acciones, tal como exige la nueva ley antiterrorista chilena. Y tal diferencia no es menor pues, dado este matiz, sería perfectamente posible sostener la existencia de una agrupación conformada para cometer actos terroristas, pero que lleva a cabo solo *un primer o único* ataque; caso en el cual tal agrupación “efímera” no cabría ser catalogada como terrorista, dada la ausencia de una acción “*sostenida*” en el tiempo.

Con todo, el Tribunal Supremo español, país donde la mencionada disposición del art. 570 bis ya ha tenido aplicación práctica, nos puede dar luces acerca de cómo entender este requisito que, en definitiva, supondría una exigencia adicional para la calificación judicial de una asociación terrorista; esto es, su carácter más o menos estable o permanente.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —especialmente STS 485/2023 y STS 822-2022—, se ha distinguido entre supuestos de mera “codelinquencia”, “grupo criminal” y “organización criminal”, esta última categoría que, en principio sería homóloga al concepto de “asociación criminal” chilena, de acuerdo al actual sistema de persecución de la delincuencia organizada (especialmente, Ley 21.575, Ley N° 21.577, ambas, en relación a la nueva Ley Antiterrorista N° 21.732).

Así, para el Tribunal Supremo español, la diferencia entre un grupo criminal y los supuestos de mera codelincuencia (con cita, a su vez, a STS 150/2022 y STS 309/2013) radicaría en que la codelincuencia existe por la simple concurrencia de dos o más personas, esto es, mera pluralidad de sujetos, sin que concurren elementos adicionales, tales como: la permanencia, finalidad criminal, y una estructura más o menos compleja<sup>31</sup>.

En cambio, los grupos y asociaciones criminales se definirían “como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno (SSTS 719/2013, de 9 de octubre; 852/2016, de 11 de noviembre; 379/2017, de 25 de mayo)”<sup>32</sup>.

Ahora bien, para efectos de delimitar los requisitos que deberían concurrir en una agrupación o asociación criminal para ser considerada como tal —y así distinguirla de la mera codelincuencia—, sería necesario, de acuerdo con el TS español, recurrir al Derecho Internacional. Afirma el TS<sup>33</sup> que el criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español.

En concreto, se refiere a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y que Chile, al igual que España, también firmó y luego ratificó, en nuestro caso, con fecha 29 de noviembre de 2004, razón por la cual constituye derecho vigente en ambos países.

Así, el artículo 2 de la citada Convención establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por “grupo delictivo organizado” [organización] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por “grupo estructurado” [grupo] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión

<sup>31</sup> STS español, 485/2023, de 21 de junio de 2023.  
Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

<sup>32</sup> STS español, 485/2023, de 21 de junio de 2023.  
Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

<sup>33</sup> STS español, 485/2023, de 21 de junio de 2023.  
Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada<sup>34</sup>.

Por tanto, concluye el TS español, “para la existencia de un grupo criminal se precisa de una mínima permanencia, una cierta estabilidad, una reiteración de hechos similares, por similares procedimientos y con un cierto grado de planificación”<sup>35</sup>.

Con todo, para que tal agrupación o asociación sea considerada terrorista, no basta la concurrencia de tales elementos de permanencia o temporalidad. Como se ha dicho, la asociación debe obrar, además, persiguiendo determinados fines expresamente señalados en la ley. Sobre ello, volveremos más adelante.

En definitiva, y volviendo a aquellos elementos que nos permiten determinar cuándo estamos en presencia de un delito terrorista, debemos concluir que la necesidad de una asociación constituye solo uno de los supuestos o modalidades contenidas en la ley. Ello, a pesar de que el legislador original, tal como reza el Mensaje de la que ahora es ley, pretendía elevar a la categoría terrorista, solo las acciones desplegadas por una agrupación.

En contra, el legislador chileno se vio forzado a incluir también al sujeto que obra en forma individual, o los llamados “lobos solitarios”, sobre los que trataremos a continuación.

### 2.3. 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, es solo una de las posibilidades de ejecución del ilícito. Así, el actuar individual de un sujeto puede cumplir tanto con las exigencias típicas como con 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”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2004), pp. 5 y ss.

<sup>35</sup> STS español, 485/2023, de 21 de junio de 2023.  
Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

<sup>36</sup> Para más información, véase GUTIÉRREZ-SANZ (2018), pp. 529 Y SS.; COSTA (2017), *PASSIM*; ARIAS (2018), pp. 51 Y SS.; GARRIGA (2014), *PASSIM*, Y SIMÓN (2013), *PASSIM*.

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”<sup>37</sup>.

Por su parte, Ramón Spaaij, 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<sup>38</sup>.

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 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* (terrorista de universidades y aerolíneas), lo que dio lugar, más tarde, a que los medios de comunicación se refirieran a él como “el Unabomber”. Este sujeto 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*

---

<sup>37</sup> ARIAS (2018), pp. 51 y 52.

<sup>38</sup> SPAAIJ (2012), p. 16.

*New York Times* en 1995<sup>39</sup>, 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 aislados, que no pertenecen 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 irremediablemente catalogados como ilícitos simples, lo cual, por cierto, no parece haber sido la intención del legislador.

En efecto, no es excepcional que en Chile se opere a partir de acciones individuales y no de organizaciones complejas y sostenidas en el tiempo. El atentado bomba al metro Escuela Militar en 2014, los seis atentados explosivos ocurridos entre el 2017 y 2018 —entre los que destacan la bomba dirigida al entonces presidente de Codelco, el paquete explosivo dirigido al presidente de Metro, y el artefacto ubicado en un paradero en Vicuña Mackenna—; los envíos y colocación de explosivos en 2019 en contra de Carabineros y un ex Ministro; y más recientemente, la colocación de una bomba en Las Condes, entre otros, todos constituyen atentados ejecutados en forma individual, que aluden a causas de índole anarquistas e incluso “ecológicas”, muy lejanas a la organización permanente que “disputa del poder del Estado” que se tuvo en mente al inicio del, entonces proyecto, hoy Ley N° 21.732

En efecto, y como se ha mencionado, la ley finalmente acogió esta tesis e incorporó en su artículo 4° la figura del terrorista individual “inconexo”, esto es, el sujeto que obra sin formar parte de una asociación terrorista ni actúa en adherencia a los fines de una asociación terrorista; esto es, un lobo solitario.

Con todo, la necesidad de castigar los actos terroristas llevados a cabo por sujetos en forma individual, no implica desconocer la eventual existencia de organizaciones con algún grado de permanencia, como ocurre en el caso de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), Resistencia Mapuche Malleco (RMM), o aquellas a que habrían pertenecido los autores del triple homicidio de Carabineros ocurrido en Cañete el pasado 27 de abril de 2024, la orgánica Weichán Auka Mapu (WAM) y Resistencia Mapuche Lavkenche (RML).

---

39 “The Unabomber Trial: The Manifesto”, The Washington Post: National Special Report. Disponible en línea: <https://wapo.st/2NhoUML>.

## 2.4. El terrorismo como acción del Estado

Por su parte, se ha sostenido que el verdadero o “auténtico”<sup>40</sup> terrorismo es aquel que proviene del Estado. Esta afirmación se funda, de acuerdo con Villegas, en lo siguiente:

“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”<sup>41</sup>.

De esta forma, se ha recurrido a un concepto “cuasiontológico” 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*<sup>42</sup> 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 interno de un país y, en lo que nos interesa, de la aplicación de la actual y nueva Ley 21.732. En tal sentido, afirma Lamarca:

“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”<sup>43</sup>.

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 1791-1794.

<sup>40</sup> Para más información, confrontar especialmente con VILLEGAS (2018), p. 511.

<sup>41</sup> VILLEGAS (2018), pp. 511 y 512.

<sup>42</sup> Sobre el caso y la sentencia que recayó en él, véase LAMARCA (1993), p. 535.

<sup>43</sup> LAMARCA (1993), p. 541. Énfasis añadido.

Por cierto, los Estados –con gobiernos 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 relativo a las normas internacionales sobre la materia<sup>44</sup>.

## 2.5. 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 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, además de la infracción de ciertos deberes y normas, a su vez, especiales.

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 sede antiterrorista– nada tiene que ver con la recién expuesta —binomio común-especial—, sino que ha de entenderse en contraposición a los denominados delitos políticos —binomio común-político—.

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<sup>45</sup>.

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:

“La mayoría de los autores consideran, además, indispensables

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido, véase LAMARCA (1993), p. 542. A 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, me referiré al final de este texto.

<sup>45</sup> 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”. Énfasis añadido.

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)”<sup>46</sup>.

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.

## 2.6. El elemento subjetivo del delito terrorista: de la intención de provocar terror como elemento central del terrorismo a los nuevos elementos subjetivos exigidos en la Ley N° 21.732

Como se ha señalado, el legislador chileno exigía 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 el artículo 1° de la ley agregaba que este temor puede ser identificado:

“[...] 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”.

Tal *elemento subjetivo* del tipo –producir terror– fue introducido en la antigua Ley N° 18.314 en el año 1991 en virtud de una de sus principales modificaciones: me refiero a la Ley N° 19.027. Dicho elemento fue reafirmado posteriormente con la Ley N° 20.467, de 2010. En efecto, el mensaje de esta última afirmó:

“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

<sup>46</sup> Sentencia de la Corte Suprema, *RDJ*, t. 54, sección cuarta, p. 197, de 24 de septiembre de 1957.

busca, precisamente, explicitar que *esa finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista*<sup>47</sup>.

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

Para comprender el sentido de esta exigencia y las nuevas exigencias que contiene el texto hoy vigente –desde un prisma jurídico y penal–, se debe considerar, primeramente, que un tipo penal –en su faceta interna– puede incluir ciertos elementos de carácter subjetivo *además* y distintos 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 ilícitos. 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 (eso que comúnmente llamamos “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 busquen una finalidad que se logra *más allá* de la conducta delictiva. Se trata de un fin ulterior denominado elemento de *tendencia interna trascendente*<sup>48</sup>.

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 tras-*

---

<sup>47</sup> Para más información, véase Historia de la Ley 20.467pp. 3 y 4. Énfasis añadido.

<sup>48</sup> 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)”. En MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 287. Sobre estos últimos, volveremos al revisar las nuevas finalidades incluidas en la Ley N° 21.732.

*cendente*, 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 derogada Ley N° 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”<sup>49</sup>.

Por ello, no es atendible aquel argumento –reiterada y erróneamente expuesto durante la tramitación de la ley<sup>50</sup>– en virtud del cual la finalidad aquí analizada constituiría un *dolus specialis* o “dolo terrorista”<sup>51</sup>. 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.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ E ÍÑIGO (2017), pp. 39 y ss.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, BCN (2010), pp. 28, 29, 30, 72, 73, 75, 76, 78, 80, 87, 100, 101, 124, 128 y 245.

<sup>51</sup> En sentido similar, véase VILLEGAS (2016), p. 161. Pese a la coincidencia con la profesora Villegas en que el tipo no exige un dolo especial terrorista, a mi juicio no es compartible con dicha profesora el identificar la finalidad terrorista con la finalidad de “alterar el orden constitucional o de derrocar a un gobierno legítimamente constituido”.

Al efecto, dedujo 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 N° 18.314; de hacerlo así, se podría sancionar doblemente una misma conducta, lo que se encuentra vedado por el derecho penal”<sup>52</sup>.

Sin embargo, a mi parecer, la Corte Suprema no valoró 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 admite 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 a demostrar, por sí solo, el carácter terrorista de todos ellos.

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

“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 estas, conjuntamente”<sup>53</sup>.

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

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 15163-2018, de 10 de octubre de 2018, considerando 46°.

<sup>53</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, del 11 de junio de 2018, considerando trigésimo quinto.

–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 (“estragante”), se puede llegar a afirmar, sin más, que este sería capaz de generar temor en la población, en el sentido de la Ley N° 18.314.

En efecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco había indicado 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 también, 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”<sup>54</sup>.

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

Así, –a mi juicio, correctamente– el tribunal de La Araucanía añade:

“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

<sup>54</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, de 11 de junio de 2018, considerando 35°. Énfasis añadido.

incendiados, y a partir del hecho *sub litis* ya no solo dependencias de su propiedad, sino también aquellos y estas, conjuntamente”<sup>55</sup>.

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:

“Que, como ya se dijo, para satisfacer las exigencias del artículo 1° de la Ley N° 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 la 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”<sup>56</sup>.

De esta forma, afirma 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”<sup>57</sup>.

Pese a lo anterior, la nueva Ley N° 21.732, no solo derogó la Ley N° 18.314, sino que además eliminó definitivamente como requisito típico del delito terrorista que el sujeto o miembros de la asociación actúen con la intención trascendente de generar temor en todo o parte de la población.

En su lugar, el legislador ha preferido reemplazar dicha finalidad por tres nuevas que, pese a ser notoriamente distintas a la fórmula anterior, también operarían —al menos las 2 primeras— como elementos de índole subjetivos. Revisemos:

<sup>55</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT 150-2017, RUC 1300701735-3, de 11 de junio de 2018, considerando 35°. Énfasis añadido.

<sup>56</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 15163-2018, de 10 de octubre de 2018, considerando 44°.

<sup>57</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 15163-2018, de 10 de octubre de 2018, cuadragésimo 7°.

La nueva ley antiterrorista propone la ejecución de ciertos tipos unidos a propósitos específicos, llamados por ello “delitos-fin”. Así, el proyecto exige que los delitos susceptibles de ser calificados como terroristas, vayan acompañados de alguna de las siguientes finalidades:

1) socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; 2) imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; o 3) cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella.

En cuanto a tipos portadores de elementos subjetivos se trata, la doctrina distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos. Los primeros (de resultado cortado), serían aquellos en que la intención del sujeto va dirigida *a un resultado independiente de la acción típica*, resultado que, en todo caso, *no es preciso que se produzca* (de allí que se denominen, de resultado cortado).

Los segundos, en cambio (delitos mutilados de dos actos), son aquellos en que la intención del sujeto va dirigida *a la realización de otra actividad posterior*, pero que, al igual que la primera categoría, *tampoco es necesario que se produzca*.

La Ley N° 21.732, al recurrir a la técnica de delitos-fin (arts. 2° y 4°) replica, precisamente, estas fórmulas, vinculando un delito determinado (*v. gr.*, un atentado explosivo) al subjetivo resultado (cortado) de “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas (...)”; o a la actividad subjetivamente querida de “imponer alguna decisión a una autoridad (...)”.

Así, que el resultado buscado en el primer caso (delito de resultado cortado) o la actividad ulterior querida (delito mutilado de dos actos) no se produzca, no significa, de manera alguna, que tal elemento subjetivo no esté incorporado en el tipo y que, por tanto, también requiera prueba, tal como lo requiere el fin de causar temor antiguamente contemplado.

Ahora bien, solo uno de los elementos que nos trae la nueva ley pareciera objetivar los tipos-fin al unirlos a un tercer criterio alternativo: “cuando por los métodos previstos para su perpetración, o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o para desmoralizar a la población civil o a una parte de ella” (art. 2° y 4° letra c).

En tal sentido, tampoco se ve una mejora dada la ambigüedad de la fórmula “aptitud para someter o desmoralizar a la población civil”, fórmula que parece hacer alusión a percepciones fáctico/culturales de difícil determinación que pueden conducir a una subjetivación judicial incompatible con el principio del hecho; bastante más complejas de probar que la fórmula “provocar temor”. Sobre ello, volveremos en el siguiente acápite.

En definitiva, el legislador ha optado por un modelo híbrido, en que se entremezclan las fórmulas asociativas con las de terrorismo individual (conexo o inconexo), gran parte de las cuales exigen la concurrencia de elementos subjetivos que, en mi parecer, mantienen la dificultad probatoria que, precisamente era criticada respecto de la derogada Ley N° 18.314.

En efecto, parece no haber sido tomado en cuenta durante la discusión del proyecto que dio origen a la nueva ley terrorista el hecho de que la propia existencia de una asociación terrorista, en cuanto a su comprobación judicial interesa, supone la existencia de ciertos vínculos subjetivos entre sus miembros, máxime cuando la ley exige que la asociación persiga ciertos fines.

En tal sentido, resulta interesante alertar que el Tribunal Supremo español —país desde donde se toma esta noción asociativa—ha exigido jurisprudencialmente que, para la configuración y categorización de una organización como terrorista se requiere “la existencia de vínculos de coincidencia ideológica” entre sus miembros<sup>58</sup>; exigiéndose un elemento subjetivo de no despreciable entidad que el proyecto y posterior Ley N° 21.732 no explicita, pero que sí parece suponer implícitamente (así parece deducirse al señalar el proyecto que la existencia de una organización terrorista exige que ésta posea “una agenda delictual” que se traduzca, a su vez, “en una determinada estrategia de disputa del poder del Estado”<sup>59</sup>).

En otros términos, la exigencia de elementos subjetivos no solo se limita a la constatación de si la asociación persigue tales fines, sino que tal asociación existe y subsiste en el tiempo en virtud de la consonancia recíproca de propósitos entre todos y cada uno de los miembros de la agrupación conformada para un mismo fin.

---

<sup>58</sup> Véase: Sentencia del Tribunal Supremo español, N° 10272/2007 de 2 de noviembre de 2007.

<sup>59</sup> Cfr. Boletín N° 16.210-25, p. 13.

