

## APUNTES SOBRE LA VIGENCIA DE LA CATEGORÍA DE DELITO POLÍTICO

María Fernanda Ovalle Donoso\*

RESUMEN: A partir de una breve exposición del origen, concepto y contenido del delito político, se intenta rescatar su carga histórica con el objeto de proponer una reactualización de la categoría que permita afirmar su existencia en el Estado democrático y de Derecho y reivindicar su potencial crítico en la contención del poder punitivo, desde una perspectiva vinculada a los contextos de protesta social.

*“(...) la gallarda apostura de un hombre o de un grupo de hombres que se elevan insurrectos, por motivos de mejora colectiva, ofrendando el bienestar propio y arriesgándolo todo en holocausto de la civilidad, frente al Estado constituido, provisto de máximo poderío y armado de todos los medios que la fuerza oficial le proporciona. Por eso, a despecho de los castigos posibles, las gentes rodean de simpatía a los luchadores que se levantan contra el imponente arsenal de la policía, de la milicia y de las autoridades poderosas”.<sup>1</sup>*

### Introducción

Desde octubre de 2019 hasta la fecha, en el contexto de las movilizaciones chilenas, se cuentan más de 2.500 personas detenidas e ingresadas

---

\* Doctoranda en Derecho y Ciencia política, Universidad de Barcelona. Correo electrónico: maria.ovalle@uv.cl

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. III., Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 214-215.

a prisión preventiva por imputárseles delitos vinculados al contexto de las protestas<sup>2</sup> y las detenciones ilegales entre octubre y enero aumentaron un 77,7% comparado con el mismo periodo del año 2018.<sup>3</sup> Esto reinstaló en el lenguaje público el concepto de presas políticas y sociales e impulsó la discusión sobre si lo son o no aquellas personas vinculadas a la comisión de un delito en contexto del llamado “estallido social”. Desde las organizaciones sociales se ha aducido que “toda presa es presa política”, tanto porque es el propio capitalismo el que genera una población marginada del mercado del trabajo que se ve impulsada a delinquir para sobrevivir, de modo que la pobreza es la que puebla las cárceles, como por el hecho de que el delito sólo lo es en base a decisiones políticas y cumple una clara función en la mantención del orden capitalista.<sup>4</sup> Aunque es cierta, esta idea puede invisibilizar la especificidad de una práctica represiva orientada particularmente a neutralizar la disidencia política, de modo que delito y prisión política se vacían de contenido y pierden parte de su potencial crítico. En una posición radicalmente distinta, el discurso jurídico niega la categoría al instante sosteniendo que en una democracia no pueden existir delitos ni presas políticas porque la disidencia estaría legalizada. A lo más, reconocen la existencia del delincuente por convicción, restringiéndolo a las personas “presos por conciencia” y excluyendo así a todas aquellas que fueron más allá de una expresión de opiniones, pasando a la acción, ejerciendo alguna forma de violencia.<sup>5</sup> Sin embargo, es evidente que en Chile las vías de participación e incidencia política no están disponibles para la gran mayoría de nosotros, estando altamente cooptadas por la misma clase político-partidista que ha perpetuado y profundizado un sistema excluyente. En este escenario, se vuelve necesario distinguir estos conceptos y determinar la función que cumplen para la contención de la irracionalidad punitiva, reivindicando

---

<sup>2</sup> VARGAS, C., “La prisión política no acabó con la dictadura”. *Londres38*, 2020. <https://www.londres38.cl/>

<sup>3</sup> EL MOSTRADOR, “Balance del Poder Judicial revela explosiva alza: detenciones ilegales subieron 77,7% durante el estallido social”. *El Mostrador*, 20-02. <https://www.elmostrador.cl>

<sup>4</sup> Ilustran al respecto obras clásicas como RUSCHE, G., KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá, 1984 y MELOSSI, D.; PAVARINI, M., *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI, México D. F., 1987.

