

## 20. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### DELITO TERRORISTA DE INCENDIO CON RESULTADO DE MUERTE

I. FINALIDAD DEL AGENTE EN DELITO DE CARÁCTER TERRORISTA. CALIFICACIÓN DE TERRORISTA REQUIERE ESTABLECER QUE LA FINALIDAD DE LOS AGENTES 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. INTENCIONALIDAD EXIGIDA POR LA LEY DEBE SER DEMOSTRADA A TRAVÉS DE ANTECEDENTES OBJETIVOS QUE NO SE ENCUENTRAN PRESENTES EN LA ESPECIE. II. FUEGO CONSTITUYE UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE INCENDIO CON RESULTADO DE MUERTE. IMPROCEDENCIA DE UTILIZAR EL ELEMENTO FUEGO PROPIO DEL TIPO PENAL BASE PARA FUNDAMENTAR UNA CALIFICACIÓN DE TERRORISMO. III. ACREDITACIÓN EN JUICIO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS CARACTERIZADORES DE CIERTOS DELITOS, COMO EL DELITO TERRORISTA.

### HECHOS

*Defensas de los tres sentenciados interponen sendos recursos de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó por su responsabilidad en calidad de autores de un delito terrorista, consumado, de incendio con resultado de muerte. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema acoge los recursos de nulidad deducidos, sólo en lo que dice relación a la causal subsidiaria y, por lo tanto, se anula parcialmente la sentencia y dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente, sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *15163-2018, de 10 de octubre de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con José Manuel Peralino Huinca y otros*

MINISTROS: *Sr. Hugo Enrique Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Manuel Antonio Valderrama R.,*

### DOCTRINA

- I. De la lectura de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.314 se desprende claramente que para poder otorgarle el carácter de terrorista a algunos de los*

*delitos allí mencionados —entre los que por cierto se encuentra el incendio con resultado de muerte—, resulta indispensable que la finalidad del agente, al ejecutar el hecho punible, sea la de causar en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, ya sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas. Según se desprende de la lectura del considerando Trigésimo Cuarto del fallo impugnado, los sentenciadores del grado dieron por establecido que el ataque incendiario con resultado de muerte objeto de la Litis, se produjo dentro de un contexto de “ataques” que principiaron en el año 1999 y que se fueron expandiendo en el tiempo, con el objetivo preciso de causar un impacto mayor en los agricultores de la zona de Malleco. Refrendando lo anterior, exponen esos sentenciadores: “Que como puede advertirse, esta situación contextual derivada de otros ataques distintos al acá juzgado no le son imputables a los encartados, sin perjuicio de que resulta necesario señalarlos para efectos de situar en su real dimensión el hecho sometido a decisión de esta magistratura, y como de una u otra forma estos determinan que este último hecho haya sido significativo en la impostación del terror en el grupo de personas señaladas, en tanto presenta varios denominadores comunes y objetivos con este”. Es decir, no obstante reconocer que los acusados no han tenido participación alguna en los actos de contexto, igualmente concluye que tales actos le permiten darle una dosis de realidad al hecho investigado en estos autos y considerar que con su ejecución se ha buscado causar terror en un grupo determinado de personas. 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, 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 (considerandos 42° a 44° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *Esta Corte difiere de lo concluido por los juzgadores de la instancia en lo tocante al doble carácter que se le asigna al elemento fuego, por una parte como configurativo del delito de incendio y, por otra, como medio*

*empleado para publicitar la actuación de los agentes y así generar el efecto de dar temor a terceros de ser objeto de actos de la misma naturaleza. En efecto, y como resulta de toda lógica, el fuego constituye un elemento del tipo penal de incendio con resultado de muerte, descrito y sancionado en el artículo 474 inciso 1° del Código Penal, precepto que dispone que: “El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo”. Eso resulta indiscutible. 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. De acuerdo con lo razonado y expuesto en los motivos que anteceden resulta evidente que la sentencia en alzada, al calificar la conducta atribuida a los recurrentes de nulidad como constitutiva de un ilícito de naturaleza terrorista, ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, al efecto de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.314, con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afectó sólo la sentencia impugnada, mas no el juicio, desde que la motivación promovida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se calificó como delito terrorista una conducta desprovista de las exigencias que el legislador establece para ello, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo (considerandos 46° y 48° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*III. (Voto de prevención) 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. 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. El sólo empleo del fuego como medio para provocar un incendio que destruyó bienes materiales y provocó la muerte de dos personas, no puede bastar para construir la base probatoria requie-*