Con todo, y dada la necesidad de delimitar dogmáticamente las nuevas finalidades establecidas por el legislador y así facilitar el ejercicio hermenéutico de tales elementos por parte de jueces y operadores jurídicos, a continuación, analizaremos cada una de las tres finalidades contenidas en los artículos 2° y 4° de la ley.

### 2.6.1. Socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático

En primer lugar, hemos de entender por el vocablo “socavar”, de acuerdo con su sentido natural (diccionario de la RAE), como el *debilitar* algo o de alguien; y por “desestabilizar”, *alterar* o *perturbar* la estabilidad, que en lo que nos importa (su segunda acepción) se ha entendido, como comprometer la estabilidad de una situación política o económica. Así, afirma el organismo oficial de la lengua española, “el terrorismo desestabiliza la economía del país”.

Ahora bien, ambos verbos rectores han de entenderse en relación con su *potencialidad* para afectar los bienes jurídicos allí tutelados, esto es, las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático. Y destaco la idea de potencialidad pues, como se adelantara, la técnica legislativa que utilizada por el legislador es la propia de los delitos de “resultado cortado”, razón por la cual basta con que la acción del sujeto (lo *objetivo*) *apunte a* o se ejecute en *miras de* (lo *subjetivo*) socavar o desestabilizar tales estructuras democráticas; pero aquí lo importante: sin que sea necesario que tal socavamiento o desestabilización efectivamente se produzca. De allí que se denominen de resultado cortado<sup>60</sup>.

Por su parte, hemos de entender por “estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático”, supone, como pilar fundamental, la dignidad de la persona humana como fundamento del Estado de Derecho y del constitucionalismo democrático contemporáneo<sup>61</sup>, razón por la cual todas las estructuras políticas, sociales o económicas descansan sobre las Bases de la Institucionalidad (Cap. I CPR). Ello supone, entre otros aspectos: la familia como núcleo fundamental de la sociedad; el bien común como fin del Estado; la forma del Estado; la cláusula de gobierno republicano y democrático; el Estado de Derecho; la soberanía del Estado y sus límites; la supremacía constitucional, entre otros.

<sup>60</sup> Entendiendo así estas categorías delictivas, MIR PUIG (2011), pp. 236 y s.

<sup>61</sup> NOGUEIRA (2009), pp. 143 y ss.

Asimismo, y desde un aspecto funcional, la causal apunta a todo debilitamiento o desequilibrio de uno o más de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), dentro de los cuales se incluyen el funcionamiento, por cierto, de cada uno de los órganos, autónomos o dependientes, centralizados o descentralizados del país, tales como ministerios, intendencias y gobernaciones, municipios, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, Las Fuerzas Armadas, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, etc.

### 2.6.2. Imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático

La segunda causal contenida en la nueva Ley N° 21.732 no es del todo novedosa en tanto que la antigua Ley N° 18.314 ya planteaba algo similar en su art. 1° al exigir que el hecho se cometiera 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, una de cuyos indicadores era el siguiente: “sea porque se cometa *para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*”.

Pues bien, sin perjuicio de que la fórmula contenida en la Ley N° 18.314 habría quedado relegada por la finalidad principal de generar temor en todo o parte de la población<sup>62</sup>, la fórmula aquí descrita no se supedita a ninguna otra. En efecto, y dada la redacción de ambas disposiciones que la contienen (art. 2 y 4), se trata de una finalidad independiente y disyuntiva de la anterior, por lo que su sola convergencia con alguno de los delitos expresamente señalados en la ley, permite dar por configurado el delito terrorista, tanto respecto de la acción desplegada por sujetos pertenecientes a una asociación, como por parte de quien obra en particular.

En cuanto a los verbos rectores de la finalidad, por “imponer” hemos de entender el *poner una carga* o una *obligación*; y por “inhibir”, el *impedir o reprimir el ejercicio de facultades*. Ambas, darían cuenta de la pretensión de interferir en la libertad de decisión de ciertos funcionarios públicos.

Respecto de la expresión “autoridad” del Estado democrático, estimo que hace referencia a cualquier funcionario público —del Estado— que ejerza autoridad. En tal sentido, se ha señalado que dicho concepto debe extraerse directamente de la forma en que la Constitución utiliza el sustantivo autoridad. Siguiendo a Díaz

<sup>62</sup> En el mismo sentido, MAÑALICH (2015), p. 155.

García<sup>63</sup>: “Una revisión de las disposiciones constitucionales en las que se emplea el vocablo autoridad permite advertir que con ella se alude, sin que esta enumeración sea exhaustiva, a quienes ejercen el poder político<sup>64</sup>, a quienes ejercen funciones administrativas<sup>65</sup>, y a los tribunales<sup>66</sup>.”

Finalmente, es importante precisar que esta segunda hipótesis, a diferencia de la primera, no cabe catalogarse como aquellas denominadas de *resultado cortado*. Como se adelantara *supra*, lo que aquí ha plasmado el legislador se corresponde más concretamente con los denominados delitos *mutilados de dos actos*. Siguiendo a Mir Puig<sup>67</sup>, estos delitos —que por cierto, se caracterizan por contener este tipo de elementos subjetivos— son aquellos en que la intención del sujeto (aspecto subjetivo) va dirigida a la realización de una *actividad* posterior (sea del propio sujeto o de un tercero), pero que, al igual que la primera categoría, tampoco es necesario que se produzca. En el caso concreto, la intención del sujeto debe ir dirigida a la imposición o inhibición de una decisión de la autoridad (*v. gr.*, la liberación de condenados, la restitución de tierras, la no ejecución de una resolución judicial, etc.) sin que sea necesario que dicha decisión efectivamente sea ejecutada, o no ejecutada, por parte de la autoridad destinataria de las conminaciones descritas.

---

<sup>63</sup> DÍAZ GARCÍA (2012), pp. 62 y s.

<sup>64</sup> El artículo 8º, inciso tercero utiliza el sustantivo autoridad para aludir a quienes ejercen el poder político. En tal sentido preceptúa: “El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública”. Aquí es preciso anticipar que el legislador antiterrorista ha contemplado excepcionalmente que la comisión de ciertos delitos por parte de una asociación terrorista, como el atentar contra el Jefe de Estado, *siempre* se considerará terrorista. Así lo dispone el inciso final del art. 2, en relación con los arts. 7 y 8, todos de la Ley N° 21.732. Sobre estas hipótesis objetivas, volveremos más adelante.

<sup>65</sup> El artículo 12 utiliza el sustantivo autoridad para referirse exclusivamente a quienes ejercen funciones administrativas. En tal sentido, dispone: “La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca” puede recurrir ante la Corte Suprema para solicitar la tutela de la misma”.

<sup>66</sup> El artículo 39, inciso primero, expresamente aplica la expresión autoridades a los órganos jurisdiccionales al disponer que “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales”.

<sup>67</sup> Mir Puig (2011), pp. 236 y s.

### 2.6.3. O cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella

Finalmente, el legislador recurre a esta tercera hipótesis que permite calificar un hecho como terrorista, ya sea por parte de los miembros de una asociación terrorista (art. 2º), o por parte de un sujeto en solitario (art. 4º letra c).

Al igual que las hipótesis anteriores, la presente es de carácter disyuntiva. Así es posible desprender del vocablo “o” con que se da inicio a esta tercera fórmula, razón por lo que resulta suficiente con que una conducta, de las típicamente señaladas en la ley, sea ejecutada en concurrencia con la presente fórmula, para que el delito sea susceptible de ser calificado como terrorista, sin necesidad de algunas de las finalidades ya analizadas.

En tal sentido, a diferencia de las fórmulas anteriores, la hipótesis aquí analizada no se corresponde propiamente tal con una exigencia de índole subjetiva. En efecto, todo parece indicar que el legislador quiso plasmar aquí —y así es posible desprender de ciertos debates académicos suscitados durante la tramitación del proyecto— una fórmula más bien objetiva.

Así, la técnica que aquí se recogería sería la de los denominados delitos “de aptitud” o “de idoneidad”<sup>68</sup>. Así, y siguiendo a Maldonado<sup>69</sup>, los delitos de aptitud constituirían una especie de delitos “de peligro abstracto-concreto”, en tanto que comparten caracteres de ambas categorías. Se trata de formulaciones típicas en las que se requiere la afirmación de la peligrosidad de la conducta en concreto —su idoneidad lesiva—, pero “sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico, en un resultado. Es decir, y según ya hemos desarrollado, se exige la presencia de “peligrosidad” más no de “peligro”.

Por ello, cabría ser aplicada esta hipótesis en la medida que la ejecución de alguno de los delitos del catálogo fijado por la ley, sea ejecutado *de un modo* (ámbito objetivo), que tenga *la aptitud para*, esto es, la potencialidad o idoneidad lesiva (peligrosidad), para someter o

<sup>68</sup> En este sentido, Mañalich (2021), pp. 94 y ss. Así, además, lo afirmó este autor a propósito de una de sus intervenciones durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 21.732. Historia de la Ley N° 21.732, pp. 246 y s.

<sup>69</sup> Maldonado (2006), p. 49.

desmoralizar a la población civil o a una parte de ella, sin que sea necesario que efectivamente se haya sometido o desmoralizado a la población civil o a una parte de ella.

#### 2.6.4. Excurso: inconstitucionalidad de tercera finalidad terrorista por incumplimiento del mandato de tipicidad

Sin perjuicio de que no es posible desarrollar mayormente aquí estas ideas, estimo que la tercera finalidad exigida en el artículo 2° de la Ley N° 21.732, esto es: “cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella”, tratándose de asociaciones terroristas; así como la tercera finalidad contenida en la letra c) del art. 4°, esto es, “Someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella”, tratándose de lobos solitarios, presentan serios problemas de constitucionalidad debido a la ausencia de determinación en la delimitación de la conducta prohibida.

En efecto, las fórmulas expresadas no permiten, a mi parecer, delimitar el contenido prohibitivo de la norma, incumpliendo el mandato de exhaustividad constitucional que pesa sobre el legislador al momento de consagrar nuevas figuras penales (art. 19 N° 3 CPR). Y ello se evidencia especialmente, desde que el legislador no hace desarrollo alguno sobre cómo se ha de constatar o determinar el “sometimiento” o “desmoralización” de la población civil; ambos elementos de índole cultural cuyos contornos se difuminan en las incontables eventuales interpretaciones que tales vocablos admiten.

#### 2.7. Prueba del elemento subjetivo “causar terror” y de las nuevas finalidades de la Ley N° 21.732

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”<sup>70</sup>. Sin embargo, y siguiendo a Ragués, el mismo derecho romano plantea que la prueba del dolo solo puede acreditarse como algo *ex re*, es decir, “a partir de la

---

<sup>70</sup> Famosa es la afirmación clásica *dolus vere probari non potest, cum in animun consistat*. Para más información, véase HRUSCHKA (1976), pp. 25 Y 26.

naturaleza exterior de la conducta realizada por dicho sujeto”<sup>71</sup>. En tal sentido, la prueba de los elementos subjetivos ha de pasar 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, los documentos, etcétera), la regla general para la acreditación judicial de un elemento subjetivo requerirá de prueba *indirecta*<sup>72</sup> y, dentro de esta, especialmente, de la prueba *indiciaria*<sup>73</sup>.

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”<sup>74</sup>.

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<sup>75</sup>.

En la prueba indiciaria, agrega Cordón:

“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

<sup>71</sup> RAGUÉS (1998), pp. 334 y ss.

<sup>72</sup> 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), pp. 30 y 31.

<sup>73</sup> Para una revisión completa de la prueba indiciaria, véase la tesis doctoral defendida en Salamanca por CORDÓN (2011), *PASSIM*.

<sup>74</sup> STC, 174-1985, de 17 de diciembre de 1985. Ponente: Segura Latorres. Citado por RAGUÉS (1998), p. 368, NOTA 107.

<sup>75</sup> Para más información, confrontar con TARUFFO (2008), p. 105.

indiciaria será 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”<sup>76</sup>.

En el caso Luchsinger-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”<sup>77</sup>.

En dicha oportunidad, y como es sabido, la Corte Suprema desestimó el delito terrorista, precisamente, por la supuesta falta de elementos que permitieran arribar a la conclusión de existencia del fin de causar terror. En contra, y por la calificación como delito terrorista, se había pronunciado antes el Tribunal Oral en lo Penal de Angol en el año 2003, indicando que a partir 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”<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> CORDÓN (2011), p. 81.

<sup>77</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 15163-2018, de 10 de octubre de 2018, voto concurrente del ministro Künsemüller, considerando 3°.

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Oral de lo Penal de Angol, RUC 0100083503-6, de 14 de abril de 2003. Énfasis añadido.

Pues bien, dado que las nuevas exigencias de la Ley N° 21.732 también responden, al menos las 2 primeras hipótesis, a elementos de índole subjetivos, la prueba de dichas finalidades también pasará, salvo evidencia directa, por la prueba indiciara.

Con todo, parece especialmente relevante, dado el factor o elemento comunicacional que, pese a no ser exigido típicamente, suele estar presente en las conductas terroristas. Aquellos fines que persigue tal o cual asociación o individuo, y que son expresados antes, durante o con posterioridad a la ejecución del hecho, mediante panfletos, declaraciones públicas, reivindicaciones, etc., deben necesariamente ser valorados para acreditar, precisamente aquello que está en el fuero interno de él o los sujetos intervinientes.

Un buen ejemplo de lo anterior es posible encontrar tras el ataque con artefactos explosivos producidos el día 27 de febrero de 2020 a un edificio en la comuna de Vitacura y a Carabineros. Tras el hecho, y por medio de una declaración subida al sitio web “contra info”, el autor del atentado publicó la siguiente declaración bajo el título “Doble ataque explosivo al barrio de los ricos por la expansión de la revuelta” señaló:

“Reivindicamos la colocación de dos artefactos explosivos en las dependencias de la inmobiliaria Transoceánica ubicada en la av. Santa María de la comuna de Vitacura”. Asimismo, y siendo evidencia que luego se acompañó al proceso penal, se agrega a la declaración “Ambos dispositivos fueron programados con media hora de diferencia para que el primero remeciera la normalidad del barrio burgués y el segundo, de bastante potencia, para que explotara en momentos en que los cobardes violadores del GOPE se hicieran presentes en el lugar (...). Esta acción pretende intensificar esa irrupción. Es la continuidad de esa avalancha de odio y venganza que azotó a los poderosos las primeras semanas de la revuelta y que busca sin tapujos instalar el temor entre quienes viven a costa de la miseria de otros (...). La revuelta sabotea permanentemente la normalidad, la hace añicos, rompiendo cadenas que parecían eternas, demostrando la vulnerabilidad del Estado y del empresariado capitalista. Pero pensamos que podemos ir por más multiplicando los ataques armados y selectivos contra nuestros enemigos, contra el poder en todas sus formas, siendo parte de este vendaval masivo y generalizado mediante acciones de guerrilla urbana, preparándonos en la práctica para enfrentar la intensificación de la represión. Y es por medio del combate anárquico desde donde aportamos a la propagación de la revuelta, apostando por llevar a límites insospechados la conflictividad, negando en los

hechos cualquier acuerdo de paz y constitución que pretenda dirigir nuestras vidas”<sup>79</sup>.

## 2.8. Hipótesis objetivas de terrorismo en la nueva Ley N° 21.732

La nueva ley antiterrorista acierta, desde mi perspectiva, al haber consagrado en su articulado ciertas hipótesis *genuinamente objetivas* de terrorismo, respecto de las cuales no es necesario acreditar la concurrencia de elemento subjetivo alguno, como tampoco la idoneidad modal de los métodos empleados. En tal sentido, se celebra el haber consagrado expresamente que, frente a la comisión de ciertos, la organización será *siempre será considerada como terrorista*, en la medida que tales ilícitos sean ejecutado por parte de los miembros de una asociación terrorista conformada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo.

Tales delitos, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo dos, son aquellos contemplados en los arts. 8° y 9° de la misma ley, figuras que hacen alusión: 1) a los atentados contra la vida del Jefe de Estado u otras altas autoridades (caso del art. 8°); y 2) la colocación o detonación de artefactos explosivos de gran magnitud (art. 9°).

Para una mejor comprensión, tales disposiciones rezan así:

“Artículo 7°.- El que atente contra la vida o integridad física del Jefe de Estado o ministros de Estado; de los senadores y diputados en ejercicio; de los ministros de los tribunales superiores de justicia o jueces con competencia en lo penal; del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales del Ministerio Público, en razón de su cargo, será sancionado:

1° Con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, si se causa la muerte de la víctima.

2° Con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si de resultas de las lesiones el ofendido queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

Idénticas sanciones se aplicarán a quienes atenten contra la vida o integridad física de personas protegidas internacionalmente, de conformidad con los tratados internacionales”.

---

<sup>79</sup> Extracto de la declaración subida al sitio web “contra info” contenida en Acta certificada por la Notario Verónica Torrealba de la Trigésima Tercera Notaría de Santiago con fecha 15 de septiembre de 2022 y presentada ante el El 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

“Artículo 8º.- El que coloque, envíe, active, arroje, detone o haga explosionar una bomba o artefacto explosivo o incendiario, que por sus características y por las circunstancias de tiempo y lugar afecte o pueda afectar a una cantidad elevada de personas, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo, conjuntamente con las que corresponda aplicar por la muerte o lesiones causadas”.