<sup>5</sup> CORTÉS MORALES, J., *Los presos de la revuelta y la prisión política*, Rebellion, 2020.

así la existencia y las posibilidades de aplicación de estas categorías en un Estado que pretende su consideración como democrático y de Derecho. Se entenderá que prisión y delito político son categorías distintas pero relacionadas y que ambas permiten levantar barreras frente al poder punitivo en el campo de la producción, interpretación o aplicación de las normas.

Valga la aclaración en este punto. Casi siempre las autoridades eligen, arbitrariamente, definir la prisión política como la prisión impuesta por motivos puramente políticos sin conexión a ningún delito. En realidad, esta definición alude a la “prisión de conciencia”, que es sólo uno de los varios supuestos de prisión política. Esta última se define atendiendo a la motivación política con la que actúan los agentes del Estado cuando se priva de libertad o se tortura, sin ser esta motivación siempre evidente sino que, por el contrario, generalmente se esconde tras el argumento de defensa de la seguridad del Estado, del orden público, de la lucha contra el terrorismo, etc.,<sup>6</sup> así como también existe esta motivación en la detención y juzgamiento de delitos que constituyen hechos delictivos sancionados por cualquier legislación ordinaria de un país, que fueron cometidos con la intención de derrocar el régimen o impulsar cambios políticos.<sup>7</sup> Esta última hipótesis refiere precisamente al delito político. En el mismo sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa incluye dentro de los supuestos que definen la prisión como política aquellas situaciones en las que la duración

---

<sup>6</sup> Así se reconoce en CNPPT, *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Chile, Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004. Esto es lógico, desde que un Estado autoproclamado *democrático* jamás admitiría explícitamente que encarcela o juzga más severamente a alguien sólo “por sus ideas”, de modo que necesita justificar su reacción en una razón jurídico-penal que imprima una apariencia de neutralidad a la persecución penal. A veces, esas razones se fundan en el efectivo despliegue de acciones directas cuya gravedad se exagera juzgándose desproporcionadamente, con mayor severidad de lo que correspondería si no fueran acciones políticamente dirigidas. Otras veces, esas razones derechamente se fabrican mediante la imputación de delitos inexistentes (montajes), debiendo remarcarse que no sólo hay montajes en el contexto de “estallido social”, sino que las instituciones policiales y otros entes de la administración pública tienen una amplia trayectoria en la construcción de delitos falsos (sólo en los últimos años, pueden mencionarse ejemplos de público conocimiento como las llamadas “Operación Huracán”, “Operación Huracán II”, “Operación Andes”, el “Caso Iglesias”, el “Caso Bombas”, etc.).

<sup>7</sup> CNPPT.

de la detención o sus condiciones son claramente desproporcionadas con respecto al delito del que se ha declarado culpable o se sospecha que fue cometido; el encarcelamiento vinculado a procesos injustos o en que se vulneran garantías fundamentales; las detenciones practicadas de forma discriminatoria en comparación a otras personas, y; la prisión que deriva de la imputación de un delito común cometido con intención de derrocar al gobierno o impulsar cambios políticos (situación relativa al delito político). Estos ejemplos y otros supuestos serán prisión política si obedecen a motivaciones políticas, aunque aquellas no sean su único fundamento.<sup>8</sup>

Es decir, la reacción contra el delito político constituye uno de los casos de la prisión política, de modo que esta última es una noción más amplia que incluye otras situaciones que no se identifican como la contracara de un delito político (o de delito alguno). Así, las presas de la revuelta popular o “estallido social”, ya sea por unas hipótesis u otras, pueden fácilmente ser reconocidas como presas políticas y puede que –aunque no necesariamente– lo sean en vinculación a la comisión de un delito político. Las categorías de delito y prisión política cumplen funciones diversas, aunque ambas permiten levantar barreras frente al poder punitivo en el campo de la producción, interpretación o aplicación de las normas. Sin perjuicio de la enorme importancia que ambas nociones poseen y de la atención urgente que exigen, el trabajo se centrará en el delito político, concepto respecto del cual puede extraerse, a mi juicio, un mayor rendimiento crítico a la hora de interpretar y aplicar el Derecho.

