

LA ESTRUCTURA – ¿TRIÁDICA?– DEL INJUSTO TERRORISTA.
A LA VEZ, BASES PARA UNA EVALUACIÓN COMPARATIVA DE LA REGULACIÓN
LEGAL Y DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

JUAN PABLO COX LEIXELARD
Universidad Adolfo Ibáñez

SUMARIO: 1. La falta de domesticación. 2. El escenario. 3. Otro modelo posible. 4. Evaluación de las propuestas rivales. 5. Valoración y conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo, injusto triádica, modelo incriminatorio, peligro bastracto.

La discusión respecto de qué comportamientos deben contar como terroristas dentro de un determinado Estado es intensa en el marco del moderno Derecho penal. Que las dudas no se reduzcan a la búsqueda de la mejor reconstrucción posible de las reglas legales vigentes, sino que alcancen a la identificación misma del terrorismo y sus contornos alerta sobre la anomalía fundamental que subyace en este ámbito: la escasa reflexión dogmática ha impedido el surgimiento de una construcción conceptual sólida y compartida respecto de la criminalidad terrorista. En este trabajo ofreceré una muy superficial visión del contexto regulativo y de los principales obstáculos que el abandono del trabajo dogmático supone en este plano (1), para luego dar cuenta, también someramente, de las principales objeciones que se han dirigido contra la legislación antiterrorista en Chile (2). Seguidamente abordaré la descripción del modelo explicativo de los delitos terroristas que considero como el mejor disponible: aquel que concibe al delito de terrorismo como expresivo de una estructura de injusto triádica (3). Someteré a evaluación la legislación vigente y las distintas propuestas existentes sobre la base de su compatibilidad con tal modelo triádico, abordando las perspectivas estructural, instrumental y teleológica que lo componen (4), para terminar con unas conclusiones (5) y un listado bibliográfico (6).

1. LA FALTA DE DOMESTICACIÓN

El tránsito sin escalas genuinamente dogmáticas desde la criminología o la sociología hasta la legislación penal, advertido por Guzmán Dalbora como un riesgo notable en el plano de la regulación legal de las asociaciones ilícitas¹, debe

¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis, Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas, en Estudios y defensas penales (Santiago de Chile, 2005), p. 11.

ser resistido. Y debe ser resistido tenazmente no sólo por los peligros de provocar excesos punitivos derivados de la pretensión de satisfacer demandas incriminatorias locales o extranjeras, sino que, también, porque en definitiva la pura orientación a fines termina diluyendo el trabajo dogmático. Si éste es racionalización a partir del estudio y clasificación de las estructuras, debe dejar de entenderse como una herramienta de promoción regulativa para dar paso, en definitiva, a su concepción como mecanismo de orientación, evaluación y reconstrucción regulativa².

En materia de terrorismo ese riesgo se ve multiplicado por la amplísima gama de perspectivas que intentan aproximarse al fenómeno, y que conspiran contra la generación de un concepto más o menos compartido que sirva de base a la configuración del injusto terrorista. Esta dificultad ha sido destacada por los autores³ pero no se ha traducido, en nuestro entorno más cercano, en una asunción del deber de precisar cuando menos los contornos y deslindes de la regulación jurídico-penal del terrorismo.

Por otra parte, el potente componente político que ostenta el terrorismo refuerza la necesidad de contar con un aparataje dogmático sólido que opere como filtro que permita traducir adecuadamente a un código jurídico dotado de una *forma* los *hechos* calificados de terrorismo. De esta forma se favorece el alejamiento de los modelos regulativos centrados en la identificación y descripción del *terrorista*, y se abonan razones, en cambio, para la revisión de las *conductas* terroristas⁴. Como es evidente, ésta no ha sido la perspectiva adoptada por nuestro legislador:

² Así, VOGEL, Joachim, Legislación penal y ciencia del derecho penal (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal), en *11 RDPC* (2003), pp. 252 y ss. Reconoce como funciones de la dogmática el análisis de las estructuras del sistema jurídico-penal de normas, la reflexión ético-normativa sobre merecimiento de pena y el comentario de la legislación vigente; HRUSCHKA, Joachim, Repensar el derecho penal! Reflexiones a propósito del libro *Rethinking criminal law* de George P. Fletcher, en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (Navarra, 2005), p. 235.

³ Por todos, FLETCHER, George, *The Indefinable Concept of Terrorism*, en *4 Journal of International Criminal Justice* (2006), pp. 898 y ss.

⁴ Así entiendo la preferencia marcada por Villegas en orden a referirse a delitos de terrorismo y no a delitos terroristas: VILLEGAS, Myrna, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, en *2 Política Criminal*. (2006), p. 7. El estatus de quien comete un acto de terrorismo es objeto de una viva discusión, a cuyo respecto puede verse CARVALHO, Henrique, *Terrorism, punishment, and recognition*, en *15 New Crim. Law. Review* (2012), pp. 345 y ss., con nutridas referencias a Duff. Este último parece haber modificado algunas de sus tomas de posición, tal como se ve en DUFF, Antony, *Notes on punishment and terrorism*, en *6 Am. Behav. Scientist* (2005), pp. 758 y ss. En general, sobre el contenido del denominado “derecho penal de autor”, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades* (Valencia, 2007), pp. 35 y ss., 115 y ss., 263 y ss.

el excéntrico tratamiento constitucional del terrorismo en Chile⁵ está construido sobre la figura clásica de la transferencia, a partir de la cual la autoridad etiqueta a sus adversarios y los pone al margen del orden institucional, declarándose a sí misma, a la vez, como custodia de esa institucionalidad amenazada⁶.