Respecto de esta última disposición —artículo octavo—, un posible caso en que habría sido aplicable esta figura, sería el atentado explosivo ocurrido en 2014 en la subestación del metro Escuela Militar que ya tuvimos ocasión de revisar. Como se recordará, y dada la potencia de la explosión, resultaron heridas 14 personas, las cuales sufrieron amputaciones, fracturas y lesiones de diversa gravedad, precisamente debido a que, al momento de la comisión del hecho —día lunes 8 de septiembre a las 14:00 hrs.— había un flujo importante de pasajeros transitando por el lugar.

Señalado lo anterior, y habiendo revisado aquellos elementos que la ley, 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 los elementos subjetivos que exige nuestra ley, corresponde ahora plantear la noción material de delito terrorista que aquí se utilizará.

## 2.9. 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, los cuales se persiguen a través de la comisión, individual o colectiva, de ilícitos graves especialmente señalados por el legislador, ejecutados en forma indiscriminada, aleatoria o impredecible.

Es aquella *cosificación* o *instrumentalización* del ser humano lo que acarrea una carga de reprochabilidad mayor que la 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 9º 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, que al respecto señala:

“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”<sup>80</sup>.

Por otro lado, y en atención a que el legislador chileno, en virtud de la promulgación de la nueva Ley 21.732, exige típicamente que la asociación terrorista o el individuo que, en forma conexa o inconexa con los fines de una asociación, realicen determinados tipos penales que apunten a fines expresamente definidos en la misma ley (arts. 2 y 4), resulta necesario que el concepto de terrorismo que aquí se asuma, admita integrar tales fines a su definición, a saber:

Respecto de las asociaciones (art. 2): socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; o imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; y,

Respecto de lobos solitarios (art. 4): letra a) socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; o letra b) imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático.

En tal sentido, estimo, nada impide que dichas exigencias, dada su amplia delimitación típica, puedan ser colmadas a partir de fines o causas más específicas, precisamente dada la imposibilidad del legislador de abarcar típicamente todas las (infinitas) causas que eventualmente pueda perseguir tal o cual asociación o individuo; lo anterior, en la medida de que no se extiendan sus contornos más allá de lo que admite cada finalidad.

Así, por ejemplo, la asociación que realiza atentados incendiarios, explosivos o ejecuta homicidios de civiles o uniformados para obtener el control o restitución de un espacio del territorio nacional (como es el caso de las asociaciones terroristas que actúan en la macrozona

---

<sup>80</sup> Para más información, véase SILVA BASCUÑAN (1997), p. 169.

sur), sin duda también persiguen socavar o desestabilizar las estructuras del Estado democrático (primera finalidad expresada en la ley). Lo anterior, en tanto que tal finalidad perseguida —llamémosla, finalidad “separatista”— supone, como implicancia necesaria, la de debilitar o desequilibrar uno o más de los poderes del Estado o el ejercicio de los derechos o libertades de las personas; estos últimos, como casos paradigmáticos de estructuras de un Estado democrático.

Con todo, es importante recordar que dada la técnica legislativa escogida por el legislador (delitos-fin), y que en el caso de la primera finalidad expresada en la ley (“socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático”), se corresponde a lo que en doctrina se conoce como delito de *resultado cortado*, no es necesario que dicho socavamiento (como sinónimo de debilitamiento) o desestabilización (como sinónimo de desequilibrio) efectivamente se produzca en los hechos. Como tuvimos ocasión de revisar, en esta categoría de delitos basta con que la intención del sujeto vaya dirigida a dicho resultado (socavar o desestabilizar), pero no es preciso que tal propósito subjetivo efectivamente se produzca; de allí que se denominen, de resultado cortado.

Y lo mismo es posible predicar de la segunda finalidad alternativa expresada en la ley. Que aquello que se persiga con la comisión del delito —ideológicamente fundado en lo que el grupo o individuo terrorista sustente— sea imponer o inhibir una decisión de la autoridad, no requiere que efectivamente tal propósito de conminación a la autoridad se traduzca en la efectiva ejecución u omisión de lo demandado.

Corolario de lo anterior, y habiendo revisado cómo las finalidades exigidas por la ley admiten ser compatibles con aquellas causas o finalidades ideológicas que informan tal o cual organización o individuo terrorista, 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 individual o colectivamente en concomitancia con alguna de las finalidades señaladas en la ley, ya sea por motivos políticos, separatistas, anárquicos, religiosos, subversivos o de otro tipo, mediante métodos indiscriminados que suponen la instrumentalización de seres humanos inocentes o la afectación de bienes jurídicos especialmente tutelados.

## Capítulo 2

### El bien jurídico tutelado en el delito de terrorismo

A partir de lo revisado hasta ahora, y teniendo presente la nueva configuración típica del delito terrorista a partir de la publicación de la Ley N° 21.732, podemos afirmar que, a diferencia de la derogada Ley N° 18.314, esta nueva legislación sí incorpora el “orden constitucional” u “orden político” vigente entre los bienes jurídicos que busca tutelar<sup>81</sup>.

Así, dada la primera finalidad subjetiva que habilita la aplicación de esta normativa, recordemos: “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático”, la puesta en riesgo o afectación del bien jurídico “orden constitucional u orden político” sí quedaría tutelada bajo el amparo de esta ley. Y este punto no es baladí en tanto que, como veremos al final de esta obra, la antigua ley terrorista debía ceder el paso a la Ley N° 12.927 “Ley de Seguridad Interior del Estado” cuando, por ejemplo, se diera muerte a una persona con el propósito, esto es, concurriendo el elemento subjetivo de “alterar el orden constitucional o la seguridad pública”.

En efecto, hasta antes de la dictación de la nueva ley terrorista, un tal caso de concurso, a mí parecer, debía resolverse como uno de tipo ideal, dado que un mismo hecho —un homicidio— admitía ser captado por dos disposiciones (un solo hecho constituye dos delitos), debiendo aplicarse, en consecuencia, la pena mayor asignada al delito más grave (art. 75 CP).

Sin embargo, con la inclusión en el delito terrorista de la finalidad político-subversiva, pareciera ser que el orden constitucional también pasa a ser jurídico-penalmente protegido por la ley terrorista, en la medida que lo persiga el sujeto sea socavar o desestabilizar las

---

<sup>81</sup> En efecto, y a propósito de la sentencia en que se condena al autor del conocido atentado bomba en la subestación de Metro Escuela Militar, el Tribunal Oral en lo Penal de Santiago afirmaba “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* [Ley N° 18.314], en la medida que se constata la falta de relevancia de la finalidad política o político-social perseguida por el autor”. Cfr. 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1400674179-8, RIT 64-2017, de 15 de marzo de 2018.

estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático.

Sin perjuicio de lo anterior y los problemas concursales a que puede dar lugar la inclusión de estas nuevas finalidades —sobre los que trataremos más adelante—, la jurisprudencia chilena ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de los bienes jurídicos que, en general, se tutelan bajo la ley terrorista.

Así, y a pesar de que la nueva ley plantea reformas importantes, la Ley N° 21.732 mantiene, al igual que la derogada Ley N° 18.314, el sistema de asociar a un catálogo de delitos, ciertos fines; antes, el provocar temor en todo o parte de la población; hoy, los que ya hemos tenido ocasión de revisar. Por ello, no es equívoco afirmar que la ley terrorista daría cautela a cada uno de los bienes jurídicos que subyacen a aquellas figuras penales que están contenidas en dicho catálogo (para el catálogo, véanse, especialmente, los numerales 1° a 5° del art. 2 de la Ley N° 21.732).

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*”<sup>82</sup>.

Por otro lado, más recientemente, 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 predispuestos 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 con ánimo frío y calculador según se infiere de la cantidad de disparos que efectúan para consumir el

<sup>82</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de enero de 1988, *RDJ*, t. 85, sección quinta, p. 15, en SILVA BASCUÑÁN (1997), p. 170. ÉNFASIS AÑADIDO.

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 9º, inciso 1º, 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”<sup>83</sup>.

En tal sentido, y acorde a los principales planteamientos dogmáticos propuestos en Chile y a las disquisiciones que se han venido planteando, es pacífico afirmar que los bienes jurídicamente tutelados en materia antiterrorista son múltiples. Se trata, así, 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, tal como se indicara *supra*.

Particularmente representativo de esta aproximación resulta el fallo del Tribunal Oral de Santiago que se pronunció 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 (...), lo que determina que, en la ejecución de estas conductas, se comprometa también la seguridad, como bien jurídico colectivo”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1532-2018, de 9 de octubre de 2019, considerando 6º. Énfasis añadido.

<sup>84</sup> Para más información, véase la sentencia del 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1400674179-8, RIT 64-2017, de 15 de marzo de 2018, citada por la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, considerando 14º.

### Capítulo 3

## Derecho penal del enemigo y el terrorismo: La llamada “Tercera Velocidad”

### 1. El 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!”<sup>85</sup>.

Pareciera que cierto tipo de fundamentación terrorista –excluidos, en parte, grupos extremistas religiosos como, por ejemplo, el terrorismo yihadista<sup>86</sup>– repudia la existencia del Estado, busca socavarlo y rechaza los mandatos del ordenamiento jurídico, los cuales, pese a conocer, no le 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.

---

<sup>85</sup> En nota de prensa de Andrea González: “Termina juicio de chilenos en España”: “Viva la anarquía, muerte al Estado”, en *El Mercurio*, 10 de marzo de 2016.

<sup>86</sup> Sobre el origen del terrorismo religioso en Medio Oriente o islámico, véase Zarrouk (2011), pp. 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, habla de la existencia de una *tercera velocidad* del Derecho penal<sup>87</sup>. 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; y 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<sup>88</sup>.

Así, este derecho de *tercera velocidad* –Derecho penal del enemigo– surgiría como una necesidad, asociada a ciertos límites, de 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<sup>89</sup>.

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.

---

<sup>87</sup> SILVA SÁNCHEZ (2001), pp. 163 Y SS.

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ (2001), p. 263.

<sup>89</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), p. 47.

## 2.El derecho penal del enemigo: características y presupuestos

De acuerdo con Jakobs<sup>90</sup>, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad<sup>91</sup>, 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<sup>92</sup>. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas; aquí el ejemplo paradigmático sería la incomunicación del procesado<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Para más información, véase Jakobs y Cancio Meliá (2003), pp. 137 y ss. El concepto de 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), p. 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 (1796), p. 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), pp. 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”.

<sup>91</sup> 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), pp. 43 y ss.

<sup>92</sup> 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 asociaciones terroristas. Para más información, véase JAKOBS (2004), p. 44.

<sup>93</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), pp. 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<sup>94</sup>, el 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<sup>95</sup>, de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás miembros de la comunidad<sup>96</sup>.

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 consideradas 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 su presupuesto esencial no existe. De acuerdo con su configuración normativa de la sociedad<sup>97</sup>, la norma no solo

---

<sup>94</sup> 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), pp. 47 y ss.

<sup>95</sup> 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 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 (2005), p. 131, NOTA 26.

<sup>96</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), p. 47.

<sup>97</sup> JAKOBS (2004), *PASSIM*.

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 le son vinculantes. *Pacto o 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 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”<sup>98</sup>.

Teóricamente, y como pretende demostrarlo Jakobs, la concepción de *enemigo* posee relevantes aspectos que, incluso desde la filosofía jurídica, deben ser considerados<sup>99</sup>. Pese a ello, tal concepción no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales paso a revisar.

### 3. Principales críticas al derecho penal del enemigo

Resulta natural cuestionar los presupuestos del derecho penal del enemigo. Primero, dados los posibles conflictos que dicha teoría encuentra con la dignidad humana y con principios como el de igualdad ante la ley, debido proceso, proporcionalidad, etcétera. Asimismo, y como efecto de lo anterior, considerando los problemas de constitucionalidad que implica desconocer la calidad de persona de este *enemigo*.

Cancio Meliá, entre otros, critica la concepción pseudorreligiosa con la que se demoniza al enemigo, quien, más que como una fuente de peligro, se reconoce como un problema de *competencia normativa*

---

<sup>98</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), PP. 45 Y 46.

<sup>99</sup> 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 –referenciando especialmente a la cita de Kant con que Jakobs contesta a Muñoz, haciéndole notar *die Absurdität Ihrer Deutung*, “lo absurdo de su interpretación”–, con lo que, para Muñoz, se tornan vacíos los argumentos iusfilosóficos a que recurre el derecho penal del enemigo. Para más información, véase MUÑOZ (2005), PP. 123 Y SS.

*del agente* mediante la atribución de *perversidad*<sup>100</sup>. 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<sup>101</sup>.

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 señala que, en general, el derecho penal del enemigo no aportaría como un recurso disuasivo o preventivo general en la comisión de estos hechos, sino que solo constituiría un *demonizador de determinados grupos de infractores*<sup>102</sup>.

En Chile, algunos cuestionan el derecho penal del enemigo, pues el mismo atentaría contra la dignidad humana y sería, por tanto, inconstitucional<sup>103</sup>. Una primera incompatibilidad entre el derecho penal del enemigo y la dignidad humana consistiría en que aquel 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 a ciertos bienes –específicamente, del ejercicio de algunos derechos fundamentales– a ciertos individuos, todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social<sup>104</sup>.

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

---

<sup>100</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), p. 88.

<sup>101</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), p. 88.

<sup>102</sup> JAKOBS Y CANCIO MELIÁ (2003), pp. 90 y ss.

<sup>103</sup> NÚÑEZ (2009), pp. 383 y ss. Concluye este autor que el denominado derecho penal de enemigo –o 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 promulgarlo como norma vigente en un Estado constitucional garantista (y dignatario) de derecho.

<sup>104</sup> NÚÑEZ (2009), p. 400.

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*<sup>105</sup>.

Señala el autor que una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de derecho, el 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 los 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, etcétera), 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<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Para más información, contrastar con *Rasul con Bush*, 124 S.Ct.2686, de 28 junio de 2004; *Hamdi con Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633, de 28 junio de 2004, y *Rumsfeld con Padilla*, 124 S.Ct. 2711, de 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 Luisiana 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 aquí. 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 (2005), p. 129.

<sup>106</sup> MUÑOZ (2003), pp. 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 individuos. Ello, concluye Muñoz, resulta inadmisibles, pues implica un derecho penal –solo– de autor<sup>107</sup>.

#### 4. 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, ¿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 la 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 o 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 la sociedad y a quienes la representan, siendo, por tanto, los más dañosos. Es más,

---

<sup>107</sup> MUÑOZ (2003), PP. 100 Y SS.

manifestándose 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<sup>108</sup>.

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”<sup>109</sup>.

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)”<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> CARNEVALI (2010), p. 118.

<sup>109</sup> CARNEVALI (2010), p. 119.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2983, de 13 de diciembre de 2016.

Asimismo, la proporcionalidad de ninguna manera 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”<sup>111</sup>.

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 de 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.

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– con pleno respeto de los principios 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

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2995, de 27 de marzo de 2017.

principio– atentar contra la proporcionalidad, siempre que dicho aumento no responda al mero arbitrio, sino a los efectos propios de la actividad terrorista.

## 5. Derecho penal del enemigo en nuestra legislación: de la Ley N° 18.314 a la nueva Ley antiterrorista N° 21.732

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<sup>112</sup>.

Así, la derogada Ley N° 18.314 o ley Antiterrorista consagraba en su artículo 3° bis, una elevación de penas tratándose de ciertos delitos –ya tipificados por la ley común– que se cometan con la finalidad de provocar temor fundado en toda o una parte de la población de ser víctima de delitos de esta especie. En efecto, la norma señala:

“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 art. 3° de la nueva Ley N° 21.732 plantea un similar aumento de pena a partir de la sanción que contenga el delito-base (*v.gr.* un atentado explosivo), pena que, de configurarse alguno de los elementos que permiten calificar la conducta como terrorista, deberá elevarse en un grado:

“Artículo 3°.- Quien cometa un delito contemplado en cualquiera de los cinco numerales del artículo precedente, en adherencia a los fines de una asociación terrorista o de una agrupación u organización de personas que persiga la comisión de tales delitos con dichos fines, por sí o mediante terceros, y siempre que no forme parte de una asociación terrorista, será sancionado con la pena correspondiente al delito, aumentada en un grado”.

---

<sup>112</sup> Destaca CARNEVALI (2010), pp. 118 y 119, citando a Silva Sánchez y como se ha dicho hasta el cansancio, que 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, dispusieron de sendos títulos referidos a los delitos contra la seguridad del Estado, con reglas especiales y más rigurosas que las de los delitos “tradicionales”.

Volviendo a la antigua Ley N° 18.314, su artículo 5° remitía directamente a nuestra Carta Fundamental, la cual consagra, entre otras, inhabilidades de hasta quince años para ejercer cargos públicos:

“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”<sup>113</sup>; disposición, esta última, que se mantiene plenamente vigente respecto de la nueva ley terrorista.

Se reconoce, asimismo, un claro adelantamiento de la punibilidad en la Ley Terrorista chilena cuando sanciona 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, tanto la derogada Ley N° 18.314, como la nueva Ley N° 21.732, adelantan la punibilidad para sancionar expresamente estas conductas preparatorias, incluso, en el caso de la derogada ley sancionando la *amenaza*. Así, su artículo 7° rezaba:

“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

---

<sup>113</sup> 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”.

el artículo 3°. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo con el artículo 296 del Código Penal”.