## 1. Lo dicho sobre el delito político: origen, evolución y contenido

Entre las múltiples clasificaciones que los teóricos se han dado a estudiar –no siempre para derivar de allí consecuencias prácticas– se encuentra una que, en base a la ilicitud absoluta o relativa del fin que el agente se propone, distingue entre delitos comunes y delitos evolutivos. A esta última clase pertenece el delito político. El primero en hablar de delincuencia evolutiva

---

<sup>8</sup> PA. *The definition of political prisoner*, Parliamentary Assembly. Resolution 1900, 2012.

fue Ferri, contraponiéndola a la delincuencia atávica,<sup>9</sup> pero fue Sighele quien colmó a estas fórmulas del contenido que poseen hasta hoy. Entendió por delincuencia evolutiva aquella que procura apresurar las fases futuras del Estado u organización de la sociedad de modo más o menos ilusorio, de modo que muchas veces estos actos resultarían ser factores de aumento de civilidad. La delincuencia atávica, en cambio, designaría aquella que da pasos hacia atrás en el progreso y que nace de una voluntad egoísta.<sup>10</sup>

El delito evolutivo se sub-clasificó en *delito político*, *delito anarquista* y *delito social*, según el móvil de su autor respondiera a un afán de construcción de un nuevo proyecto político, a la mera destrucción del existente, o bien, a una transformación en la estructura económica de la sociedad, respectivamente.<sup>11</sup> Sin embargo, estas clases comparten el propósito colectivo y altruista que persiguen –en contraposición a la defensa de intereses individuales y egoístas que motivaría la “delincuencia común”–, dirigiéndose al progreso de la organización social. Por ello, el delito evolutivo también es llamado *delito político en sentido amplio*. Es importante tener en consideración que éste debe diferenciarse netamente de la dudosa categoría de “delito terrorista”, sobre todo porque el delito político, dado su contenido, no puede en modo alguno ser realizado por quien detenta el poder,<sup>12</sup> sujeto que, en cambio, consideramos como el único en posición de cometer actos de “terrorismo”, si sobre tal cosa pudiera llegarse a un consenso conceptual.

<sup>9</sup> Ferri ideó estos términos para distinguir la delincuencia en función de los medios de comisión del delito: violenta y material la delincuencia atávica; intelectual y fraudulenta la evolutiva.

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>12</sup> Señala Quintano Ripollés que, en su caracterización más primaria y simple, el delito político ha consistido siempre en una actividad contraria a la ideología y al régimen jurídico-político vigentes. Véase MONTORO BALLESTEROS, A. “En torno a la idea de delito político”. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, N° 19, 2000, pp. 131-156. Por eso no son «presos políticos» los criminales de lesa humanidad ni ningún agente del Estado o sujeto que detenta una posición de poder o privilegio que haya cometido delitos contra la población civil. En este sentido CORTÉS MORALES, *op. cit.*