Esta regulación constitucional se complementa con una legislación que agudiza los severos déficits de reflexión teórica esbozados y que se encuentra desperdigada en diversos cuerpos normativos, cuya figura central está constituida por la ley N° 18.314. La precariedad de esta ley termina posibilitando el desolador panorama que presenta el tratamiento jurídico nacional del terrorismo, al tiempo que la incesante presión punitiva derivada de una muy deficiente comprensión de las obligaciones dimanantes de los compromisos internacionales suscritos por Chile sólo ahonda la muy insatisfactoria situación⁷.

2. EL ESCENARIO

La legislación antiterrorista chilena se encuentra contenida básicamente en la Constitución Política de la República y en la ley N° 18.314. Las aristas constitucional y procesal de una tal regulación serán aquí preteridas en favor de la revisión del componente estrictamente jurídico-penal.

Pese a sus modificaciones⁸, la estructura de la ley N° 18.314 se mantiene desde su entrada en vigencia en 1984. En lo nuclear, entrega un extenso listado de delitos

⁵ La disposición fundamental a este respecto es el art. 9° de la Constitución Política de la República, que debe ponerse en relación con los arts. 16 N° 2, 17 N° 3, 19 N° 7 letra c) y 63 N° 16, entre otros.

⁶ La técnica es marcadamente común en los regímenes dictatoriales: CANCIO MELIÁ, Manuel, El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español, en *12 REJ* (2010), p. 149.

⁷ Una vez más, pareciera que el centro de la controversia se sitúa en la falta de distinción entre deberes de incriminación, deberes moderados de tipificación y deberes extremos de tipificación, según la precisa clasificación sintetizada por BASCUÑÁN, Antonio, Derechos fundamentales y derecho penal, en *9 REJ* (2007), pp. 61 y ss. Un rápido vistazo a los instrumentos internacionales que en opinión de Matus, por ejemplo, implican la necesidad de una tipificación interna específica bajo el rótulo de delitos de terrorismo, arroja que en realidad simplemente afirman la necesidad de que los comportamientos descritos sean castigados (deben ser *punishable*). En efecto, y contra lo señalado por MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Informe en general acerca del Proyecto de Ley iniciado por Mensaje de S.E. la Presidenta de la República Bol. N° 9.692-07 (2014), pp. 9 y ss., los instrumentos internacionales mencionados no imponen exigencias de transcripción típica o de tipificación bajo la fórmula de delitos de terrorismo. Un (más) completo listado de los instrumentos referidos por Matus puede obtenerse en la *United Nations Action to Counter Terrorism* en la *United Nations Treaty Collection*.

⁸ A través de las leyes N°s. 18.937 (22.2.90), 19.027 (24.1.91), 19.241 (28.8.93), 19.806 (31.5.02), 19.906 (13.11.03), 20.074 (14.11.05), 20.467 (8.10.10) y 20.519 (21.6.11).

(art. 2º) que de ser cometidos con ciertas finalidades (art. 1º) pasarán a constituir “delitos terroristas”⁹. El régimen penológico (arts. 3º y siguientes) contempla un trato agravado diferenciado dependiendo del delito de que se trate.

Sucintamente, el grueso de las críticas que se han dirigido contra la normativa pueden ser agrupadas de la siguiente manera: no se ofrece una descripción de la conducta de terrorismo lo suficientemente precisa como para asegurar su consistencia con el principio de legalidad¹⁰; de la regulación no puede inferirse un bien jurídico protegido mínimamente delineado¹¹; no se construye el ilícito a partir de la existencia de una asociación criminal, avalándose por tanto la persecución de un “terrorismo individual”¹²; el catastro de delitos idóneos para fungir como base de los delitos de terrorismo es particularmente extenso, colaborando con una comprensión que termina banalizando el sentido del terrorismo¹³; en fin, se incluye como componente del supuesto un elemento subjetivo técnicamente

⁹ Las relaciones entre el delito base y el delito de terrorismo son más complejas de lo que a primera vista pudiera creerse. Por de pronto, la afectación de los intereses protegidos a través del establecimiento de los delitos-fin es una condición necesaria pero no suficiente de la afectación de los intereses protegidos a través del establecimiento del delito de terrorismo; por lo tanto, el plano protector desplegado por este último no puede ser entendido como un mero colofón del dispensado por los primeros.

¹⁰ Por todos, EMMERSON, Ben, Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Human Rights Council United Nations (2014), p. 11; MEDINA QUIROGA, Cecilia, Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos. Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios (2011), pp. 13 y ss.

¹¹ Así, VILLEGAS, Myrna, ob. cit., p. 9.