En el caso de la nueva ley antiterrorista, el art. 11 se ocupa de sancionar la conspiración, aunque limitada solo a ciertas figuras. Reza el nuevo art. 11:

“La conspiración para cometer alguno de los delitos contemplados en los artículos 3°, 4°, 7° y 8° se sancionará con la pena señalada en éstos, rebajada en dos grados”.

A mayor abundamiento, y flexibilizando ciertas garantías de carácter procesal del imputado por delito terrorista, ambas leyes, tanto la derogada Ley N° 18.314 como la nueva Ley N° 21.732, consagran la posibilidad de limitar tales garantías. En la antigua ley, y particularmente en los incisos 1° y 2° del artículo 11, se consagraba que:

“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 sentido similar, el art. 22 de la nueva Ley N° 21.732 establece:

“Si se trata de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso tercero del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ampliarse por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, a solicitud del fiscal. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de ese Código, sin necesidad de que el imputado sea conducido al tribunal hasta el término del plazo antes señalado”.

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

“1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto. 2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.  
3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.”

Por su parte, la nueva Ley N° 21.732 plantea medidas que se pueden adoptar, incluso antes de la formalización. Así, por ejemplo:

“Artículo 17.- En los procedimientos por delitos contemplados en la presente ley, a petición del Ministerio Público, el juez podrá decretar la prohibición de salida del país del imputado, en cualquier etapa

de la investigación o procedimiento y aun antes de la formalización, por una única vez y por el período máximo de sesenta días, cuando concurren los demás requisitos de procedencia de las medidas cautelares personales establecidas en el Código Procesal Penal. Para estos efectos, deberá comunicar la prohibición y su alzamiento a la Policía de Investigaciones de Chile. En todo caso, transcurrido el plazo, la medida de arraigo caducará por el solo ministerio de la ley, de lo cual deberán tomar nota de oficio los organismos señalados”.

Particularmente discutidas durante la tramitación de la Ley N° 21.732, fue la inclusión de tecnologías que, a petición del fiscal y autorizadas por el Juez de Garantía, permitan la intervención de servicios de telefonía; el llamado IMSI Catcher. El uso de tal tecnología, que genéricamente se denomina *call detail record* (CDR) o, en castellano, registro detallado de llamadas, fue finalmente aprobado e incluido como herramienta, no solo para la investigación del terrorismo, sino también otros delitos que, precisamente, se han entendido como regulaciones fundadas en la teoría del Derecho penal del enemigo. En concreto, reza la nueva disposición:

“Artículo 19.- En la investigación de hechos constitutivos de alguno de los delitos establecidos en la presente ley, en el artículo 293 del Código Penal, en los delitos establecidos en la ley N° 20.000, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y en la ley N° 17.798, sobre control de armas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N° 400, promulgado en 1977 y publicado en 1978, del Ministerio de Defensa Nacional, que tengan pena de crimen, el juez, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la intervención de una o más redes de servicios de telefonía o de transmisión de datos móviles, mediante tecnologías que simulen sistemas de transmisión de telecomunicaciones u otras tecnologías similares, con el objeto de determinar, registrar y monitorear:

a) La dirección IP; los identificadores MSISDN, SIM, IMEI IMSI; u otros metadatos que permitan singularizar o identificar uno o más dispositivos, sistemas informáticos o de telecomunicaciones o sus componentes o aplicaciones en uso.

b) La georreferenciación o localización de uno o más dispositivos, sistemas informáticos o de telecomunicaciones”.

Con similares características y fuera de la Ley Terrorista, nuestra normativa sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Ley N° 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:

“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 N° 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 N° 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 N° 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 esto se haga en términos teóricos– resulta inadmisibile 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 merecen ser reconsiderados en el marco, como lo 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 normativa del terrorismo en Chile y el impacto de la nueva Ley 21.732

### 1. Evolución de la normativa terrorista y contexto actual del delito de terrorismo en Chile

La recientemente derogada Ley N° 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 N° 3.627 de 1981).

En cuanto a su origen, la Ley Terrorista surge del mandato constitucional contemplado en el artículo 9° 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 dejó la precisión al legislador. Sin perjuicio de lo anterior, el informe que acompaña el anteproyecto de la Comisión Ortúzar expresó:

“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”<sup>114</sup>.

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

---

<sup>114</sup> SILVA BASCUÑÁN (1997), pp. 168 Y 169.

“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, intencional, 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”<sup>115</sup>.

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 N° 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.

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 terroristas, en su numeral 16, “los [hechos] 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”.

<sup>115</sup> Sentencia de la Corte Suprema, de 24 de septiembre de 1957, *RDJ*, t. 54, sección cuarta, p. 197, citada por SILVA BASCUÑAN (1997), p. 169.

## 2. Aplicación de la Ley N° 18.314 entre 1984 y 1990, 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, llevado a cabo el 15 de julio de 1980 por parte del MIR<sup>116</sup>; el asesinato del general e intendente de Santiago, Carol Urzúa, y sus escoltas, Carlos Manuel Riveros (cabo primero del Ejército) y José Domingo Aguayo (cabo segundo del Ejército), ocurrido el 30 de agosto de 1983, también ejecutado por el MIR<sup>117</sup>; 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<sup>118</sup>; el atentado al general Pinochet llevado a cabo el 7 de septiembre de 1986 por el FPMR y en el que fallecieron cinco escoltas: Pablo Silva (cabo primero de Carabineros), Cardenio Hernández (cabo primero del Ejército), Gerardo Rebolledo (cabo primero del Ejército), Miguel Guerrero (cabo primero del Ejército) y Roberto Rosales (cabo segundo del Ejército)<sup>119</sup>; el secuestro del coronel del Ejército Carlos Carreño, ejecutado el 1 de septiembre de 1987 por parte de miembros del FPMR<sup>120</sup>; 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

---

<sup>116</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987.

<sup>117</sup> Sentencia de la Corte Marcial, de 19 de agosto de 1988, citada por VILLEGAS (2018), p. 516.

<sup>118</sup> Sentencia del ministro en visita extraordinaria Milton Juica, Rol N° 118-284, de 31 de marzo de 1994, citada por VILLEGAS (2018), p. 509. Pese a la fecha en que ocurrieron los hechos, al momento de dictación de la sentencia ya se encontraba vigente la reforma introducida por la Ley N° 19.027, de 1991.

<sup>119</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 920-1992, de 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio.

<sup>120</sup> Para más información, véase sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 1742-1987, de 31 de julio de 1991, sin perjuicio de que, en este caso, al igual que en el caso *Degollados* y el del atentado contra Pinochet, a la fecha de la sentencia ya se encontraba vigente la modificación introducida por la Ley N° 19.027.

perpetrado por el FPMR<sup>121</sup>.

Con respecto al fallo que condenó el homicidio terrorista del teniente coronel Roger Vergara<sup>122</sup>, quien fue 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 para 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 N° 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 aplicar la Ley Terrorista por resultar esta *más benigna* que la ley originalmente aplicada en primera instancia (a saber, la Ley N° 17.798, sobre control de armas), pese a que la Ley Terrorista, al igual que la de armas, consagraba como pena máxima la de muerte, toda vez que el homicidio recayó sobre un funcionario de las Fuerzas Armadas<sup>123</sup>.

En efecto, los motivos que esgrimió la Corte para aplicar la Ley Terrorista fueron los siguientes:

“1. Que en el mes de septiembre de 1984 se derogó el artículo 16 de la Ley N° 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 N° 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

---

<sup>121</sup> Sentencia del ministro en visita extraordinaria Villavicencio, Rol 15236, de 1 de abril de 1992. Con cita a este y otros casos, véase VILLEGAS (2018), *PASSIM*.

<sup>122</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987.

<sup>123</sup> 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 16 de la Ley N° 17.798, la pena de muerte estaba contemplada como pena única. Con todo, la pena capital no fue finalmente aplicada en este caso. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 474-83, del 12 de noviembre de 1987.

caso *sub lite* 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 N° 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”<sup>124</sup>.

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 tribunal argumenta –a mi 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

---

<sup>124</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 474-83, de 12 de noviembre de 1987, considerandos 1°, 2° y 9°.

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”<sup>125</sup>.

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 ellos, menciona 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 artículo 1° original) y a los móviles subversivos que habrían motivado el atentado (numeral 9 del artículo 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 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”<sup>126</sup>.

Por su parte –y de acuerdo con lo adelantado–, en el caso del atentado a Pinochet de 1986, paradójicamente *no* se aplicó la Ley Terrorista dadas las nuevas exigencias típicas insertadas por la Ley N° 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. Al contenido de la reforma llevada a cabo en 1991 y los argumentos para no aplicar la Ley Terrorista en el atentado a Pinochet, me referiré en el acápite siguiente.

---

<sup>125</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 474-83, de 12 de noviembre de 1987, considerando 6°.

<sup>126</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 474-83, de 12 de noviembre de 1987, considerando 8°.

Señalado lo anterior, corresponde ahora que revise 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.

**Tabla 1.**

Modificaciones a la Ley Terrorista por parte de la Junta de Gobierno

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

Con la Ley N° 18.585 se creó el cargo de “Abogado Procurador General de la República”, el que fue ejercido únicamente por el abogado Ambrosio Rodríguez (1986-1990). Sin embargo, cuatro años más tarde, la misma junta 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 N° 18.937, de 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 numeral 8) y el más criticado tipo penal, el 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.

**Tabla 2.**  
Principales modificaciones a  
la Ley N° 18.324 en democracia

Ley modificatoria	Principales modificaciones
<p><b>Ley N° 18.585, de 19 de diciembre de 1986</b></p>	<p>Deroga el catálogo contenido en el artículo 1° de la ley, reemplazándolo por una definición de terrorismo que exige la concurrencia elementos subjetivos.</p> <p>Agrega un nuevo artículo 2° que contiene un catálogo de delitos que, concurriendo alguna de las finalidades ya contenidas en el artículo 1°, serán considerados como delitos terroristas.</p> <p>Reemplaza el artículo 7° a propósito de la eliminación de la punición de la proposición de cometer un delito terrorista (mantiene solo la conspiración).</p>
<p><b>Ley N° 19.241, de 28 de agosto de 1993</b></p>	<p>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 será considerado como delito terrorista (luego derogado por la Ley N° 20.467, de 2010).</p>
<p><b>Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002</b></p>	<p>Establece normas adecuadoras del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal.</p>

<p><b>Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003</b></p>	<p>Agrega un nuevo tipo penal –contenido en el artículo 8°– que sanciona el financiamiento del terrorismo.</p>
<p><b>Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005</b></p>	<p>Modifica los códigos Procesal Penal y Penal, y modifica el encabezamiento del artículo 14 de la Ley N° 18.314 en relación con las medidas que puede solicitar el Ministerio Público una vez decretada la medida cautelar de prisión preventiva.</p>
<p><b>Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010</b></p>	<p>Reemplaza el artículo 1° de la Ley Terrorista, fijando el concepto y los requisitos típicos que actualmente exige la ley para referirse al terrorismo. 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. Añade un nuevo artículo 9° que contempla la exención de responsabilidad penal para quien se desistiere de la tentativa de cometer un delito terrorista, entre otras modificaciones.</p>
<p><b>Ley N° 20.519, de 21 de junio de 2011</b></p>	<p>Excluye la aplicación de la Ley Terrorista a menores de dieciocho años.</p>
<p><b>Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015</b></p>	<p>Agrega en el artículo 15 de la Ley N° 18.314, luego de la palabra “cónyuge”, la expresión “o conviviente civil”.</p>

Como se ha señalado, desde su promulgación la Ley Terrorista N° 18.314, fue objeto de a lo menos once modificaciones legales directas, tres de las cuales ya fueron mencionadas a propósito de los cambios efectuados por la Junta de Gobierno y ocho llevadas a cabo en democracia, siendo estas últimas las siguientes:

Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991, que modifica Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Ley N° 19.241, de 28 de agosto de 1993, que modifica artículos que indica del Código Penal y de la Ley N° 18.314.

Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal.

Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003, que modifica la Ley N° 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.

Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, que modifica los códigos Procesal Penal y Penal.

Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Ley N° 20.519, de 21 de junio de 2011, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad.

Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015, que crea el acuerdo de unión civil, agregando en el artículo 15 de la Ley N° 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.

### 3. Ley n° 19.027, de 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, pasaron a ser 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 N° 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”<sup>127</sup>.

En tal sentido, la Ley N° 19.027 inserta un nuevo artículo 2° a la Ley N° 18.314, el cual presenta, a su vez, un nuevo catálogo de delitos que, concurriendo alguna de las finalidades ya contenidas en el artículo 1°, serán considerados como delitos terroristas. 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 (en la Ley N° 18.314: causar terror, arrancar

---

<sup>127</sup> Para más información, véase BCN (1991), *passim*.

resoluciones o imponer exigencias a la autoridad)<sup>128</sup>.

Pues bien, como se adelantara en el acápite anterior, uno de los primeros casos en que, paradójicamente, *no* se aplicó esta nueva regulación del terrorismo fue el caso del atentado al general Pinochet y su comitiva. Así, y dada la modificación que implicó la Ley N° 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 podían serlo.

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 N° 18.314, tanto en la redacción de los tipos penales, como en la exigencia del elemento subjetivo del tipo que contempla la Ley N° 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 N° 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 N° 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

---

<sup>128</sup> En efecto, el entonces artículo 2°, introducido por la Ley N° 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, 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°”.

para el evento que la nueva ley favorezca al afectado”<sup>129</sup>.

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 N° 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 N° 19.027, que modificó la Ley N° 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<sup>130</sup>.

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 la publicación de la norma).

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 esperaban– un aumento de la actividad terrorista. Así, ha afirmado el exsenador Papi Beyer 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,

<sup>129</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 920-1992, de 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio, considerandos 2°-6°.

<sup>130</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 920-1992, de 24 de julio de 1992, dictada por el ministro en visita Humberto Villavicencio, considerandos 9°, 10°, 11° y 13°.

los asaltos a bancos y entidades financieras y los sabotajes explosivos, entre los hechos de mayor envergadura e impacto social y político”<sup>131</sup>.

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 los cuales fueron condenados por el delito de homicidio calificado (terrorista) conforme al nuevo artículo 2º, numeral 3, de la Ley N° 18.314 en relación con el artículo 1º, 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<sup>132</sup>, y confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1994<sup>133</sup>.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló:

“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”<sup>134</sup>.

Como afirma Villegas, en el caso del asesinato de Jaime Guzmán –así como en el caso del secuestro a Cristián Edwards, también en 1991<sup>135</sup>, y el de robo con intimidación al Banco Concepción en 1992<sup>136</sup>,

---

<sup>131</sup> PAPI (1999), p. 21.

<sup>132</sup> Sentencia del ministro en visita extraordinaria Alfredo Pfeiffer, Rol N° 39800-1991, de 27 de enero de 1994, considerando 5º.

<sup>133</sup> Para más información, véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3232-1994, de 15 de abril de 1994.

<sup>134</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3232-1994, de 15 de abril de 1994.

<sup>135</sup> Sentencia del ministro en visita extraordinaria Alfredo Pfeiffer, Rol 39800 (ex Rol N° 14.711-92 B), de 3 de febrero de 1994.

<sup>136</sup> Sentencia del ministro en visita extraordinaria Juan Araya, Rol N° 3557-1992, de 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*<sup>137</sup>.

De manera similar, pero ya en 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago 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 mi parecer, la intención de causar temor en la población con la de subvertir el orden institucional y otros elementos ausentes en la Ley N° 18.314.

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*”<sup>138</sup>.

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

#### 4. Ley n° 19.241, de 28 de agosto de 1993

Esta ley agregó, al número 5 del artículo 2° de la Ley N° 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 sería considerado como delito terrorista<sup>139</sup>. Sin embargo, dicho párrafo sería derogado en 2010, por la Ley N° 20.467.

---

<sup>137</sup> VILLEGAS (2018), p. 518.

<sup>138</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1532-2018, de 9 de octubre de 2019, considerando 6°. Énfasis añadido.

<sup>139</sup> 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”.

## 5. Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002

La Ley N° 19.806 tuvo por objeto establecer “normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal” y las principales modificaciones a la Ley Terrorista que introdujo fueron las siguientes: i) el reemplazo del artículo 10 de la Ley N° 18.314, relativo a la legitimación activa para dar inicio a las investigaciones por delitos terroristas<sup>140</sup>; ii) el reemplazo del 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 el que 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, el cual no admitía la libertad provisional de los procesados.

Es importante precisar que las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.806 aquí revisadas se mantuvieron prácticamente intactas en el texto de la Ley N° 18.314, sin perjuicio de algunas modificaciones menores a estas disposiciones, las que se revisarán más adelante.

---

<sup>140</sup> El nuevo artículo 10, introducido por esta ley, permanece hasta hoy en la Ley Terrorista con el siguiente tenor: “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”.

## 6. Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003

La Ley N° 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 y 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 N° 1.373 de 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<sup>141</sup>.

## 7. Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005

Que, además de modificar los códigos Procesal Penal y Penal, modifica el encabezamiento del artículo 14 de la Ley N°18.314 en el siguiente sentido:

“En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, 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”, en relación a las medidas especialmente restrictivas allí contempladas, tales como, la reclusión en lugares especiales, limitación al régimen de visitas, o la interceptación de comunicaciones, entre otras.