*rida, ya que dicho medio estragante es inherente a la estructura del delito de incendio, previsto y sancionado en el artículo 474 del Código Penal y no es posible entonces utilizarlo, además, para transformar el delito común en uno de carácter terrorista. Debe poder contarse con un “plus”, más allá de los elementos objetivos del ilícito, que permita tener por establecida la finalidad terrorista, esto es, provocar temor en la población o en un sector de ésta. Ese “plus” no surge de los elementos de juicio valorados por el Tribunal sentenciador, que se circunscriben al medio utilizado para provocar el fuego y a circunstancias ajenas al hecho delictivo mismo, como son las declaraciones de terceros, algunas muy distantes en el tiempo con respecto al delito indagado, que no permiten concluir que el preciso objetivo perseguido por los acusados fue la creación de un temor colectivo generalizado, que, según las doctas opiniones de los especialistas, habría que vincular a la alteración del orden institucional (considerando 3° de la prevención de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/5745/2018*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 474 del Código Penal; 1° y 2° N° 1 de la Ley N° 18.314; 372 y 373 letra b) del Código Procesal Penal.*

#### LA FINALIDAD DEL AGENTE EN EL DELITO DE CARÁCTER TERRORISTA

MARCOS CONTRERAS ENOS  
*Universidad de Chile*

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco (en adelante e indistintamente, “el TJOP”), con fecha 11 de junio de 2018 condenó a tres sujetos como autores de delito terrorista de incendio con resultado de muerte (474 del Código Penal en relación con los artículos 1° y 2° N° 1 de la Ley N° 18.314). El primero fue condenado a 5 años de presidio menor en su grado mínimo, mientras que los restantes fueron condenados a la pena de presidio perpetuo. A todos se les condenó, además, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a las inhabilidades contempladas en el artículo 9° de la Constitución Política de la República.

Frente a dicha condena las defensas de los tres condenados interpusieron recurso de nulidad ante la Corte Suprema (en adelante e indistintamente “la Corte”) fundado en distintas causales, siendo este acogido respecto de una de las causales subsidiarias comunes, a saber, la causal del artículo 373 b) del Código Procesal en relación con los artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.314. Como consecuencia de ello,

la Corte, en sentencia de 10 de octubre de 2018, pronunciada en rol 15163-2018 anuló parcialmente la sentencia, dictando a continuación sentencia de reemplazo condenando a los autores solo por el delito consumado de incendio con resultado de muerte, absolviéndolos del delito terrorista de incendio con resultado de muerte.

En opinión de los recurrentes la causal acogida se configuraría en base a dos consideraciones, a saber, la insuficiencia de la alusión al contexto como demostrativa de la concurrencia del elemento subjetivo consistente en la finalidad de producir temor, en primer término, y la vulneración *non bis in idem*, en segundo lugar.

#### I. EL CONTEXTO PREVIO COMO SÍNTOMA DE LA FINALIDAD

El TJOP constató que el delito objeto del juicio se verificó en un contexto de “ataques” que principiaron en 1999 y que se expandieron en el tiempo con el objetivo preciso de causar un impacto mayor en los agricultores de la zona de Malleco. El tribunal señala que, si bien ello no le es imputable a los encartados, es necesario señalar el contexto para efectos de situar en su real dimensión el hecho sometido a decisión y cómo estos determinan que este último hecho (el juzgado) haya sido significativo en la impostación del terror en el grupo de personas señaladas, en tanto presenta varios denominadores comunes y objetivos con éste.