¹² En contra de esa posibilidad, por todos, CARNEVALI, Raúl, El derecho penal ante el terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura, en *Revista de Derecho XXXV PUCV* (2010), p. 122; VILLEGAS, Myrna, ob. cit., p. 15; CANCIO MELIÁ, Manuel, El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español, ob. cit., pp. 152 y ss.); LAMARCA, Carmen, El tratamiento jurídico del terrorismo. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia (Madrid, 1985) p. 90; VIGANÒ, Francesco, La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del derecho penal: la experiencia italiana, en *3 Política Criminal* (2007), pp. 18 y ss.; PIGNATELLI, Amos, Natura del terrorismo e repressione penale, en *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra* (1982), pp. 20 y ss., 252; SCHROEDER, Friedrich-Christian, Vereinigung, Bande, Gruppe & Co. Die organisationsbezogenen Straftatbestände des deutschen Strafgesetzbuchs, en *9 ZIS* (2014), pp. 389 y ss.); MIEBACH, Klaus y SCHÄFE, Jürgen, §§ 129a y 129b, en JOECKS, Wolfgang, MIEBACH, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Munich, 2005), pp. 499 y ss.; LEVASSEUR, Georges, Les aspects répressifs du terrorisme international, en GUILLAUME, Gilbert y LEVASSEUR, Georges, *Terrorisme international* (Paris, 1977), pp. 59 y ss.

¹³ El extenso espectro de delitos susceptibles de servir de base para un delito de terrorismo contenido en el art. 2º de la Ley N° 18.314 excede con largueza el núcleo de recomendaciones de la ONU: para un caso concreto, EMMERSON, Ben, ob. cit., p. 11.

impertinente que favorece una muy cuestionable concepción sicologizante del injusto¹⁴.

3. OTRO MODELO POSIBLE

Frente al panorama que ofrece la regulación legal chilena, cabe oponer una construcción alternativa que cuenta, además, con un cierto consenso entre los especialistas. Si la variedad de aproximaciones teóricas cruza desde concepciones altamente politizadas hasta otras estrechamente vinculadas con la dimensión estrictamente violenta del terrorismo, lo cierto es que todas comparten un aspecto en común. En efecto, dentro de los difusos márgenes de aquello que modernamente cuenta como terrorismo fulgura su núcleo: el terrorismo es una estrategia de comunicación¹⁵ que se despliega a través de la violencia¹⁶. La configuración del injusto que mejor da cuenta de la densidad de ese núcleo se construye tomando en consideración un elemento estructural, uno instrumental y, finalmente, uno teleológico. La reunión de todos ellos determina el injusto del delito de terrorismo.

Dejando de lado el océano de posibles especificaciones y precisiones¹⁷, el elemento básico del injusto viene dado por su dimensión colectiva. Los delitos de terrorismo representan, en efecto, un supuesto particularmente grave de criminalidad organizada en que al autor se le imputa su pertenencia a la asociación¹⁸. De esta manera, el injusto *propiamente* autónomo de terrorismo está escindido conceptualmente de los delitos que nutren la agenda criminal de la organización. Para que esta independencia sea dogmáticamente plausible debe ofrecerse una mínima fundamentación de la punición.

¹⁴ VILLEGAS, Myrna, ob. cit., p. 12 y ss., en relación con los intentos (que también critica) del Anteproyecto de Código Penal de 2005 por superar las dificultades que una tal configuración presenta.

¹⁵ PAWLIK, Michael, El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal* (Madrid, 2010), p. 143: el mensaje del terrorista tiene que darse a conocer, y “sin resonancia pública el terrorismo sería literalmente pulverizado”. Sobre lo mismo, entre otros muchos, LAQUEUR, Walter, *Terrorismus. Die globale Herausforderung* (Berlín, 1987), pp. 155 y ss., 390, TUMAN, Joseph, *Communicating terror. The rethorical dimensions of terrorism* (Londres, 2003).

¹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, Sentido y límites de los delitos de terrorismo, ob. cit., p. 1906. Por todos, LAMARCA, Carmen, ob. cit., 45 y ss., 95 y ss.

¹⁷ Una muestra reducida pero suficiente para avizorar las posibilidades, en KAMM, F, *Terrorism and several moral distinctions*, en *12 Legal Theory* (2006), pp. 19 y ss.

¹⁸ Así, CANCIO MELIÁ, Manuel, Sentido y límites de los delitos de terrorismo, en GARCÍA, Francisco y CUERDA, Antonio, *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II (Madrid, 2008), pp. 85 y ss., 154 y ss.

La pertenencia a una organización (criminal) es un *hecho* individual de quien pasa a integrar la estructura colectiva y con ello evidencia su “disposición (subjetiva) a la perpetración futura de múltiples e indefinidos hechos delictivos”¹⁹. Una aproximación tal supone no sólo refutar la ya inveterada crítica relativa a la eventual sujeción a un modelo incriminatorio propio del derecho penal de autor en los delitos de organización²⁰, sino que, también, la no menos infatigable objeción a la incriminación en función del desproporcionado adelantamiento de las barreras de punición que representaría²¹. Por el contrario, una concepción genuinamente autónoma del injusto de organización implica postular que en definitiva al autor que se integra a ella ésta se le atribuye: la pertenencia a la organización es el objeto de la imputación²².