## 8. Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010

La presente modificación constituye –al igual que las de la Ley N° 19.027 y la Ley N° 19.806, ya revisadas– una de las reformas más importantes a la antigua ley antiterrorista.

---

<sup>141</sup> Para más información, véase la Historia de la Ley 19.906.

La Ley N° 20.467 reemplaza el artículo 1° de la ley antiterrorista, fijando el concepto y requisitos típicos que exigía la ley para referirse 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 2° de la ley<sup>142</sup>.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

“Que la historia del establecimiento de la Ley N° 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”<sup>143</sup>.

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 población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima

---

<sup>142</sup> En tal sentido, el nuevo concepto de delito terrorista introducido 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”.

<sup>143</sup> SCS, rol 5397-2018, del 13 de junio de 2018, considerando decimosexto.

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”<sup>144</sup>.

Por otro lado, se reemplazan los numerales 1 y 4 del artículo 2° de la ley por la enumeración que actualmente se mantiene<sup>145</sup>; se sustituye el artículo 7° en relación con la penalidad de la tentativa, la conspiración y la amenaza de delito terrorista; y se introduce 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 modificaciones.

### 9. Ley N° 20.519, de 21 de junio de 2011

Que excluye de la aplicación de la Ley Terrorista a menores de 18 años, incluyendo dos nuevos incisos, 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”.

### 10. Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015

De menor relevancia, esta norma crea el acuerdo de unión civil y agrega, en el artículo 15 de la Ley N° 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.

---

<sup>144</sup> Para más información, véase la Historia de la Ley 20.467.

<sup>145</sup> La redacción actual de los numerales nuevos (1 y 4) es 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”.

## 11. Ley N° 21.732, de 12 de febrero de 2025

Sin perjuicio de que ya hemos tenido ocasión de revisar las principales modificaciones que trae la nueva Ley Antiterrorista N° 21.732, parece necesario referirse a los fundamentos por los cuales surge esta normativa, revisando su origen, así como sus aspectos más distintivos en relación a la ya derogada Ley N° 18.314.

### 11.1 Origen y fundamentos del proyecto de ley

Con fecha 25 de agosto de 2023, el presidente Boric presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley (Boletín 16.210-25) que “Determina conductas terroristas”, proponiendo derogar la legislación entonces vigente —Ley N° 18.314— por una nueva normativa cuyas principales virtudes serían: 1) el transitar de un sistema de responsabilidad individual a uno de asociación y, 2) dejar atrás los problemas probatorios del elemento subjetivo terrorista.

En cuanto a sus fundamentos, el proyecto plantea que la entonces ley terrorista tenía cada vez menos aplicación debido a su falta de “legitimidad”, lo cual fue confirmado por la CIDH en la sentencia “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, en la cual se criticó, especialmente: 1) la presunción del ánimo terrorista que consagraba el artículo 1° de la Ley N° 18.314; 2) la presentación de testigos con identidad reservada sin permitir un efectivo contra examen; y 3) la inclusión de delitos de menor entidad, como el delito de incendio simple del artículo 476 N°3 del CP; falencias, todas, que harían indispensable esta reforma (Boletín N°16.210-25, p. 3).

Pese a lo anterior, la presunción simplemente legal aludida fue incluida por la Ley N° 19.027 de 24 de enero de 1991 (no era parte del texto original) y, además, ya había sido derogada (Ley N° 20.467 de 2010), no siendo parte, desde hace 15 años, de la ley antiterrorista.

Por su parte, la falta de legitimidad de la ley en razón de la imposibilidad de contra examinar testigos protegidos, también había dejado de estar vigente (Ley N° 20.467 de 2010 que introdujo el actual inc. final del Art. 18), sin perjuicio de las modificaciones que ha sufrido el CPP en virtud de la Ley N° 21.577 de 2023, texto que hace expresamente aplicable tales modificaciones a la ley terrorista (Art. 226 letra X CPP).

Y el supuesto vicio de legitimidad de la ley en virtud de que ésta incorpora en su catálogo delitos de menor entidad (como el delito de incendio de “bosques, mieses, pastos, etc.”), permitía ser superado con su mera exclusión; cuestión que, en todo caso, admite importante discusión<sup>146</sup>.

En tal sentido, y dado que los vicios de legitimidad aludidos no parecen atendibles, pareciera subyacer al proyecto una crítica a la legitimidad de origen de la ley. Recordemos que la misma fue promulgada durante el Gobierno Militar (1984) lo cual, para muchos, no resulta indiferente. Se ha dicho, en tal sentido, que esta normativa habría tenido como único objetivo el de “proscribir definitivamente a las ideologías de izquierda”<sup>147</sup>, lo cual vendría a suponer un “vicio de origen” que impediría su aplicación ulterior<sup>148</sup>.

Pese a ello, tampoco parece una crítica actualmente sostenible, en tanto que la actual ley antiterrorista ha sido modificada en 11 oportunidades, 8 de las cuales se han producido en democracia. En efecto, el cúmulo de sucesivas modificaciones ha provocado que, en la práctica, la ley vigente no conserve ninguna de las disposiciones originales de la ley terrorista.

Más atendibles me parecen las críticas en razón de la técnica legislativa utilizada por el legislador (democrático) y, en particular, en cuanto a la necesidad de que concurra la denostada “finalidad terrorista” (incorporada por la Ley N° 19.027 de 1991). Tal elemento, señala el proyecto, constituiría una “insoslayable dificultad” para su aplicación (Boletín N°16.210-25, p. 3 y 10).

Pues bien, sin entrar en el debate sobre los problemas de probanza que todos los elementos subjetivos del tipo suponen —incluido el dolo—, los redactores del proyecto esgrimieron que ésta fue la principal causa de su baja efectividad, llegándose a afirmar que la “única” condena en juicio oral por delito terrorista ha sido la del caso

---

<sup>146</sup> En efecto, es particularmente preocupante que el texto de la nueva Ley N° 21.723 finalmente no contemplara en el catálogo de delitos susceptibles de ser calificados como terroristas, aquellos contemplados en los numerales 3 y 4 del art. 476 del Código penal. Me refiero a los delitos de incendio de bosques o áreas silvestres protegidas. Y ello, pues no es para nada desconocido que grupos terroristas que ejecutan sus acciones en la macrozona sur, precisamente utilizan año tras año el incendio de bosques como mecanismo de lucha y consecución de sus propios fines, afectando gravemente el medio ambiente y poniendo en riesgo la salud y vida de las personas, entre otros efectos severos.

<sup>147</sup> VILLEGAS (2018), p. 504.

<sup>148</sup> MAÑALICH (2015), p. 156.

bomba en el Subcentro de Escuela Militar<sup>149</sup>.

Sobre esta afirmación, parece necesario aclarar que tal no ha sido, por cierto, el único caso en que se ha aplicado la ley terrorista. Como tuvimos ocasión de revisar, el Tribunal Oral en lo Penal de Angol condenó por delito terrorista el incendio y homicidio del matrimonio Lucksinger-Mackay<sup>150</sup>; sin perjuicio de que luego fuese recalificado —con argumentos bastante discutibles— por la Corte Suprema<sup>151</sup>. Asimismo, y desde 1991, la ley se ha aplicado en múltiples casos, tal como ya fue revisado en detalle en esta obra.

Frente a tal crítica —problemas probatorios de los elementos subjetivos—, se hubiese esperado que el proyecto asumiera una tesis genuinamente objetiva. Sin embargo, y como ya fue revisado, la nueva ley exige como configuración nuclear de la ley terrorista, la ejecución de ciertos tipos unidos a propósitos específicos (delitos-fin) que, como fue demostrado, no son sino tipos penales que exigen la concurrencia de sendos elementos subjetivos cuya probanza en juicio, muy probablemente, también genere problemas.

## 11.2 Carácter asociativo de la ley

Como se adelantara, y sin perjuicio de que la ley incorpora disposiciones que permiten sancionar a sujetos que obran en forma individual, el sentido original del texto era el de solo castigar el terrorismo cuando éste provenga de acciones desplegadas por asociaciones. Evidencia de lo anterior se refleja en que el texto de la Ley N° 21.732 principia en su art. 1°, estableciendo una sanción penal respecto de “quien sea parte de una asociación terrorista”, así como mayores penas para quienes la integren reclutando nuevos miembros o ejerciendo una labor de jefatura en la misma.

Acto seguido, y en su artículo 2°, la nueva ley define lo que da de entenderse como asociación terrorista, consagrando que:

“Se entenderá por asociación terrorista toda organización de tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus objetivos la perpetración de los delitos que se indican a continuación y entre sus fines los de socavar o desestabilizar las estructuras políticas,

---

<sup>149</sup> 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1400674179-8, RIT 64-2017.

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, RUC 0100083503-6, del 14 de abril de 2003.

<sup>151</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 15163-2018, del 10 de octubre de 2018.

sociales o económicas del Estado democrático; imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; o cuando, por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella”.

Sin perjuicio de que la definición presenta varias falencias (como el hecho de exigir que para que una asociación terrorista sea tal debe estar compuesta por a lo menos tres personas —¿no podrían ser dos?—, se estima especialmente grave, como se expresara *supra*, que se exija, además, una “acción sostenida en el tiempo”, sin precisar mayormente qué ha de entenderse por acción sostenida y, más complejo aún, excluyendo de la eventual calificación terrorista de aquellas asociaciones que realicen un primer o único atentado, pues en tal obrar, por cierto, no habrá un obrar “sostenido” en el tiempo.

### 11.3 Terrorismo individual

A pesar de la intención original del legislador era la de calificar como terroristas solo a las acciones colectivas que desplegara una asociación, la ley finalmente incorporó en su articulado, las acciones que despliegue un sujeto en solitario, ya sea en forma “conexa” (artículo 3 del proyecto) o “inconexa” (artículo 4) con los fines de una asociación terrorista.

Así, corresponderá a esta primera categoría (terrorismo individual conexo) la conducta del sujeto que, en adherencia a los fines de una asociación terrorista o de una agrupación u organización de personas que persiga la comisión de ciertos delitos con dichos fines, por sí o mediante terceros, y siempre que no forme parte de una asociación terrorista.

Pues bien, tal exigencia —adherencia a ciertos fines—, no constituye, sino, la exigencia de un elemento subjetivo en el sujeto distinto del dolo (elemento subjetivo que se suele denominar de “tendencia interna intensificada”). Con todo, el problema no radica en la exigencia de un elemento subjetivo tal como lo exige la ley actual, sino que en este caso en particular, podría suponer sanciones penales graves en virtud de una mera adhesión ideológica, cercana a la muy criticada y ya derogada sanción de la apología del terrorismo.

A la segunda categoría corresponden aquellos casos en que un sujeto en solitario ejecuta algunos de los delitos especialmente allí

contemplados, concurriendo, además, ciertas finalidades, a saber: a) socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático; b) imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático; y c) someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella. Sobre esto fines, trataremos a continuación.

Pues bien, sin perjuicio de que ya tuvimos ocasión de referirnos a estas finalidades, el lector perspicaz habrá notado que la tercera hipótesis contemplada en el art. 4° —aplicable al sujeto que obra en solitario sin vinculación a los fines de una asociación— solo exige que el fin vaya dirigido a “someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella” sin replicar la fórmula más extensa contenida en el art. 2° de la ley —aplicable a asociaciones— que exige previo al sometimiento o desmoralización que “(...) por los métodos previstos para su perpetración o efectivamente utilizados, esos delitos tengan la aptitud para (...)”.

A mi juicio, al no exigirse respecto de los lobos solitarios la fórmula propia de los denominados delitos “de aptitud” o “de idoneidad” revisados *supra*, carecería de relevancia la potencialidad o idoneidad lesiva (peligrosidad) del *modo* previsto o utilizado en la ejecución de la conducta (*v. gr.* un homicidio o un atentado explosivo), sino solo si tal ilícito lo llevó a cabo con la intención ulterior de someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella. Si esto es así, la tercera fórmula aquí analizada se podría corresponder con la categoría de delitos “de tendencia interna trascendente”, como el antiguo “generar temor” de la Ley N° 18.314 o, como un delito “de resultado cortado” al igual que las restantes hipótesis contenidas en la nueva ley. De seguirse esta última tesis —que en lo particular me parece más acertada—, no sería necesario que dicha finalidad “someter o desmoralizar a la población civil...” efectivamente se produzca, bastando solo que concurra el momento en que el sujeto ejecute la conducta.

#### 11.4 Catálogo de delitos susceptibles de ser catalogados como terroristas en la nueva Ley N° 21.732

Como se recordará, la derogada Ley N° 18.314 también recurría a la técnica de asociar a un cierto catálogo de delitos (contenido en su art. 2°) la finalidad subjetiva de causar temor en todo o parte de la población. Pues bien, al igual que tal normativa, la nueva ley también recurre a esta técnica —tal como se ha mencionado en varias ocasiones—, razón por la cual procede revisar cuáles son los delitos que la nueva

ley contempla como eventualmente calificables como terroristas.

Previo a ello, estimo relevante encomiar que el legislador no incluyó todos los ilícitos que contenía la antigua ley, cuestión de no menor relevancia en tanto que, de alguna manera, supone una debilitación de la facultad del Estado de castigar hechos graves en virtud de esta normativa.

Así, resulta un desacierto el haber quitado del catálogo el delito de incendio de bosques o áreas silvestres protegidas (numerales 3° y 4° del art. 476 CP), especialmente teniendo presente que muchos de los atentados que llevan a cabo grupos eminentemente terroristas, son atentados incendiarios en bosques de nuestra macrozona sur. De *lege ferenda*, urge que el legislador integre estas figuras a la ley terrorista.

Y algo similar se puede decir a propósito de los delitos de colocación y detonación de artefactos explosivos. Como se recordará, la Ley N° 18.314 no se remitía directamente a las Ley N° 17.798 sobre “control de armas”, sino que más bien recurría (numeral cuarto del art. 2°) a una descripción amplia que incluía la colocación o detonación de “artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo”, además de “armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.

En cambio, la nueva Ley N° 21.732 restringe el catálogo remitiéndose solo —en el numeral segundo del artículo 2— a los delitos previstos en el artículo 14 D, en sus incisos primero y segundo, de la ley N° 17.798, sobre control de armas. En tal sentido, también se sugiere de *lege ferenda*, una revisión de esta disposición para evitar que ciertas conductas graves contenidas en la ley de control de armas, no sean susceptibles de ser catalogadas como terroristas.

Señalado lo anterior, a continuación se expone el catálogo de delitos susceptibles de ser catalogados como terroristas en virtud de la nueva Ley N° 21.732:

## 11. 5 Delitos contenidos en el Código penal:

CÓDIGO PENAL	ARTÍCULO	TIPO PENAL
	Art. 141	Secuestro.
	Art. 142	Sustracción de menores.
	Art. 150 A	Tortura.
	150 D, inciso segundo	Apremios ilegítimos.
	Art. 268 ter	Homicidio de un fiscal o de un defensor penal público.
	Art. 268 quáter, números 1º y 2º	Lesiones graves gravísimas y simplemente graves en contra de un fiscal o de un defensor penal público.
	Art. 315	Envenenamiento o infección de comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público (excepto en lo referido al menoscabo de propiedades alimenticias).
	Art. 316	Diseminación de gérmenes patógenos.
	Art. 390 ter	Femicidio en razón de género.
Art. 391	Homicidio simple y homicidio calificado.	
Art. 395	Castración.	

<b>CÓDIGO PENAL</b>	<b>Art. 396</b>	Mutilaciones.
	<b>Art. 397</b>	Lesiones graves gravísimas y lesiones simplemente graves.
	<b>Art. 398</b>	Lesiones menos graves.
	<b>Art. 474</b>	Incendio con resultado de muerte, mutilación de miembro importante o lesión grave.
	<b>Art. 475</b>	Incendio en lugar habitado.
	<b>Art. 476, numerales 1º y 2º</b>	Incendio simple.
	<b>Art. 480</b>	Otros estragos.