Tanto la acuñación del concepto *delito político* como la determinación de su contenido se logran sólo en el periodo histórico liberal<sup>13</sup> aunque sus antecedentes se remontan al crimen de *lesa majestatis*. Esta última referencia permite identificar el motivo por el cual la conducta más grave de la época (el tiranicidio) comenzó a considerarse de manera más benigna a partir del desarrollo de la teoría del delito político; y en tanto facilita la identificación del elemento determinante para gestar su benignidad propia. Hasta el advenimiento de la revolución liberal, el tiranicidio se consideró como el más grave de todos los crímenes,<sup>14</sup> asignándosele penalidades extremadamente severas, dada la organización absolutista del poder. Sin embargo, en el siglo XVII comienza a gestarse la teoría de la resistencia y la revuelta contra regímenes tiránicos, sobre todo desde el campo teológico.<sup>15</sup> El carácter heroico que comenzó a asociarse a quien atentaba contra el monarca deslegitimado no provenía precisamente de consideraciones referidas a la especificidad del sujeto pasivo (el monarca) —estas razones, en cambio, justificaban la exasperación de la penalidad—, sino más bien relativas al contexto considerado opresivo que sometía a los gobernados a sufrir el ejercicio ilegítimo del poder político. En 1786 ocurre la primera abolición ordenada del título de delitos de lesa majestad, pasando a albergarse esta conducta, de significación categóricamente política, dentro de los delitos contra la seguridad del Estado.<sup>16</sup> Esto demuestra que, con la despersonalización del poder y la configuración de los Estados modernos, el objeto de ataque al cual se dirige el delito político puede ser cualquiera que simbolice o encarne ese poder.

Como se señaló, es con el liberalismo de la época que se reconoce el delito político como una clase privilegiada de delito,<sup>17</sup> tanto porque su

<sup>13</sup> SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. PPU, Barcelona, 1988.

<sup>14</sup> Múltiples son las referencias que en este punto suelen dedicarse al concepto de crimen de Estado romano, en donde la *perduellio* se confundiría con el crimen de *laesa majestatis*, pero debe notarse que la verdadera conducta sobre la cual se edificará el delito político se refiere al tiranicidio y no las formas de traición a la patria. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>15</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>16</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>17</sup> Aunque, como apunta Jiménez de Asúa, esto fue sólo una aspiración de la Revo-

ilicitud resulta tan sólo relativa como por la especial valoración del móvil que guía al agente. Este criterio de benignidad se asienta en la legislación francesa y penetra en las leyes penales de casi todo el mundo civilizado,<sup>18</sup> aunque no por mucho tiempo. El reconocimiento de un trato benigno para el delincuente político se mantuvo sólo mientras la burguesía liberal terminaba de alcanzar posiciones y se consagraba al capitalismo, momento en que “los románticos ideales se transformaron en torva repulsa ante las demandas del proletariado”.<sup>19</sup> Estos ideales se fueron desvaneciendo a causa de las grandes luchas de la vida, que trasladaron la preocupación inicial por los cimientos de las formas del Estado hacia las luchas de clase y el problema económico.<sup>20</sup> Al comenzar a proliferar estos nuevos móviles con el auge de las luchas obreras de finales del siglo XIX, se fue gestando el concepto de *delincuencia social* o *político-social*,<sup>21</sup> que designaba aquellos delitos colectivos de alteración del orden público, popularizándose los de signo anarquista vinculados a la propaganda por los hechos y asociándose, ya entrado el siglo XX, a las alteraciones del orden público en el contexto de las huelgas obreras.<sup>22</sup> En suma, debe tenerse presente que es en este período liberal donde se encuentra el origen del delito político y político-social como categoría jurídico-penal y que éstos nacen para designar actos de contraposición al poder en contextos de luchas reivindicativas y agitación social. Por ello, su

---

lución francesa, desmentida en los hechos, pero que se ejecuta tras la revolución de 1830, a partir de la cual comenzó a separarse el delito político del común, estableciendo para los primeros penas más benignas, confiando al jurado su conocimiento e imponiendo en los tratados de extradición el refugio del delincuente político. Con la revolución de 1848, termina por abolirse la pena de muerte para estos delitos. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>18</sup> Numerosos cuerpos normativos que así lo establecieron se comentan en JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 174 y ss.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 179.