Precisamente la autonomía entre el injusto de organización y los delitos-fin que componen la agenda delictiva de la organización permite sostener la existencia de un concurso de delitos entre uno y otros²³, y posibilita de paso despejar el camino en orden a la precisión respecto del bien jurídico protegido: la existencia de un verdadero concurso desplaza la posibilidad de considerar que el bien jurídico protegido es el mismo y que la incriminación de la conformación de la asociación representa una técnica meramente anticipatoria, pues en dicho caso debiera operar la lógica del concurso aparente. Por lo demás, una tal identidad favorecería el establecimiento de penalidades diferenciadas según cuál sea el bien jurídico protegido

¹⁹ De esta forma, MAÑALICH, Juan Pablo, Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno, en *Revista Chilena de Derecho* 38-2, p. 294.

²⁰ Por todos, el muy influyente trabajo de JAKOBS, Günther, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en *Estudios de derecho penal* (Madrid, 1997), p. 311.

²¹ Partidario de una comprensión en clave anticipatoria (*Vorverlagerungstheorie*) necesitada de restricciones, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La “intervención a través de la organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?, en CANCIO, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización* (Buenos Aires, 2008), pp. 98 y ss. La posición de Pastor Muñoz es paradójica, pues formalmente concibe el injusto de pertenencia a una organización como uno obediente a una lógica de la anticipación, pero conceptualmente rechaza dicha posibilidad y termina concibiéndolo como expresivo de un menoscabo (actual) contra la seguridad en el plano normativo a través de una potente carga comunicativa: PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática* (Barcelona, 2005), pp. 66 y ss. Entendiendo la asociación ilícita como un delito de preparación, MEDINA SCHULZ, Gonzalo, *El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico*, en *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago de Chile, 2013), pp. 490 y ss., 499.

²² Claro: MAÑALICH, Juan Pablo, ob. cit., p. 289 y ss., 295. Categórico en orden al carácter autónomo del delito de asociación, GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*, en *Estudios y defensas penales* (Santiago de Chile, 2005), pp. 75 y ss.

²³ Tal como la vigente regulación de las asociaciones ilícitas lo contempla: arts. 292 y 294 bis del Código Penal. Esta es, también, la alternativa regulativa que favorecen todas las propuestas que se revisarán en el apartado 4 de este texto.

por cada uno de los distintos delitos-fin, modelo que dista de verse reflejado en la regulación vigente o en cualquiera de las propuestas existentes. Todo parece indicar, en cambio, que el de terrorismo sería un delito de peligro (abstracto) en que se menoscaba la seguridad pública en su dimensión política²⁴.

Como acertadamente destaca la mejor doctrina²⁵, para que la conducta de integración a la organización pueda ser efectivamente interpretada como expresiva de la disposición subjetiva a la comisión de delitos colectivamente compartida, es necesario que se satisfagan condiciones objetivas relativas tanto a la entidad del comportamiento integrativo como a la densidad de la asociación. De lo contrario, ni el hecho sería en puridad propio ni se estaría frente a una organización colectiva.

Precisamente la existencia de una organización colectiva plasma uno de los matices que otorga relevancia distintiva al delito de terrorismo: la asociación cuaja un dispositivo amplificador del peligro que se independiza de los aportes individuales de cada miembro y, en esa medida, termina también superándolos. Opera, por tanto, como caja de resonancia a partir de la cual se materializa la proyección delictiva.

De otra parte, el segundo componente del injusto de terrorismo cristaliza en los medios especialmente violentos e intimidatorios de que se vale la organización para lograr sus objetivos. La dimensión instrumental del injusto queda marcada, de esta forma, por una agenda de delitos-fin particularmente idónea para canalizar la estrategia comunicativa de violencia política del colectivo. Esa estrategia, a su turno, intenta socavar la débil resistencia que la “estructura psíquica” de la sociedad actual opone²⁶. Así, la inseguridad y el temor constitutivos de las sociedades postindustriales²⁷ son estratégicamente aprovechados por las asociaciones

²⁴ La discusión sobre cuál puede ser el bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo es muy intensa. Entiendo que no puede abordarse cabalmente sin tomar en cuenta la dimensión teleológica del injusto. Abogan por reconocer su carácter político en tanto pretensión de subvertir el poder del pueblo como agente constitutivo de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política, reconociendo la confluencia de los bienes jurídicos tutelados por los delitos-fin, ASÚA BATARRITA, Adela, Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental, en ECHANO BASALDUA, J (coord.), Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón (Bilbao, 2002), p. 76 y s.), GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas, en GÓMEZ, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), Terrorismo y proceso penal acusatorio (Valencia, 2006) p. 72 y CANCIO MELIÁ, Manuel, Sentido y límites de los delitos de terrorismo, ob. cit., p. 1894 y ss., entre otros.

²⁵ Aquí, MAÑALICH, Juan Pablo, ob. cit., pp. 294 y ss. CANCIO MELIÁ, Manuel, El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español, ob. cit., p. 152).

²⁶ PAWLIK, Michael, ob. cit., p. 146.

²⁷ Por todos, en profundidad, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales (Madrid, 2001), pp. 26 y ss.

terroristas para aproximarse a sus fines²⁸. Los delitos escogidos para desplegar su acción generan un ambiente dramático que bien puede ser descrito como una teatralización²⁹ en la que la escenificación promueve el temor masivo e indiscriminado de convertirse en protagonista.