Los recurrentes objetaron este razonamiento sosteniendo que es primordial que el elemento subjetivo del agente, la finalidad, exista al momento de cometerse el delito base –incendio con resultado de muerte– y que, como consecuencia de ello, tal finalidad no puede ser satisfecha por hechos o circunstancias que no le son atribuibles al imputado y menos aún, acaecidas con anterioridad a la perpetración del delito.

Sobre este punto, en el considerando Cuadragésimo Segundo de la sentencia, la Corte resuelve que: “*para poder otorgarle el carácter de terrorista a algunos de los delitos [contemplados en el artículo 2º de la Ley N° 18.314] –entre los que por cierto se encuentra el incendio con resultado de muerte–, resulta indispensable que la finalidad del agente, al ejecutar el hecho punible, sea la de causar en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, ya sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas*”.

Agrega la Corte, en el considerando Cuadragésimo Cuarto que: “*no obstante no ser despreciable el contexto aludido en la sentencia revisada, 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*”.

## II. LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El TJOP le asignó al fuego la característica de ser un elemento de publicidad del hecho delictivo, sobre todo tratándose de un inmueble, en cuanto permite que el incendio sea conocido por los habitantes de sectores cercanos —tanto al momento de producirse el incendio como cuando ya se apagó, al dejar al descubierto sus efectos altamente destructivos— causando justo temor en ellos de ser objeto de ilícitos de la misma naturaleza.

En este punto los recurrentes sostienen que la sentencia en revisión se equivoca al valorar doblemente el elemento fuego, tanto para tener por configurado el delito de incendio, como para dotar a tal conducta del carácter de terrorista, vulnerando con ello el principio del *non bis in idem*, esto es, la imposibilidad de ser sancionado dos veces por una misma hipótesis fáctica.

Al respecto, en el considerando cuadragésimo sexto de la sentencia, la Corte “*difiere de lo concluido por los juzgadores de la instancia en lo tocante al doble carácter que se le asigna al elemento fuego, por una parte como configurativo del delito de incendio y, por otra, como medio empleado para publicitar la actuación de los agentes y así generar el efecto de dar temor a terceros de ser objeto de actos de la misma naturaleza. En efecto, y como resulta de toda lógica, el fuego constituye un elemento del tipo penal de incendio con resultado de muerte, descrito y sancionado en el artículo 474 inciso 1° del Código Penal*”<sup>1</sup>.

Considerando lo anterior la Corte señala que: “*no [es] procedente ni ajustado a derecho utilizar [al fuego] 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*”.

## III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Como se puede apreciar de lo expuesto, el meollo del asunto radica en cómo ha de tenerse por configurado el elemento intencional del delito terrorista consistente en 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 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 [...]*”<sup>2</sup>. La exigencia de este elemento justifica aseverar que en Chile se adopta un modelo subjetivo de

---

<sup>1</sup> Art. 474 inciso 1° del Código Penal. “*El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo*”.

<sup>2</sup> Art. 1° Ley N° 18.314, Determina Conductas Terroristas y fija su penalidad.

regulación, esto es, uno que define el terrorismo con referencia a la presencia de una determinada finalidad<sup>3</sup>, específicamente la de causar temor, la que, a su vez, puede ser exigida como efecto de la actividad o como finalidad interna del sujeto<sup>4</sup>. El modelo chileno se decanta por la segunda alternativa.

El fallo anulado da por comprobado dicho elemento interno a través de dos vías: la consideración de la naturaleza del medio empleado (el fuego) y la alusión al contexto previo en el que se insertaría el incendio objeto del juicio. El tribunal hace eso porque la finalidad de producir temor no se puede tener por configurada de cualquier modo, sino solo a través de la consideración de la naturaleza del medio empleado y de la evidencia de que el delito a través del cual se despliega la violencia obedece a un plan premeditado. Ello hace que, a pesar de lo señalado por la doctrina nacional<sup>5</sup>, que califica correctamente la regulación de “psicologicista”, el modelo de regulación chileno sea estrictamente psicologicista solo en cuanto a la exigencia de producción de temor en personas distintas del agente, pero no en cuanto a la exigencia que se formula respecto del agente, esto es, que ostente la finalidad de generar ese efecto. Ello en cuanto tal finalidad solo se tiene por verificada a partir de los elementos objetivos ya señalados, morigerando el psicologismo de la regulación.