### 11.6 Delitos contenidos en leyes especiales:

LEY	DISPOSICIÓN	DELITO
Ley N° 17.798 sobre control de armas	Art. 14 D inc. 1° y 2°	“El que colocare, enviare, activare, arrojaré, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos, incendiarios, corrosivos en (...)”.
Ley N° 18.302 sobre seguridad nuclear	Art. 41	“El que atacare, dañare o sabotearé instalaciones, plantas, centros, laboratorios o establecimientos nucleares, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo o presidio perpetuo”.
	Art. 46	“El que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o intimidar a la población, amenazare con causar un daño nuclear, será sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados medio a máximo”.
	Art. 47	“El que causare un daño nuclear, será sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados medio a máximo. Si causó el daño o contribuyó a causarlo sólo por imprudencia o negligencia, la pena será de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

<p><b>Ley N° 21.250, que implementa la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas</b></p>	<p><b>Art. 35</b></p>	<p>“Empleo de armas químicas, biológicas o tóxicas. El que emplee un arma química, biológica o tóxica será sancionado con una pena de presidio mayor en su grado máximo a perpetuo.</p> <p>Quien se involucre en la preparación para emplear un arma química, biológica o tóxica será considerado autor, y será sancionado con la misma pena indicada en el inciso anterior.</p> <p>La conspiración se castigará con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, y la proposición para cometer el delito, con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.</p>
<p><b>Código de Justicia Militar</b></p>	<p><b>Art. 281 bis</b></p>	<p>Homicidio simple y homicidio calificado de miembros de las Fuerzas Armadas.</p>
	<p><b>Art. 281 ter, numerales 1 y 2</b></p>	<p>Lesiones graves de un miembro de las Fuerzas Armadas.</p>
	<p><b>Art. 281 quáter</b></p>	<p>Castración o mutilación de un miembro de las Fuerzas Armadas.</p>
	<p><b>Art. 416</b></p>	<p>Homicidio simple y homicidio calificado de un Carabinero.</p>
	<p><b>Art. 416 bis, numerales 1º y 2º</b></p>	<p>Lesiones graves de un miembro de un Carabinero.</p>
	<p><b>Art. 416 ter</b></p>	<p>Castración o mutilación de un Carabinero.</p>

<b>Ley orgánica de Policía de Investigaciones de Chile</b>	<b>Art. 17</b>	Homicidio simple y homicidio calificado de un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile.
	<b>Art. 17 bis, numerales 1º y 2º</b>	Lesiones graves de un miembro de un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile.
	<b>Art. 17 ter</b>	Castración o mutilación de un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile.
<b>Ley orgánica de Gendarmería de Chile</b>	<b>Art. 15 A</b>	Homicidio simple y homicidio calificado de un miembro de Gendarmería de Chile.
	<b>Art. 15 B, numerales 1 y 2,</b>	Lesiones graves de un miembro de un miembro de Gendarmería de Chile.
	<b>Art. 15 C</b>	Castración o mutilación de un miembro de Gendarmería de Chile.

<b>Ley N° 21.459 sobre delitos informáticos</b>	<b>Art. 1</b>	“Ataque a la integridad de un sistema informático. El que obstaculice o impida el normal funcionamiento, total o parcial, de un sistema informático, a través de la introducción, transmisión, daño, deterioro, alteración o supresión de los datos informáticos, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.
	<b>Art. 4</b>	“Ataque a la integridad de los datos informáticos. El que indebidamente altere, dañe o suprima datos informáticos, será castigado con presidio menor en su grado medio, siempre que con ello se cause un daño grave al titular de estos mismos”.

<b>Decreto N° 1.157, sobre Ley General de Ferrocarriles</b>	<b>Art. 105</b>	“El que voluntariamente destruya o descomponga la vía férrea o que coloque en ella obstáculos que puedan producir el descarrilamiento o que de cualquiera otra manera trate de producir éste, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.
	<b>Art. 106</b>	“Art. 106. Si a virtud de la destrucción, descomposición u obstáculos, voluntariamente puestos o cualquier otro acto ejecutado, se verifique el descarrilamiento, el culpable sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.
	<b>Art. 107</b>	“Art. 107. Cuando a consecuencia del accidente producido por los actos de que acaba de hablarse, se causare la muerte de alguna o algunas de las personas que se encontraban en los trenes o carros, el culpable será castigado con la pena señalada al homicidio voluntario”.
	<b>Art. 108</b>	“Art. 108. Si el accidente sólo causare heridas u otros daños a las personas, además de la pena señalada en el artículo 106, se aplicará al culpable la que corresponda por las heridas o daños causados”.

Con todo, es importante precisar aquí que el catálogo de delitos aquí expuesto, aplica respecto de los delitos cometidos por parte de los miembros de una asociación terrorista, en los términos previstos en el art. 2° de la Ley N° 21.732.

En cambio, tratándose del obrar de un sujeto individual que obra de manera inconexa a los fines e una asociación terrorista (art. 4° de la Ley 21.732), o los llamados “lobos solitarios”, el legislador ha querido consagrar un catálogo propio de delitos susceptibles de ser calificados como terroristas. Dicho catálogo se encuentra recogido en el art. 5° de la ley, el cual reza lo siguiente:

“Constituirán delitos terroristas, para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los previstos en los artículos 141, 142, 268 ter, 391, 395, 396, 474 y 475 del Código Penal; en los artículos 281 bis, 281 quáter, 416 y 416 ter del Código de Justicia Militar; en los artículos 17 y 17 ter del decreto ley N° 2.460, de 1979, del Ministerio de Defensa Nacional, que dicta ley orgánica de Policía de Investigaciones de Chile; en los artículos 15 A y 15 C del decreto ley N° 2.859, de 1979, del Ministerio de Justicia, que fija ley orgánica de Gendarmería de Chile; en los artículos 107 y 108 del decreto N° 1.157, de 1931, del Ministerio de Fomento, que fija texto definitivo de la Ley General de Ferrocarriles; en los incisos primero y segundo del artículo 14 D de la ley N° 17.798, sobre control de armas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N° 400, promulgado en 1977 y publicado en 1978, del Ministerio de Defensa Nacional; en los artículos 41 y 47, inciso primero, de la ley N° 18.302, de seguridad nuclear, y en el inciso primero del artículo 35 de la ley N° 21.250, que implementa la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción; así como los que sirvan de medio necesario para la destrucción o apoderamiento de una aeronave en vuelo”.

Como se puede apreciar, este catálogo es más restringido que aquel que se contempla para las asociaciones terroristas, dejando fuera ilícitos tales como la tortura, apremios ilegítimos, lesiones graves, las figuras de incendio del art. 476, entre otros. Así, y salvo la ausencia del delito de *femicidio en razón de género* —cuya inclusión no parece justificarse a propósito del delito terrorista—, se estima de *lege ferenda*, que todos los ilícitos contemplados en el catálogo de las asociaciones terroristas, también debiesen contemplarse respecto del que obra en

solitario en tanto que éste último, como se demostró *supra* (Cap. 1.2.) también puede llevar a cabo estos ilícitos de tal entidad, concurriendo los elementos materiales del delito terrorista (obrar indiscriminado que suponen la instrumentalización de seres humanos inocentes, entre otros).

## Capítulo 5

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

### 1. 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 fenómenos 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, por tanto, 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<sup>152</sup>.

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 y 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 N° 49/60, cuyo párrafo 3° señala que el terrorismo incluye “actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en

<sup>152</sup> Para más información, véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008), p. 1.

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”<sup>153</sup>.

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

## 2. 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 la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en el contexto de esa labor, emitió en 2007 la Observación General N° 32, relativa al “derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia” (artículo 14 del Pacto).

En concreto, y en relación con el terrorismo, el Comité ha hecho 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”<sup>154</sup>.

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”<sup>155</sup>.

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 jueces anónimos. Tales tribunales, aun cuando la identidad y la

---

<sup>153</sup> Para más información, véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2008), p. 6.

<sup>154</sup> Comunicación N° 387/1989, *Karttunen con Finlandia*, párrafo 7.2.

<sup>155</sup> Ídem.

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<sup>156</sup>, de las actuaciones<sup>157</sup>; restricciones del derecho a un abogado de propia elección<sup>158</sup>; graves restricciones o denegación del derecho del acusado a comunicarse con sus abogados, en especial cuando se encuentra en situación de detención incomunicada<sup>159</sup>; amenazas a los abogados<sup>160</sup>; plazos insuficientes para la preparación de la causa<sup>161</sup>; graves restricciones o denegación del derecho a citar e interrogar o pedir que se interrogue a testigos, en particular la prohibición de conainterrogar a determinadas categorías de testigos, por ejemplo, a los agentes de policía responsables de la detención e interrogatorio del acusado<sup>162</sup>.

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<sup>163</sup>.

Asimismo, y en la Recomendación General N° 30 de 2005, sobre la “discriminación contra los no ciudadanos”, el Comité 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 vean sometidos a las caracterizaciones o estereotipos raciales o étnicos<sup>164</sup> [...]”.

<sup>156</sup> Comunicación N° 1298/2004, *Becerra Barney con Colombia*, párrafo 7.2.

<sup>157</sup> Comunicaciones N° 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; N° 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo. 7.1; N° 1126/2002, *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5.

<sup>158</sup> Comunicación N° 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1.

<sup>159</sup> Comunicaciones N° 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; N° 1126/2002, *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5.

<sup>160</sup> Comunicación N° 1058/2002, *Vargas Mas con el Perú*, párrafo 6.4.

<sup>161</sup> Comunicación N° 1125/2002, *Quispe Roque con el Perú*, párrafo 7.3.

<sup>162</sup> Comunicaciones N° 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1; N° 1126/2002, *Carranza Alegre con el Perú*, párrafo 7.5; N° 1125/2002, *Quispe Roque con el Perú*, párrafo 7.3; N° 1058/2002, *Vargas Mas con el Perú*, párrafo 6.4.

<sup>163</sup> Comunicaciones N° 577/1994, *Polay Campos con el Perú*, párrafo 8.8; N° 678/1996, *Gutiérrez Vivanco con el Perú*, párrafo 7.1.

<sup>164</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 360.

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”<sup>165</sup>.

Por su parte, en la Observación General N° 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° de dicha Observación General. 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<sup>166</sup>.

La Recomendación General N° 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”<sup>167</sup>.

Con respecto a las “Observaciones Generales adoptadas por el Comité Contra la Tortura”, resulta pertinente destacar la Observación General N° 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 actos de tortura en ningún territorio que esté bajo su jurisdicción. Entre esas circunstancias, la Convención enumera “el

---

<sup>165</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 361.

<sup>166</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 315.

<sup>167</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 386.

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”<sup>168</sup> [énfasis añadido], 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”<sup>169</sup>.

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 cuando se trate de personas acusadas de haber cometido delitos terroristas o políticos<sup>170</sup>.

### 3. Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos en materia de terrorismo

Tanto en su Informe Anual de 2011 como el de 2023, el Instituto Nacional de Derechos Humanos dedicó un acápite especial a la Ley N° 18.314. En el primero, el Instituto postula ciertos problemas e incompatibilidades que suscitaría la Ley Terrorista, incluso después de la última reforma de importancia, que fue la Ley N° 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

<sup>168</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 535.

<sup>169</sup> Para más información, véase CASTAÑEDA (2015), p. 536.

<sup>170</sup> 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 transexual, 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 (2015), p. 539.

contar con un debido proceso.

Entre otras indicaciones, 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 refiriéndose a la figura del incendio y a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mas no a argumentos dogmático-penales<sup>171</sup>.

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<sup>172</sup>. 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 fines distintos al meramente político.

En relación con el principio del debido proceso, el informe es crítico de la ley, especialmente respecto a 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”<sup>173</sup>.

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 normas más importantes. En efecto, el mismo informe reconoce que estas disposiciones “en casos particulares pueden reconocer excepciones tolerables[,] cumpliendo ciertos requisitos”.

---

<sup>171</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 111.

<sup>172</sup> Ídem.

<sup>173</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 113.

Finalmente, el Instituto de Derechos Humanos se muestra especialmente crítico de la aplicación de la Ley Terrorista a comuneros mapuches. Así, enfatiza especialmente lo informado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la 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”<sup>174</sup>.

Sin perjuicio de que el objeto de este trabajo no radica en el problema específico del conflicto en 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 antiterrorista 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 N° 18.314<sup>175</sup>. 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 mantenga 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.

Respecto del Informe Anual del año 2023 del INDH, es relevante destacar que, pese que no se dedicó un acápite particular respecto del tema del terrorismo, sí se refiere a este problema en relación a varios ámbitos.

<sup>174</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 117.

<sup>175</sup> Para más información, véase especialmente la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5397-2018, de 13 de junio de 2018, caso *Subcentro Escuela Militar*.

Así, en el acápite 6.1.5. dedicado al derecho de propiedad, afirmar el Informe que

“Respecto a la vulneración de este derecho, los actores entrevistados apuntan, principalmente, a delitos como usurpación, robo de madera, robo de vehículos, *incendio de propiedades*. Los delitos como usurpaciones e incendios, además de afectar la propiedad de sus titulares, se asocian a vulneraciones a derechos de las personas, en particular, el derecho a la vida e integridad física. Evidentemente, los actores vinculados a las asociaciones de víctimas son quienes más los mencionan. Algunos de los entrevistados atribuyen estos actos a causas de grupos mapuches. En ese sentido, vuelve a aparecer la percepción de falta de protección por parte del Estado y el reclamo por reparación e indemnización. La conjunción de estos elementos genera en las personas la reiterada sensación de inseguridad en torno a una situación que no se ha podido remediar y que, por lo tanto, no existen expectativas de mediación del conflicto”.

Con base en esta información, vuelve a surgir la interrogante del porqué el legislador chileno —en el nuevo texto de la ley antiterrorista— ha dejado fuera de los ilícitos eventualmente calificables como terroristas, los de incendio de bosques y áreas protegidas, a pesar de que todo parece indicar que se trata de uno de los delitos de mayor ocurrencia en el sur de nuestro país a propósito del obrar de asociaciones terroristas. Asimismo, agrega el Informe:

“Los gremios entrevistados comparten esta visión y asocian los delitos de incendios con terrorismo. El análisis apunta a que el Estado no ha logrado dar soluciones tanto en la detención de los autores de los delitos como en la falta de protección de la propiedad privada como derecho. En la misma línea, representantes del Poder Legislativo también sostienen la idea de que los delitos que se cometen en la zona responden a actos terroristas, sin dar detalles de su análisis ni atribución penal”.

Finalmente, el Informe de 2023 también recoge la percepción de miembros de la etnia mapuche

“En contraposición, la argumentación de los actores entrevistados del pueblo mapuche se centra en que la mayor vulneración ha sido el robo y la usurpación del territorio mapuche. Esta postura genera que la determinación de la causalidad de la usurpación sea materia de conflicto en torno a la propiedad de las tierras.

En otra arista, el delito de robo de madera abre una ventana de debate en tanto varias autoridades entrevistadas cuestionan su vinculación a las deudas históricas con los pueblos originarios. Más bien, estos delitos corresponderían a delincuencia común contra la propiedad, cuyos beneficios responderían a intereses particulares de quienes los cometen y no a causas colectivas.

La distinción de estas categorías podría tener implicancias en la medida que las soluciones se circunscribirían, por una parte, a una materia penal de investigación, diligencias y sanciones adecuadas y, por otra, algunos delitos podrían estar asociados a la multidimensionalidad del problema y sus causas. Entrevistados de la Fiscalía y las policías sostienen la necesidad de esta distinción”.

## Capítulo 6

# Terrorismo y financiamiento

### 1. Terrorismo y financiamiento

Como se revisó, la Ley N° 19.906 agregó un nuevo tipo penal –contenido en el derogado artículo 8° de la Ley Terrorista–, que sancionaba el *financiamiento del terrorismo*. Dicha 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 de 9 de diciembre de 1999 y suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001<sup>176</sup>.

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 al terrorismo en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva.

De esta forma, el artículo 8° de la entonces vigente ley antiterrorista N° 18.314 consagraba la figura de financiamiento del terrorismo en términos similares a los propuestos por la convención<sup>177-178</sup>

---

<sup>176</sup> Para más información, véase el Decreto Supremo N° 163 de 2001.

<sup>177</sup> Señalaba la derogada ley: “Art. 8. 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”.

<sup>178</sup> Paralelamente a la sanción penal contenida en la antigua y en la actual ley terrorista, la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre del 2009, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos delitos, entre los que se cuenta el financiamiento del terrorismo. Tratándose de una persona jurídica, el artículo 1° de la Ley N° 20.393 hace referencia al financiamiento del terrorismo y menciona expresamente el 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 N° 18.314”. Hoy, tal remisión debe entenderse realizada al art. 10 de la nueva Ley N° 21.732.

Pues bien, sin perjuicio de que la nueva ley antiterrorista N° 21.732 derogó la Ley N° 18.314 y, por tanto, el delito de financiamiento contemplado en su art. 8°, el nuevo cuerpo legal incorpora el delito de financiamiento en términos prácticamente iguales a los de su antecesor. Así, consagra la nueva normativa:

“Artículo 10.- Quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos señalados en la presente ley o a sabiendas de que serán utilizados en su comisión, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, a menos que en virtud de dicha conducta le quepa responsabilidad como integrante de una asociación terrorista o en algún otro delito determinado, en cuyo caso se le sancionará por este último”.

Con todo, y pese a que la nueva consagración mantiene en lo nuclear la figura del financiamiento, es posible advertir ciertas diferencias. Entre ellas, podemos destacar que: 1) la nueva ley restringe los verbos rectores al que “provea” o “recolecte” fondos, a diferencia de la disposición anterior que, además, sancionaba a quien “solicite” fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de delitos terroristas; y 2) la pena contemplada en la nueva normativa es la de presidio menor en su grado máximo (3 y 1 a 5 años), lo cual supone una disminución del marco punitivo en tanto que la anterior disposición contemplaba una escala que comenzaba en presidio menor en su grado medio, pero podía alcanzar hasta el presidio mayor en su grado mínimo (541 días a 10 años). Con todo, la nueva normativa mantiene la regla en virtud de la cual, de caberle responsabilidad al sujeto en un delito determinado —y, en concreto, “como integrante de una asociación terrorista o en algún otro delito determinado”—, se le sancionará por esta última figura.

De esta forma, y de acuerdo con cómo lo ha entendido parte de la doctrina chilena<sup>179</sup>, 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° y ss. de la Ley N° 21.732, sin perjuicio de que los fondos solicitados, recaudados o proveídos tengan por finalidad, precisamente, el utilizados en

---

<sup>179</sup> Para más información, véase especialmente CARRASCO (2017), pp. 153 Y SS.

cualquiera de los delitos terroristas fijados por la ley<sup>180</sup>.