Si el terrorismo privado es un oxímoron³⁰, la selección de los instrumentos aptos para divulgar el mensaje y alcanzar los objetivos no es baladí. La necesidad de acotar el catálogo de delitos *prima facie* aptos para fungir como soporte de los delitos de terrorismo se justifica no sólo en atención a lograr una disminución de los riesgos de sobre-inclusión típica, sino que, también, en aras a lograr una mínima consistencia: sólo determinados crímenes son idóneos para provocar el terror generalizado propio del terrorismo. La extensión desmesurada del catastro redundante en una banalización del terrorismo injustificable moral y jurídico-penalmente.

En efecto, sólo los crímenes más graves contra la vida y la salud e integridad corporal de las personas parecen satisfacer indubitablemente el estándar típico. En los márgenes, la incorporación o exclusión de otros crímenes es una cuestión que no puede zanjarse automáticamente y de manera general. Lo que no debe perderse de vista, por último, es que estos gravísimos crímenes perpetrados por la organización criminal terrorista son ejecutados bajo el manto de una cierta proyección estratégica³¹. Así queda planteada la pertinencia del último elemento de la configuración del injusto: el componente teleológico.

Todos los delitos expresan un componente político ineludible. En la medida en que el delito consiste en la infracción imputable de una norma de conducta que se deja extraer –como hipótesis invertida subyacente– del supuesto de hecho descrito por el legislador, no puede negarse su dimensión política: la precisión de la norma de conducta es el reflejo de la deliberación parlamentaria propia del modelo de legitimación democrática a través del cual se expresa la ciudadanía³². Infringir y negar la norma es rechazar el resultado de esa deliberación. Pero no es esta dimensión política básica la que brinda el sello distintivo de los delitos de terrorismo. En ellos la asociación criminal se fija como objetivo unos ciertos logros estrictamente

²⁸ BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra* (Barcelona, 2003), pp. 26 y ss, PAWLIK, Michael, *ob. cit.*, p. 146: la configuración de las modernas sociedades occidentales, con su potente demanda por seguridad y su débil disposición al sacrificio, opera como una caja de resonancia para las actividades terroristas.

²⁹ Así, FLETCHER, George, *ob. cit.*, p. 909.

³⁰ FLETCHER, George, *ob. cit.*, p. 909. En la misma línea, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Sentido y límites de los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 1899 y ss.

³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Sentido y límites de los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 1902 y ss.

³² Por todos, KINDHÄUSER, Ürs, *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, en KINDHÄUSER, Ürs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Buenos Aires, 2011), pp. 93 y ss., 98 y ss.

políticos; desde esta perspectiva, el delito de terrorismo (y no los específicos delitos contemplados en la agenda de la organización) es un delito político.

La intención de la organización permite el encuadre de estos delitos dentro de la clase de los de tendencia interna trascendente, bajo la específica modalidad del resultado cortado. En efecto y aunque sea cada vez más discutible³³, el injusto de terrorismo debe ser construido en función de una finalidad encaminada a desafiar el poder político del Estado arrojándose violentamente un espacio en la esfera pública³⁴ ajeno y en contradicción con el que el sistema de la institucionalidad político-democrática garantiza a sus ciudadanos (y organizaciones).

4. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS RIVALES

La configuración de un injusto de terrorismo como el recién esbozado no permite explicar la regulación legal vigente en Chile. En ese sentido, no brinda elementos idóneos para una reconstrucción siquiera mínimamente plausible de los delitos de terrorismo bajo su estado actual. Precisamente por todo esto es que el modelo alternativo propuesto puede ser leído como una construcción útil para poner de manifiesto las deficiencias de la legislación nacional: la regulación contenida en la ley N° 18.314 no se edifica a partir del modelo del injusto de organización, ofrece un catálogo desmedidamente amplio de delitos aptos para fungir como delitos de terrorismo y, por último, contempla un elemento subjetivo sicologizante que se aleja de la dimensión política propia del terrorismo.

Durante el año 2014 se presentaron al Congreso Nacional dos propuestas destinadas a modificar la regulación legal del terrorismo. La primera de ellas se enmarca en un proyecto ambicioso y de muy largo alcance, destinado a proponer un nuevo Código Penal para el país³⁵. La segunda de ellas está acotada a la regulación de los delitos de terrorismo³⁶. Ambas reconocen antecedentes en comisiones técnicas encargadas de suministrar propuestas al Poder Ejecutivo para su posterior envío

³³ En contra, por todos, BEGORRE-BRET, Cyrille, *Terrorism, globalization and the rule of law. The definition of terrorism and the challenge of relativism*, en *27 Cardozo Law Review* (2006), p. 1998 y s.; dudando, también por todos, FLETCHER, George, *ob. cit.*, p. 902 y s.

³⁴ Así, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Sentido y límites de los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 80. Sobre la intimidación como finalidad, ASÚA BATARRITA, Adela, *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, *ob. cit.*, pp. 239 y ss., 249.

³⁵ Se trata del Proyecto de Ley Nuevo Código Penal (“PNCP”), enviado al Congreso Nacional con fecha 10.3.14 por el entonces Presidente de la República Sebastián Piñera Echenique, a través del Mensaje N° 435-361.