Partamos por la naturaleza del medio empleado como sintomática de la finalidad de producir temor. A este respecto cabe señalar que tanto las defensas como la Corte detectan correctamente el punto: hacer fungir al fuego como medio empleado cuya naturaleza evidencia la finalidad de producir temor infringe la prohibición de *bis in idem* si es que el delito que se califica como terrorista es, justamente, el delito de incendio. En efecto, como sostiene Mañalich “[e]n tanto estándar de adjudicación el principio *ne bis in idem*, se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo ‘hecho’ –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)– en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona”<sup>6</sup>.

En relación con la alusión al contexto previo como indiciario de la finalidad en cuestión, hay que despejar dos consideraciones falaces. En primer término, la cuestión debatida no es la del momento en el que debe concurrir la finalidad de infundir temor. Al recurrir al “contexto previo” al hecho, el tribunal no está haciendo residir la verificación de la mentada finalidad en ese momento pasado,

<sup>3</sup> VILLEGAS, Myrna, “Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno”, en *Política Criminal*, Vol. 11, N° 21, (2016), p. 155.

<sup>4</sup> VILLEGAS, ob. cit., p. 155.

<sup>5</sup> VILLEGAS, ob. cit., pp. 156 y 157.

<sup>6</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, (2008), p. 140.

sino que utiliza el pasado como marco de interpretación. En segundo lugar, cabe señalar que el tribunal, al proceder de ese modo, no está imputando hechos previos y ajenos a los condenados. Por el contrario, lo que afirma el tribunal es una imbricación significativa del ataque incendiario con hechos pasados que estarían emparentados entre sí en una conexión de sentido. En otras palabras, el tribunal no está imputando hechos constitutivos de ese contexto sino utilizándolo como marco de interpretación. Que el pasado sirva para interpretar el presente es algo obvio y que hechos propios, de forma deliberada, se puedan anudar simbólicamente con hechos ajenos generando significado, también. Por lo demás, esa aproximación es, en principio, correcta si es que se considera —desde una comprensión funcional— que el terrorismo es, en primer término, una estrategia de comunicación política<sup>7</sup>.

Despejado lo anterior, ahora cabe preguntarse si es que, en concreto, la alusión al contexto previo en el caso que nos convoca es suficiente para efectos de configurar un delito terrorista. La cuestión crucial acá es que el contexto no debe determinar simple y llanamente la finalidad de producir temor sino que debe permitir aseverar que opera como “evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”. En otras palabras, se necesita que el contexto opere como prueba de la existencia de un plan premeditado. A este respecto resulta de utilidad clarificar el rol que cumple la exigencia legal de “plan premeditado” en relación con la finalidad de producir temor. Ella opera como indicador de la finalidad, esto es, como condición necesaria que debe ser probada para tener por verificada la finalidad y no como un mero indicio de ella, esto es, como mera condición suficiente dentro de otras posibles. Los indicios —en cuanto circunstancias con las cuales se fundamenta una afirmación sobre hechos—<sup>8</sup>, en este caso, deben estar precisamente orientados a la fundamentación de la existencia de un plan premeditado. La Corte pasa por alto esta cuestión, señalando que el mero contexto impide tener por acreditada la finalidad. Lo que debería haber afirmado la Corte, en cambio, es que el mero contexto no es indicio suficiente para acreditar la existencia de un plan premeditado (que a su vez lleva a negar la concurrencia de la finalidad). Un razonamiento como ese contribuiría a la morigeración de la psicologización de un tipo penal ya suficientemente psicologizado.

---

<sup>7</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “Terrorismo y organización”, en *Ius et Praxis*, año 23, N° 1, (2017), p. 379.

<sup>8</sup> PUPPE, Ingeborg, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *InDret* 3, (2013), p. 1.