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 “provisión” o “recolección” de fondos, sin necesidad de que se haya concretado, o no, el delito terrorista<sup>181</sup>.

Es un delito susceptible de ser dividido 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”<sup>182</sup>.

Es un tipo mixto cumulativo: las conductas de “proveer” y “recaudar” 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<sup>183</sup>.

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” [énfasis añadido]. Sin embargo, la conducta tipificada es más amplia y se traduce en dos verbos rectores diferentes: “Quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos” [ídem].

Sobre esto, me parece relevante insistir en que la antigua ley

---

<sup>180</sup> Así, se afirma en el mensaje de la ley que originalmente incorporó esta figura en nuestra legislación (me refiero a la Ley N° 19.906) 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 BCN (2003), pp. 4 y 5.

<sup>181</sup> Para más información, confrontar con CARRASCO (2017), p. 153.

<sup>182</sup> CARRASCO (2017), p. 154.

<sup>183</sup> En este sentido, véase CARRASCO (2017), p. 154.

antiterrorista sancionaba, además, al que “solicitará” fondos para la comisión de un delito terrorista. En tal sentido, dicho verbo rector buscaba sancionar al que pidiese fondos para financiar el terrorismo. Conforme al significado que recoge 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”.

Asimismo, y durante la discusión de la ley, se mostró crítico de incluir esta expresión el profesor de la universidad de Talca, 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 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”<sup>184</sup>.

Con todo, la nueva Ley 21.732 deroga el tipo de “solicitar” fondos, razón por la cual dicha conducta ha de entenderse, actualmente, como atípica.

Respecto de los verbos rectores que actualmente contempla el delito de financiamiento, se constata como primer verbo rector el de *proveer*. Según Carrasco, las dos acepciones más cercanas al concepto serían, de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, las de “2.

<sup>184</sup> Para más información, véase BCN (2003), p. 48.

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<sup>185</sup>.

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 como el llamado autor legal del artículo 15, numeral 3), esto es, el que “facilita los medios”, siempre que 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 financiamiento. 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 en sentido estricto (complicidad), 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.

En efecto, 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, 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; *fondos* equivale a ayuda

---

185 PLAZA (2015), P. 185.

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 “proporcionar 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 N° 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 10°, denominada *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 dicha conducta le quepa responsabilidad como integrante de una asociación terrorista o en algún otro delito determinado, en cuyo caso se le sancionará por este último.”<sup>186</sup>.

Respecto del segundo verbo rector, el vocablo *recaudar* es definido por 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*<sup>187</sup>; sin embargo, quedó finalmente como un

<sup>186</sup> Sobre la discusión que generó la inserción de esta cláusula durante la tramitación de la antigua ley, véase CARRASCO (2017), pp. 161 Y SS.

<sup>187</sup> En efecto, Juan Bustos señaló durante la discusión, a propósito de la inclusión de estos verbos, que: “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° [se refiere a la derogada Ley N° 18.314], 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 BCN (2003), p. 42.

verbo rector distinto, el cual se ha de entender, entonces, como “cobrar o percibir caudales o efectos”<sup>188</sup>.

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

## 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y financiamiento del terrorismo

Sobre esta materia, y como se ha adelantado, la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, establece la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de financiamiento del terrorismo, entre otros ilícitos. 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 N° 18.314 (remisión que, como se indicó previamente, debe entenderse realizada al art. 10 de la nueva Ley N° 21.732).

Al igual que ocurrió con respecto al delito de cohecho internacional, la presente ley viene a cumplir con una serie de tratados internacionales y otros instrumentos en que el Estado se obliga a tipificar diversas conductas para, así, alinearse con el estándar de los países que conforman la OCDE en estas materias. Esta tendencia doctrinaria y normativa, señala el mensaje que acompañó el proyecto<sup>189</sup>, se constata en diversas convenciones internacionales adoptadas en el último tiempo, todas las cuales fueron ratificadas por Chile. Entre 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

---

<sup>188</sup> 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 española, coincide con recopilar cosechar y recaudar. Para más información, véase BCN (2003), p. 51, nota 2.

<sup>189</sup> Para más información, véase BCN (2009), p. 3.

Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico; la Resolución N° 1.373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para combatir el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

De estos instrumentos, añade el mensaje de la Ley N° 20.393:

“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”<sup>190</sup>.

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 los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.393.

La comisión del delito en interés o para el provecho de la persona jurídica, según el inciso 1° del artículo 3° de la Ley N° 20.393.

El incumplimiento por parte de la persona jurídica de su deber de dirección y supervisión (“modelo de prevención de los delitos”), y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito, según los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.393.

En cuanto a las penas, según los artículos 8 al 15 de la Ley N° 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 10° de la Ley N° 21.732 (presidio menor en su grado máximo), 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.

---

<sup>190</sup> Para más información, véase BCN (2009), pp. 3 y 4.

En cambio, si se trata de una persona jurídica, las penas a aplicar serán aquellas que contempla el artículo 15 de la Ley N° 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; y iii) el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

## Capítulo 7

# Terrorismo y derecho penal internacional

## 1. 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”<sup>191</sup>.

Los primeros 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes, las Convenciones sobre Estupefacientes 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 en 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, éstas no constituyen crímenes y, por tanto, son conductas atípicas 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 introduce típicamente los crímenes respectivos, estos pasan a formar parte del derecho nacional<sup>192</sup>. Esto último es lo que ocurrió, por ejemplo, con el delito de financiamiento del terrorismo arriba analizado.

En cambio, los auténticos *crímenes internacionales*, también llamados *supranacionales* o *nucleares*, sí constituyen crímenes *stricto sensu*,

<sup>191</sup> Para más información, véase AMBOS Y TIMMERMANN (2015), PP. 26 Y SS.

<sup>192</sup> Para más información, véase AMBOS Y TIMMERMANN (2015), P. 29.

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, son los contemplados en los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>193</sup>. Algunos de ellos 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 castigados 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 –e 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 y nacionalidad, y el principio de protección por la jurisdicción universal *stricto sensu*<sup>194</sup>.

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<sup>195</sup>. Por cierto, para ello no fue necesaria 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 ocasión de revisar su origen y las sucesivas reformas que ha sufrido la Ley N° 18.314 y las principales modificaciones que trae consigo la nueva Ley N° 21.732, concluyendo que su naturaleza común no se ve afectada por la constatación de que algunas de dichas reformas sí tuvieron su origen en convenciones internacionales.

---

<sup>193</sup> AMBOS Y TIMMERMANN (2015), pp. 28 y 29. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 558/SEC/09, de 25 de junio de 2009, del Senado, y luego promulgado y publicado por el Decreto N° 104 de 1 de agosto de 2009.

<sup>194</sup> Para más información, véase AMBOS Y TIMMERMANN (2015), p. 30.

<sup>195</sup> En el mismo sentido, véase AMBOS Y TIMMERMANN (2015), p. 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)”.

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, 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, de 9 de diciembre de 1994<sup>196</sup>, y la Declaración Complementaria, de 17 de diciembre de 1996<sup>197</sup>. 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 de 16 de febrero de 2011<sup>198</sup>, 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 que

“Esta práctica es evidencia de una creencia de los Estados de que la punición del terrorismo responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*) y que es, por consiguiente, hecha obligatoria por la existencia de una regla que así lo exige (*opinio juris*)”<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Declaración de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, anexa a la Resolución N° 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1994.

<sup>197</sup> Declaración Complementaria de la Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional de 1994, anexa a la Resolución N° 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1996.

<sup>198</sup> Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, STL 11-01/I/AC/R176bi, de 16 de febrero de 2011, (“decision”).

<sup>199</sup> 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), p. 33, NOTA 42.

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 permiten inferir la existencia de un verdadero crimen internacional<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> En el mismo sentido, véase AMBOS Y TIMMERMANN (2015), p. 36.

## Capítulo 8

### Problemas concursales

#### 1. 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)<sup>201</sup>.

El problema no es baladí, en tanto que la técnica legislativa utilizada por el legislador en materia antiterrorista 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 los numerales 1° a 5° del artículo 2°)<sup>202</sup> o consagrando verdaderos ilícitos autónomos en la Ley Terrorista, como ocurre en los casos de los arts. 7° y 8°, todos de la Ley N° 21.732.

Pues bien, independientemente 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 los elementos subjetivos terroristas —o el elemento objetivo, en su caso, contenido en la hipótesis tercera del art. 2°) sino más bien un problema que ha de solucionarse vía interpretación y, en concreto, en virtud de la regla de especialidad propia del *concurso aparente de leyes penales*.

<sup>201</sup> Por todos, véase MATUS Y RAMÍREZ (2021), pp. 554 Y SS.

<sup>202</sup> El catálogo de delitos allí descritos ya hemos tenido ocasión de revisarlo. Véase *supra*, Cap. IV.

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), cometido con la intención de socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático, deberá juzgarse en virtud de la Ley N° 21.732, y no en virtud de la figura contenida en el Código o, de ser el caso, en una ley especial, por ser aquella (la Ley Terrorista) la disposición más específica<sup>203</sup>.

Sin embargo, esta “aparente” simpleza para resolver la mención a varias disposiciones penales dentro de la ley antiterrorista 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.

## 2. 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 concorra alguno de los elementos de la Ley N° 21.732) sea el de la ley antiterrorista. Como sabemos, dichas conductas también están contempladas en la letra d del artículo 14 de la Ley N° 17.798 (Ley de Control de Armas), la cual sanciona a “el que colocare, enviare, activare, arrojar, detonare, disparare o hiciere explotar 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 socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático o, imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático— debería dar lugar a un concurso aparente y, por ende, a la aplicación de la ley antiterrorista. Y, en efecto, esta vía de solución seguiría siendo correcta. Sin embargo, con ello se olvida que la *posesión*, *tenencia* o *porte* de artefactos explosivos, por sí solos, también constituyen un ilícito especialmente

---

<sup>203</sup> En el mismo sentido, véase HERNÁNDEZ (2011), p. 13.

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 al ilícito terrorista y de manera independiente.

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 señalado explícitamente 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, 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 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 este<sup>204</sup>.

En este sentido, el hecho de que se afecte bienes jurídicos diferentes no necesariamente determina la presencia de dos delitos diferentes. En palabras de Matus, “el criterio de la unidad de bien jurídico solo podría llegar a tener un rol limitado en esta materia y no siempre

---

204 VILLEGAS (2020), p. 751.

carente de discusión”<sup>205</sup>, 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:

“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 cuán 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”<sup>206</sup>.

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 distinguir si el delito hubiese 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 antiterrorista 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 aplicar las reglas del concurso real.

Con todo, estimo atendibles 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

---

<sup>205</sup> MATUS (2008), p. 301.

<sup>206</sup> VILLEGAS (2020), p. 752.

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, y lo 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 Antinarcóticos y contra el Crimen Organizado de La Calera de la Policía de Investigaciones de Chile, en el contexto de un registro con autorización judicial del domicilio del acusado de iniciales AASS, 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 encargado vigente por robo, además de no mantener el acusado autorización para el porte o tenencia de armas de fuego; dos bolsas de nailon negras y un paquete esférico de alusa, contenedores todos de marihuana; un saco de nailon color rojo con restos de *Cannabis sativa* en proceso de secado; y un bolso tipo banano 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 de su domicilio, a las cuatro de la madrugada aproximadamente, donde se lo encontró en una habitación, manteniendo consigo envuelto en ropa un paquete esférico confeccionado de papel alusa con marihuana y una bolsa de nailon color rojo con 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, fundada 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 N° 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”<sup>207</sup>.

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

“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 desestimaré 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”<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 11262-2021, de 22 de junio de 2021.

<sup>208</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 11262-2021, de 22 de junio de 2021, considerandos 12° y ss.

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 N° 20.813 (numeral 21) como artículo 17, letra b, de la Ley N° 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’<sup>209</sup>. Así, con la calificación 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’<sup>210</sup>.

### 3. Ley Terrorista y atentados contra la autoridad

Como se ha revisado, la ley antiterrorista recurre a un catálogo de ilícitos –contemplados en su artículo 2° y 5°– con respecto a los cuales procederá la calificación terrorista en la medida que concurran los elementos subjetivos u objetivos, en su caso, que permitan calificar el hecho como terrorista. En tal sentido, Hernández, a propósito de la similar técnica utilizada en la antigua Ley N° 18.314, distingue bien aquellas hipótesis contenidas en el artículo 2°, numeral 1, de las restantes hipótesis, contenidas en los numerales 2, 3, 4 y 5,

<sup>209</sup> Intervención del profesor Matus en “Historia de la Ley 20.813 que modifica la Ley 17.798, sobre control de armas y el Código Procesal Penal”, Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>210</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 11262-2021, de 22 de junio de 2021, considerando 8°.

considerando la técnica de tipificación seguida por el legislador<sup>211</sup>.

Así, y en relación con el numeral 1 (actual art. 2°), 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 —ley antiterrorista— por ser la disposición más especial (concurso aparente). En ello no habrá mayor complejidad.

Ahora bien, tratándose de aquellas hipótesis en que la ley no se remite a disposiciones específicas, sino que describe directamente una conducta y la *define* como terrorista (como sería el caso de los ya citados arts. 7° y 8° de la nueva Ley N° 21.732),, podría pensarse, afirma Hernández, 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”<sup>212</sup>. Con esta opinión estoy 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 N° 18.314 (hoy, Ley N° 21.732) por especialidad, cuando menos desde un punto de vista subjetivo”<sup>213</sup>.

Lo anterior, *siempre que* se presente algunos de los elementos subjetivos u objetivo ya mencionados.

Pese a ello, el problema no se resolvería tan fácilmente tratándose de algunas hipótesis del artículo 7° de la nueva ley antiterrorista. Así, y con respecto a tal disposición, 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.

<sup>211</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 12 Y SS.

<sup>212</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 12. ÉNFASIS AÑADIDO.

<sup>213</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 12.

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: “Cometen 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” [énfasis añadido].

De acuerdo con cierta parte de la doctrina, a la cual Hernández parece adherir<sup>214</sup>, esta disposición no resultaría tan problemática en tanto que no proscribiera un atentado en contra de *personas determinadas*, como sí lo hacía el numeral 3 del artículo 2° de la derogada Ley N° 18.314, y lo hace actualmente el art. 7° de la nueva Ley N° 21.732 (jefe de Estado o ministros de Estado; de los senadores y diputados en ejercicio, entre otros). Así, y de acuerdo con este autor, dicha figura (numeral 1° del art. 261 CP) solo sancionaría a quienes emplean fuerza o intimidación (no sabemos en contra de quién) para conseguir alguno de los fines contemplados en los artículos 121 (rebelión) y 126 (sedición), sin el requisito del alzamiento público que disponen tales figuras<sup>215</sup>. En tal sentido, concluye Hernández, 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”<sup>216</sup>.

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) el que incluye a la figura del presidente de la República (entre otras autoridades), como también lo hace la nueva Ley Terrorista (art. 7).

<sup>214</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 13.

<sup>215</sup> Se trata, según HERNÁNDEZ (2011), p. 13, del denominado “atentado impropio” constitutivo de una forma atenuada de rebelión.

<sup>216</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 13. Énfasis añadido.

En cambio, los criterios relevantes para distinguir entre este delito y 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 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 a lo que ya he hecho mención al inicio de este trabajo, el denominado fin *subversivo* o político presente actualmente en la ley antiterrorista al exigir en su art. 2° que las conductas se cometan con el fin de “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático o, imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático”.

Con todo, y pese a que en apariencia existe una colisión de normas dada la coincidencia, en ciertos aspectos, de los fines perseguidos (*v.gr.* la hipótesis “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” contenida en el art. 126 CP, en relación a la finalidad “imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático” del art. 2° de la Ley N° 21.732), el problema

pareciera resolverse, más bien, en el ámbito objetivo.

Como se anunciara anteriormente, también ha de tenerse presente la faz objetiva de las figuras concurrentes. Así, la Ley Terrorista –en su art. 7°– hace referencia a los atentados *contra la vida o integridad física* 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 y permite distinguir con mayor nitidez el campo de aplicación de los tipos penales.

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

“Cometen 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 ni 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 que en el numeral 1°. Así, afirma Hernández:

“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° (en referencia a las Ley N° 18.216), 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”<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 14.

En definitiva, parece relevante tener en consideración esta última figura, ya que, en rigor, los atentados contra la autoridad con fines terroristas (artículo 2º, numerales 3º, 4º y 5º de la nueva ley) sí resultarán subsumibles en esta tipificación, dando lugar, a mi parecer, a un concurso de índole aparente.

Con todo, es preciso aclarar que la nueva Ley N° 21.732 contempló, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, ciertas hipótesis *objetivas* en las que una asociación será considerada como terrorista, precisamente en el caso del atentado contra la vida del Jefe de Estado, u otras autoridades, de acuerdo al art. 7º de la nueva ley. Así, y tal como establece el inciso final del art. 2º de la nueva ley, se entenderá *siempre* por asociación terrorista a aquella organización de tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus objetivos la comisión de los delitos señalados en los artículos 7º y 8º.