³⁶ Se trata del Proyecto de Ley que determina Conductas Terroristas y su Penalidad (“PLCT”), enviado al Congreso Nacional con fecha 3.11.14 por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, a través del Mensaje N° 755-362.

al proceso de tramitación legislativa³⁷. El contenido de las propuestas es bastante disímil, pese a que las comisiones técnicas arribaron a conclusiones básicamente coincidentes. Esas conclusiones, además, son en buena medida coincidentes con el modelo que aquí se ha presentado.

En cuanto al elemento organizacional del injusto de terrorismo, éste es explícitamente reconocido en APCP y CLAT: ambas optan por regular estos delitos en el contexto del marco de las asociaciones ilícitas, concibiendo a la terrorista como una organización criminal especial³⁸. No se contemplan, por tanto, hipótesis de terrorismo individual³⁹. La propuesta de PNCP hace suya esta sugerencia de APCP⁴⁰; en cambio, la propuesta regulativa contenida en PLCT se aleja sinuosamente del programa desarrollado en CLAT: en efecto, si bien inicialmente se establece una regulación diseñada a partir de la existencia de una organización terrorista, finalmente se acepta también el supuesto de terrorismo individual⁴¹.

³⁷ La comisión asesora encargada de proponer un Anteproyecto de Código Penal (“APCP”) estuvo conformada por los profesores Acosta Sánchez, Bascañán Rodríguez, Bofill Genzsch, Cox Leixelard, Hernández Basualto, Maldonado Fuentes y Van Weezel de la Cruz. A su turno, la comisión encargada de proponer una nueva legislación antiterrorista (“CLAT”) estuvo conformada por los profesores y abogados Aldunate Esquivel, Couso Salas, Cox Leixelard, Hermosilla Osorio, Hernández Basualto, Horvitz Lennon, Mañalich Raffo y Núñez Leiva.

³⁸ En APCP la regulación del terrorismo está contenida en el § 4 del Título XV del Libro II (Delitos contra la seguridad pública), específicamente en los artículos 592 y siguientes, justamente a continuación de la regulación de las asociaciones delictivas (§ 3). Se contemplan, en particular, unas asociaciones delictivas (art. 583), unas asociaciones criminales (art. 585) y unas asociaciones criminales terroristas (art. 592), a la vez que la definición de la asociación criminal terrorista se hace por referencia y especificación a la asociación delictiva (art. 592 inciso segundo). En CLAT, a su turno, la regulación se integra específicamente al § 10 del Título VI del Libro II del Código Penal, bajo la fórmula de una asociación criminal especial. De hecho, en dicha propuesta se elimina la asociación destinada únicamente a la comisión de simples delitos y sólo subsiste en la medida en que el objetivo consista en la comisión de crímenes. La asociación criminal terrorista está regulada en un nuevo art. 294 propuesto.

³⁹ Una *contradictio in adjecto* para GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Ensayos penales (Madrid, 1999), p. 84). Todo esto sin perjuicio, por supuesto, de la regulación expresa sobre financiamiento del terrorismo, que da cabida a una autoría individual, y a la aplicación de las reglas generales sobre intervención punible. Esta regulación centrada en el elemento organizacional es, por lo demás, la seguida en Alemania (§§ 129a y 129b StGB) e Italia (arts. 270 y ss. CP). En España (arts. 571 y ss. CP) y Francia (arts. 421-1 y ss. CP) se contemplan modelos también basados en el elemento estructural, pero que reconocen la posibilidad de autoría individual. Dichos modelos no sólo han sido objeto de fuertes críticas, sino que, además, han recibido escasa atención judicial. El panorama en Estados Unidos es particularmente disímil (§§ 2331 y 2332b CP).

⁴⁰ En el art. 591.

⁴¹ En el art. 1º se alude a “organizaciones o grupos”, y en el inciso segundo del art. 3º se agrega que recibirán las mismas penas los individuos que sin tomar parte en la asociación o grupo cometen los delitos indicados en el art. 1º persiguiendo las mismas finalidades.

Todas las propuestas incluyen, por lo demás, una referencia más detallada a aquello que cuenta como una asociación delictiva o criminal, intentando así superar algunas de las mayores deficiencias de la regulación actual en la materia. Mientras en APCP y PNCP esa pretensión se traduce en una versión algo rígida de las asociaciones, en CLAT y PLCT termina plasmándose en una variante más funcional y flexible⁴².

Por otra parte, el elemento instrumental del injusto de terrorismo se encuentra restringido en la propuesta desarrollada en APCP y PNCP a través de un listado de delitos idóneos para servir de base al mentado injusto⁴³ que deben, además, ejecutarse a través de ciertos medios⁴⁴. Esta combinación copulativa logra restringir el alcance en principio relativamente amplio del catastro delictivo. El intento por limitar los contornos del delito de terrorismo operó en CELAT por medio de una potente restricción en el catálogo típico⁴⁵, pero prescindiendo de referencias a los medios comisivos. En PLCT se relaja el criterio por vía de una ampliación del elenco de delitos-fin⁴⁶, sin contemplarse tampoco la posibilidad de una restricción a través de la exigencia de unas modalidades comisivas determinadas.