Por tal motivo, si los miembros de una asociación que tiene como finalidad el atentar contra la vida el Jefe de Estado u otras autoridades de las allí señaladas, o la colocación y detonación de artefactos explosivos que afecte o pueda afectar a una cantidad elevada de personas, tales asociaciones *siempre* habrán de ser calificadas como terroristas, sin que sea necesario la concurrencia de más requisitos subjetivos u objetivos como los ya revisados fines contenido en la nueva ley terrorista.

#### 4. Ley Terrorista y Ley de Seguridad Interior del Estado

La Ley N° 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 presentará, 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 5º, letra a, lo siguiente:

“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 destacable 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 primero 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 entre la conducta allí prohibida –secuestro– y el mismo numeral del artículo 2° de la Ley Terrorista. Así, señala la primera disposición:

“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 esta.

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<sup>218</sup>.

De esta forma, el único y complejo factor de distinción que operaba entre ambas legislaciones –Ley de Seguridad Interior y la antigua Ley Terrorista N° 18.314– era el fin de provocar temor propio de esta última, con lo cual, definido que sea dicho elemento, se producía un concurso aparente en que la tendencia interna del que obra propiciaba la especificidad del tipo a aplicar.

Con todo, en la práctica, las acciones desplegadas por uno o más sujetos y las finalidades con que estos 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 continuación, se plantearán dos casos que grafican los problemas más recurrentes a la hora de resolver eventuales concursos de delitos.

## 5. Casos o problemas concursales

A continuación, revisaremos algunos casos que grafican los principales problemas concursales que se pueden presentar a propósito de la aplicación de la ley antiterrorista y su concomitancia con otras leyes especiales.

---

<sup>218</sup> Nótese que, a diferencia de la letra a del artículo 5°, la 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 2° de la ley antiterrorista, el cual reza: “imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático”. El problema se centra en que la antigua Ley Terrorista suponía, a diferencia de norma de la Ley de Seguridad Interior del Estado, que el sujeto obre “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”; en cambio, la nueva Ley N° 21.732 sí parece contemplar finalidades ya comprendidas en la ley de seguridad, al incorporar entre sus finalidades la de “socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático o, imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático”, muy similar a la forma en que el artículo 5°, letra b, de la Ley de Seguridad Interior, plantea sus tres propósitos: 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.

## 5.1. 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 sancionado en virtud del delito de homicidio contemplado en el artículo 391 del Código Penal, calificado en caso de concurrir premeditación conocida u otra circunstancia 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 con el ya revisado artículo 17, letra b, de la Ley de Control de Armas.

Por su parte, la cualidad del sujeto pasivo –que 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. En ello, no hemos de insistir.

Pues bien, con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley antiterrorista, nuestro sistema solo agravaba la pena del homicidio tratándose del asesinato de un fiscal del Ministerio Público (artículo 268 ter del Código Penal), el homicidio de un Carabinero (artículo 416 del Código de Justicia Militar), o el de un Policía o Gendarme (de acuerdo a sus específicas leyes orgánicas); pero no en el caso de que la víctima fuese un ministro de Estado<sup>219</sup>; a no ser, por cierto, que concurriera el fin de amedrentar a toda o una parte de la población, situación en la cual el hecho debía ser captado por la Ley N° 18.314 y, en concreto, por su numeral 3 del artículo 2°, sobre atentado en contra de la vida de una *autoridad política*.

En concreto, previo a la entrada en vigencia de la nueva ley antiterrorista, el homicidio de un ministro de Estado, en principio, daba solo 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

---

<sup>219</sup> 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 las 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 numeral 21 (“motivado por la ideología, opinión política [...]).”

sujeto cumplir ambas condenas en forma sucesiva, principiando por la pena del delito mayor (homicidio). Si el atentado era terrorista, el mismo concurso de delitos se dará entre la Ley Terrorista y la Ley de Control de Armas.

Pese a lo anterior, y como se ha venido sosteniendo, la nueva Ley Antiterrorista N° 21.732, contempla actualmente una hipótesis específica que sanciona el atentado contra la vida del Jefe de Estado o, como aquí se ejemplifica, un ministro (arts. 7° y 8°). De esta forma, y por mandato expreso de la nueva ley (inciso final del art. 2°), las asociaciones que tenga entre sus fines la comisión de estos delitos, siempre serán consideradas como terroristas, en la medida que cumpla con los demás requisitos legales (3 o más personas con acción sostenida en el tiempo).

## 5.2. 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 N° 12.927)– y, por otra, socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático (esto es, la finalidad contemplada en la letra a) del artículo 4° de la Ley N° 21.732). 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<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> 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 N° 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, quien tendrá que resolver qué tipo de concurso es el que aquí se presenta.

Una primera vía de solución, a mi parecer, sería considerar este caso como un auténtico concurso *material* o *real* de delitos, lo cual daría lugar a la calificación y sanción por ambas figuras: el atentado terrorista 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 –pricipiando por la mayor–, como lo señala el artículo 74 del Código Penal.

Aboga por esta primera solución el hecho de 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 N° 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 captada 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<sup>221</sup>.

Sin embargo, esta última solución no parece del todo satisfactoria. Ambos ilícitos ya contemplan, en su respectivo 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

---

<sup>221</sup> Sobre esta discusión y las distintas hipótesis de solución planteadas por la doctrina, véase MAÑALICH (2018), pp. 112 y 113; VILLEGAS (2020), pp. 751 y ss., y PIEDRABUENA (1997), p. 946.

más grave”. Así, y dado que la pena contemplada en la Ley de Seguridad Interior 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 uno, dos o tres 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 fue re, 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 Antiterrorista 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<sup>222</sup>.

Así, el artículo 11° de la Ley N° 21.731 consagra que “La conspiración para cometer alguno de los delitos contemplados en los artículos 3°, 4°, 7° y 8° se sancionará con la pena señalada en éstos, rebajada en dos grados”. Recordemos que la conspiración existe, según el artículo 8° del Código penal, 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 I 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 antiterrorista está igualando la penalidad de la conspiración a la de la tentativa<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> La ya derogada Ley N° 18.314, en su texto original (artículo 7°), declaraba punible no solo la conspiración, sino también la proposición para cometer un delito terrorista. Sin embargo, la Ley N° 19.027, de 1990, sustituyó dicha disposición, eliminando la punición de la proposición y manteniendo solo la de la conspiración.

<sup>223</sup> Con una crítica similar, véase HERNÁNDEZ (2011), p. 18.

Por otro lado, y a diferencia de la Ley N° 18.314, la nueva ley anti-terrorista nada dice respecto del llamado desistimiento de la tentativa o arrepentimiento de la frustración como causales de eximente de responsabilidad. En efecto, el artículo 9° de la derogada ley terrorista, eximía de responsabilidad penal a quien se desistía de la tentativa y de la conspiración.

Pese a lo anterior, la Ley N° 18.314 imponía –para dar lugar a tal eximición– una serie de requisitos que la hacían especialmente compleja de alcanzar, pues exigía 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, atentaba contra el principio de culpabilidad y crearía situaciones de verdadera responsabilidad objetiva.

Así, afirmaba 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”<sup>224</sup>.

Pese a lo anterior, y como se señalara, la nueva Ley N° 21.732 no establece requisito adicional alguno para que opere el llamado desistimiento de la tentativa o de la conspiración, razón por la cual, estimo, han de regir las reglas generales del Código penal y, en lo que aquí interesa, la del inciso final del art. 7°: “Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.

En relación con la tentativa, y a diferencia de la derogada la Ley Terrorista (18.314) que establecía una penalidad elevada con respecto a los criterios generales, la nueva ley nada dice respecto de ello, por lo

<sup>224</sup> Para más información, confrontar con HERNÁNDEZ (2011), p. 20. Énfasis añadido.

que nuevamente nos hemos de estar a las reglas generales contenidas en el Libro I del Código penal.

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

## Capítulo 10

### Ley terrorista e 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. Para hablar de la participación en sentido amplio, se ha preferido el vocablo “intervención”<sup>225</sup>, 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, se puede afirmar en términos simples, que el delito terrorista actual bajo el imperio de la nueva Ley N° 21.732 presenta dos modalidades en cuanto a concurrencia de sujetos se trata.

Por una parte, se trata de un delito de carácter asociativo (art. 2), en virtud del cual se sanciona, tanto a los que pertenecen a la asociación (en los distintos grados que distingue la ley), como a aquellos que, siendo parte de la asociación, ejecutan los delitos expresamente contemplados en la ley en relación a los fines o modalidades que también se han consagrado expresamente.

Los distintos grados de intervención en una asociación terrorista, así como las penas que corresponde aplicar a quienes intervienen de manera más o menos intensa en la agrupación (tales como reclutadores o jefaturas), se puede observar en el siguiente cuadro:

---

<sup>225</sup> En el mismo sentido, véase MIR (2016), p. 410.

ARTÍCULO	CONDUCTA	PENA	DELITO
Art. 1 inc. 1°	<p><b>Simple asociación:</b></p> <p>“Quien sea parte de una asociación terrorista”</p>	Presidio mayor en su grado mínimo (5 y 1 a 10 años)	<p>Art. 1 inc. 4°: “La pena establecida en el inciso primero podrá ser rebajada en un grado respecto de quien, formando parte en una asociación terrorista, <b>no tuviere un involucramiento relevante en la organización</b>”.</p> <p>Art. 1 inc. 5°: “La rebaja prevista en el inciso anterior <b>podrá aplicarse</b> respecto de quien, habiendo tomado parte en la asociación, <b>se hubiere limitado a recibir alguno de los entrenamientos mencionados en el inciso segundo</b>”.</p>
Art. 1 inc. 2°	<p><b>Asociación agravada:</b></p> <p>“quien tomare parte en la asociación reclutando nuevos miembros o entregando entrenamiento militar, de combate o en el uso de armamento o de artefactos explosivos;</p>	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 y 1 a 15 años)	
Art. 1 inc. 2° segunda parte.	<p><b>Asociación hiperagravada:</b></p> <p>“quien tomare parte en ella:</p> <p>cumpliendo funciones de jefatura, ejerciendo mando en ella, proveyéndole recursos o medios, o habiéndola fundado.</p>	Presidio mayor en su grado medio (10 y 1 a 15 años)	

Como se ve en el cuadro, a mi juicio es posible distinguir tres formas de intervención en una asociación: 1) la simple o mera asociación, aplicable al sujeto que solo pertenece a la misma; 2) la asociación agravada, en que el grado de intervención e involucramiento es mucho mayor, pues el sujeto no solo pertenece, sino que además cumple ciertas funciones de relevancia dentro de la misma; y 3) la asociación hiperagravada, en la cual caben los fundadores, quienes ejerzan funciones de jefatura o mando, o proveyendo recursos a la misma.

Por otro lado, podemos afirmar que la ley también sancionada a quienes cometen determinados ilícitos sin pertenecer a una asociación (arts. 3 y 4). En estos casos, se trate de 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.

Dentro de esta segunda categoría, es posible distinguir dos formas de intervención individual:

### 1. Terrorismo individual conexo (art. 3)

Que sanciona la conducta del sujeto que, en adherencia a los fines de una asociación terrorista o de una agrupación u organización de personas que persiga la comisión de ciertos delitos con dichos fines (estipulados en el art. 2), por sí o mediante terceros, y siempre que no forme parte de una asociación terrorista.

Como tuvimos ocasión de revisar, me parece que esta figura no está exenta de críticas. Tal exigencia —adherencia a ciertos fines—, no constituye, sino, la exigencia de un elemento subjetivo en el sujeto distinto del dolo (elemento subjetivo que se suele denominar de “tendencia interna intensificada”), cuestión que en principio no parece problemática. Sin embargo, en este caso en particular, podría suponer sanciones penales graves en virtud de una *mera adhesión ideológica*, cercana a la muy criticada y ya derogada sanción de la apología del terrorismo.

### 2. Terrorismo individual inconexo o el lobo solitario (art. 4)

En relación con esta especial forma de comisión, se celebra que el legislador haya finalmente incorporado la figura del lobo solitario en la ley. Se trata, en este caso, del sujeto que sin pertenecer ni compartir

los fines de una asociación terrorista, lleva a cabo determinados ilícitos (especialmente señalados en el art. 5°), siempre que en el propio sujeto se persigan algunas de las siguientes finalidades, por cierto, de naturaleza alternativas:

“a) Socavar o desestabilizar las estructuras políticas, sociales o económicas del Estado democrático.

b) Imponer o inhibir alguna decisión a una autoridad del Estado democrático.

c) Someter o desmoralizar a la población civil o a una parte de ella”.

### **3. Ley terrorista como ley común y no como ley especial**

Finalmente, 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 antiterroristas y, por tanto, a todos les está prohibido, bajo amenaza penal, intervenir como autores, partícipes o encubridores en actos de este tipo (ello, sin perjuicio de la figura agravada aplicable al empleado público que, en ejercicio de su cargo, cometa alguno de los delitos aquí contemplados, según dispone el art. 14 de la ley).

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que, tanto en virtud de la Ley N° 20.519, de 2011, que modificó el artículo 1° de la antigua Ley Terrorista, así como lo dispuesto en el art. 15 “(..) no se calificarán de terroristas las conductas realizadas 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.

## Referencias

AMBOS, KAI y TIMMERMANN, Anita (2015): “Terrorismo y derecho internacional consuetudinario”, en *Terrorismo y derecho penal* (Editores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, Berlín: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer).

ARIAS, Enrique (2018): “El futuro del terrorismo nuclear en la táctica de los actores individuales”, en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, N° 12.

BASCUÑÁN, 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. 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”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 35, N° 2.

CARRASCO, Edison (2017): “El delito de financiamiento del terrorismo en la legislación chilena”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 26.

CORDÓN, Julio César (2011): *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Tesis doctoral (Salamanca: Universidad de Salamanca).

CASTAÑEDA, Mireya (2015): *Compilación de tratados y observaciones generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

COSTA, Marc (2017): *El renacer de los lobos solitarios* (Granada: Grupo de Estudios en Seguridad Internacional).

DÍAZ GARCÍA, Iván (2012): “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 33 – 76.

FICHTE, Johann Gottlieb (1796): *Grundlage des naturrechts nach den prinzipien der wissenschaftslehre* (Hamburgo: Felix Meiner Verlag).

GARRIDO MONTT, Mario (1984): *Etapas de ejecución del delito: autoría y participación* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

GARRIGA, David (2014): “El lobo solitario”, en *Criminología y Criminológica*, N° 1.

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”, en *Historia y Comunicación Social*, vol. 23, N° 2.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2015): “El terrorismo como delito común” en *Terrorismo y derecho penal* (Editores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner, Berlín: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer), pp. 401-437.

HERNÁNDEZ, Héctor (2011): *Algunas modificaciones a la Ley 18.314 (Informe en Derecho del Departamento de Estudios)* (Santiago: Defensoría Penal Pública).

HOBBS, Thomas (1980): *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica).

HRUSCHKA, Joaquim (1976): *Struckturen der Zurechnung* (Berlín: De Gruyter).

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/Civitas).

JAKOBS, Günther y Cancio Meliá, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Thomson Reuters/Civitas).

LAMARCA, Carmen (1993): “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso *Amedo*)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 46, Mes 2, 1993, pp. 535-560.

MALDONADO, Francisco (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, pp. 23-63.

MAÑALICH, Juan Pablo (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la Parte Especial del Derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 N° 2, pp. 79-100.

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”, en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*.

MATUS, Jean Pierre (2008): *El concurso aparente de leyes* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).

MATUS, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).

MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición (Barcelona: Reppertor).

MIR PUIG, Santiago (2011): *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición (Barcelona: Reppertor).

MUÑOZ, Francisco (1999): *Derecho penal. Parte especial* (Valencia: Tirant lo Blanch).

——— (2005): “De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’”, en *Revista Penal*, N° 16.

NOGUEIRA, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, 2009, pp. 143-205.

NÚÑEZ, José Ignacio (2009): “Un análisis abstracto del derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario en política criminal. Tomo 4”, en *Revista Política Criminal*, vol. 4, N° 8.

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)(Génova: Asamblea General de las Naciones Unidas).

PAPI, Mario (1999): “El terrorismo en el mundo actual”, en *Revista Política y Estrategia*, N° 79.

PIEDRABUENA, Eduardo (1997): “El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo Código Penal”, en *Revista Actualidad Penal*, N° 22.

PLAZA, Ignacio (2015): “Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 20.

RAGUÉS, Ramón (1998): *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*. Tesis doctoral (Barcelona: Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra).

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1959): *Staat und Gesellschaft*, “*contrat social*” (trad. Weigend), (Stuttgart: Goldmann).

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo e Íñigo, Elena (2017): *Delictum 2.0*, 5ª edición (Pamplona: Eunsa).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, tomo 4 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001): *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición (Madrid: Civitas).

SPAAIJ, Ramón (2012): *Understanding lone wolf terrorism* (Dordrecht: Springer Netherlands).

TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (trad. 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”, en *Revista Política Criminal*, vol. 15, N° 30.

——— (2018): “Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)”, en *Revista Política Criminal*, vol. 13, N° 25.

——— (2016): “Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno”, en *Revista Política Criminal*, N° 11, vol. 21.

ZARROUK, Mourad (2011): “Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis”, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, N° 1.

*Terrorismo y nueva Ley 21.732*  
de Alejandro Leiva López



Academia Judicial de Chile  
Colección Materiales Docentes