⁴² En APCP y PNCP la asociación delictiva (y por tanto también la criminal y la criminal terrorista) es caracterizada como “toda organización jerarquizada compuesta por tres o más personas que tiene por fin o actividad permanente la comisión de delitos” (art. 583, inciso segundo; 582, inciso segundo, respectivamente). Se contemplan agravantes que también pueden obedecer a la conformación de la asociación (art. 586; art. 585, respectivamente). Esa versión rigidizada de la organización fue propuesta con los votos en contra de los comisionados Cox y V. Weezel. En CLAT, en cambio, se aboga por una versión más flexible de asociación en términos de comprender que la asociación se considerará efectivamente organizada “en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como [a] su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo” (art. 292 propuesto). El PLCT se vuelve hacia una rigidez compatible con cierta interpretación jurisprudencial: la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a “la cantidad de sus miembros; su dotación de recursos y medios; la división de tareas o funciones, así como [a] su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo” (art. 1º, inciso segundo).

⁴³ Se trata de la comisión de “homicidios, lesiones graves, privaciones de libertad, sustracción de menores, incendios, estrago u otros atentados con la propiedad o infraestructura pública o privada” (art. 592 APCP; 591 PNCP).

⁴⁴ En el número 1º del art. 592 APCP (y número 1º del art. 591 PNCP) se exige que “se usare en su comisión [del delito-fin respectivo] artefactos o medios de considerable poder destructivo o lesivo, o armas de fuego”.

⁴⁵ Los delitos contemplados a este respecto son los *crímenes* regulados en los arts. 150A, 315, 316, 391, 395, 396, 397, 398 y 403 ter del Código Penal (este último obedece a una figura que se propone incluir, consistente en instalar, activar o hacer detonar bombas o artefactos explosivos en determinados espacios).

⁴⁶ En definitiva, puede tratarse de los *crímenes* establecidos en los arts. “141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5º, 5º b) y 6º de la Ley N° 12.927 del delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798”

En relación con el componente teleológico, en fin, también es posible identificar variantes entre todas las propuestas. Así, en ACP se requiere que los específicos delitos cometidos con unas modalidades también específicas hayan sido ejecutados persiguiendo unos fines que también se describen copulativamente. En concreto, se contempla un propósito de “subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado”, y a continuación se especifica que ese propósito debe perseguirse “ya sea mediante la provocación de temor en un sector de la población o la imposición de condiciones a la autoridad”⁴⁷. Con ello se logra un modelo regulativo que ofrece un sistema escalonado de filtros que moderan la inicial amplitud del listado de delitos-fin. La propuesta que finalmente ingresó al Congreso Nacional, no obstante, operó una modificación que por sutil no deja de ser fundamental: desbarató el sistema escalonado, en términos tales que los objetivos que puede perseguir la organización por medio de alguno de los delitos-fin contemplados se amplían radicalmente. Basta que los delitos cometidos a través de los medios específicos sean ejecutados “con el propósito de subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado, provocar un temor justificado en un sector de la población o por imponer condiciones a la autoridad”⁴⁸. Lo que en el ANCP eran complementos del propósito, en la propuesta de PNCP se independizan y pasan a constituir objetivos alternativos.

En el informe de CELAT el elemento teleológico está circunscrito a que se persiguiera “socavar el orden institucional democrático o imponer exigencias a la autoridad política o arrancar decisiones de ésta, o someter o desmoralizar a la población infundiendo temor generalizado”⁴⁹. Con ello se logra captar adecuadamente la dimensión política como núcleo del fenómeno del terrorismo, a la vez que da cuenta de una cierta apertura a consideraciones que escapan en lo inmediato de ese núcleo, pero que identificándose con la noción de terror pueden ser interpretadas también en dicha clave. Alejándose de esta visión, el proyecto que finalmente fue enviado al Congreso Nacional amplió, en unos términos por lo demás muy controvertidos, el espectro de finalidades perseguidas por la organización o el autor individual de que se trate. Así, la fórmula final quedó redactada en términos de que se satisface el elemento teleológico si “se persiguiera socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones

(sic: esa disposición se incorporó recién con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.813, de 6.2.15, que incorporó un nuevo artículo 14 D en la Ley N° 17.798).

⁴⁷ Art. 592 N° 2 ACP.

⁴⁸ Art. 591 N° 2 PNCP.

⁴⁹ Art. 294 Código Penal.

de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales”⁵⁰.

En general, y como se adelantó, puede sostenerse que las propuestas de las comisiones técnicas se construyen a partir de un modelo triádico de injusto, compuesto por un elemento estructural (organizacional), uno instrumental (delitos-fin determinados), y uno teleológico (objetivos perseguidos por la organización). Con matices, tanto en ANCP como en CELAT se intenta ofrecer una alternativa de injusto acorde con esas coordenadas, resaltando además el carácter marcadamente político de los fines perseguidos y la estrechez de los medios idóneos para lograrlos. También con matices, es el modelo que hace suyo la propuesta de PNCP. El PLCT, en cambio, entrega la versión más alejada del modelo aquí favorecido de entre todas las disponibles.

5. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

La necesidad de contar con una nueva legislación antiterrorista en Chile es evidente, y en esa medida la proliferación de propuestas legislativas debe valorarse.

Toda propuesta debe intentar resolver los severos déficits regulativos denunciados por los autores y ofrecer, también, una estructura coherente que en la medida de lo posible sea consistente con los desarrollos llevados a cabo por la doctrina especializada.

Subyace a la cuestión de cuál puede ser la regulación preferible una cuestión técnica derivada del propio entramado regulativo: dado que los delitos de terrorismo son tematizados como injustos que se construyen a partir de otros injustos, los riesgos de sub-inclusión regulativa son preferibles a los riesgos de sobre-inclusión. En efecto, aquello que no quede cubierto por la regla especial del delito de terrorismo todavía puede ser captado por la disposición común que opera como su condición necesaria de aplicación. Dada la severidad penológica de los modelos y las considerables consecuencias procesales a ellos asociadas, el segundo riesgo aludido es particularmente intolerable.

BIBLIOGRAFÍA

ASÚA BATARRITA, Adela, Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental, en ECHANO BASALDUA, J. (coord.), Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón (Bilbao, 2002).

_____ (2006): El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas, en

⁵⁰ Art. 1º PLCT.

- Cancio/Gómez-Jara (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1. BdeF, Buenos Aires.
- BASCUÑÁN, Antonio, *Derechos fundamentales y derecho penal*, en *9 REJ* (2007).
- BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra* (Barcelona, 2003).
- BEGORRE-BRET, Cyrille, *Terrorism, globalization and the rule of law. The definition of terrorism and the challenge of relativism*, en *27 Cardozo Law Review* (2006).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español*, en *12 REJ* (2010).
- _____ (2010b): *Los delitos de terrorismo. Estructura típica e injusta*. Reus, Zaragoza.
- _____ *Sentido y límites de los delitos de terrorismo*, en GARCÍA, Francisco; CUERDA, Antonio, *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II (Madrid, 2008).
- CARNEVALI, Raúl, *El derecho penal ante el terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura*, en *XXXV Revista de Derecho PUCV* (2010).
- CARVALHO, Henrique, *Terrorism, punishment, and recognition*, en *15 New Crim. Law. Review* (2012).
- DUFF, Antony, *Notes on punishment and terrorism*, en *6 Am. Behav. Scientist* (2005).
- EMMERSON, Ben, *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Human Rights Council United Nations (2014).
- FLETCHER, George, *The Indefinable Concept of Terrorism*, en *4 Journal of International Criminal Justice* (2006).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales* (Madrid, 1999).
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades* (Valencia, 2007).
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, en GÓMEZ, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (Valencia, 2006).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*, en *Estudios y defensas penales* (Santiago de Chile, 2005).
- HRUSCHKA, Joachim, *Repensar el derecho penal! Reflexiones a propósito del libro Rethinking criminal law de George P. Fletcher*, en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (Navarra, 2005).

- JAKOBS, Günther, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en *Estudios de derecho penal* (Madrid, 1997).
- KAMM, F., Terrorism and several moral distinctions, en *12 Legal Theory* (2006).
- KINDHÄUSER, Ürs, La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad, en KINDHÄUSER, Ürs y MAÑALICH, Juan Pablo, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho (Buenos Aires, 2011).
- LAMARCA, Carmen, El tratamiento jurídico del terrorismo. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia (Madrid, 1985).
- LAQUEUR, Walter, Terrorismus. Die globale Herausforderung (Berlin, 1987).
- LEVASSEUR, Georges, Les aspects répressifs du terrorisme international, en GUILLAUME, Gilbert y LEVASSEUR, Georges, *Terrorisme international* (París, 1977).
- MAÑALICH, Juan Pablo, Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno, en *Revista Chilena de Derecho* 38-2 (2011).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Informe en general acerca del Proyecto de Ley iniciado por Mensaje de S.E. la Presidenta de la República Bol. N° 9.692-07 (2014).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos. Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios (2011).
- MEDINA SCHULZ, Gonzalo, El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico, en *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago de Chile, 2013).
- MIEBACH, Klaus y SCHÄFE, Jürgen, §§ 129a y 129b, en JOECKS, Wolfgang, MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Munich, 2005).
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática (Barcelona, 2005).
- PAWLIK, Michael, El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal* (Madrid, 2010).
- PIGNATELLI, Amos, Natura del terrorismo e repressione penale, en *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra* (1982).
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, Vereinigung, Bande, Gruppe & Co. Die organisationsbezogenen Straftatbestände des deutschen Strafgesetzbuchs, en *9 ZIS* (2014).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La “intervención a través de la organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?, en CANCIO, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de organización* (Buenos Aires, 2008).

- _____ La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales (Madrid, 2001).
- TUMAN, Joseph, Communicating terror. The rethorical dimensions of terrorsim (Londres, 2003).
- VIGANÒ, Francesco, La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del derecho penal: la experiencia italiana, en *Política Criminal 3* (2007).
- VILLEGAS, Myrna, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, en *Política Criminal 2* (2006).
- VOGEL, Joachim, Legislación penal y ciencia del derecho penal. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal, en *11 RDPC* (2003).