<sup>20</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>21</sup> Hoy, por el indiscutido carácter político de la delincuencia social, se encuentra difuminado el tradicional límite pretendido entre ambas categorías, de modo que puede hablarse sin problemas de *delito político-social*. Al respecto, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>22</sup> OLIVER OLMO, P. & LORENZO RUBIO, C. “La construcción histórica de los conceptos de “preso político” y “preso social” en la España contemporánea”. *Millars. Espai i Història*, vol. 28, N° 46, 2019, pp. 193-217.

contenido se define por la presencia de ciertos móviles y por dirigirse la ofensa contra símbolos del poder.

En los primeros ejercicios de perfilar el contenido del concepto de delito político fue usual que las primeras definiciones (como la de Filangieri<sup>23</sup>) siguieran un *criterio objetivo*, basándose en que estos delitos ofenderían determinados bienes jurídicos, relativos a la constitución del Estado y la soberanía. Luego, predominaron *criterios subjetivos* que atienden al móvil perseguido por su autor. Actualmente son preponderantes los criterios mixtos, que conjugan por diversas fórmulas ambos elementos.<sup>24</sup> No es éste el lugar para sistematizar las distintas formulaciones que se han propuesto, pero sí para resaltar algunas ideas centrales de los criterios objetivo y subjetivo que pueden arrojar ciertas luces fundamentales para comprender el contenido de estos delitos en nuestros días.

Las teorías objetivas suelen calificar de político a aquel ataque contra el organismo político del Estado o los derechos políticos de los ciudadanos, lo que se ha especificado mediante extensas enunciaciones casuísticas<sup>25</sup> que, finalmente, comparten el núcleo común de constituir acciones que pretenden subvertir el orden político existente, dirigiéndose el ataque contra aquello que encarna el poder político. Sin embargo, el criterio objetivo no se agota en la consideración de aquel objeto jurídico sobre el cual recae la acción delictiva, sino que también resulta fundamental atender al contexto en el cual se despliegan las conductas. En efecto, se ha observado que el contexto de lucha o conflicto político en el cual se cometen las infracciones influye como elemento objetivo en la determinación del carácter político de

---

<sup>23</sup> Nótese que el concepto fue utilizado por primera vez por el holandés Klutt (1729), pero su contenido fue netamente perfilado por Filangieri. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA *op. cit.*

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

<sup>25</sup> Por ejemplo, Ortolan define los delitos políticos como actos que tienen por objeto invertir o modificar la organización de los grandes poderes del Estado, destruirlos o debilitarlos; o extinguir o restringir la participación que algunos miembros son llamados a tomar en ellos; o ejercer acciones ilegítimas sobre el juego de su mecanismo o sobre la dirección general y suprema que de ellos resulte para los poderes del Estado; o transformar sus elementos y las condiciones sociales establecidas en la Constitución para los individuos; o bien para suscitar desórdenes, odios o luchas de violencia en la sociedad. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA *op. cit.*, cfr. pp. 189 y ss.



un delito.<sup>26</sup> El reconocimiento de este carácter político en consideración al contexto se ha plasmado “en interesantes resoluciones en la práctica”.<sup>27</sup> De este modo, las infracciones comunes cometidas en un contexto de rebelión política, insurrección, revuelta popular o guerra civil se deben calificar como políticas en tanto puedan asociarse razonablemente a tal contexto. Se excluyen, naturalmente, aquellos atentados inconexos, desproporcionados e innecesarios, que pueden entenderse como aquellos analogables a los actos que serían reprobados por el Derecho Internacional en un estado de guerra regular.<sup>28</sup>

Por su parte, las teorías subjetivas definen el delito político tomando como elemento clave los móviles del autor. Fue Ferri quien ilustró el criterio

<sup>26</sup> Así, Garraud (JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 190); Olarieta (RIVERA, I., “Sobre el concepto y la existencia de presos políticos”. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 15, 2018, pp. 10-18); Capellà y Roig (CAPELLÀ I ROIG, M., “¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 28, 2014, pp. 1-43), quien incluye entre los factores que influyen en la determinación del carácter político de un delito tanto el *contexto* como el *resultado político* del delito, es decir, si tuvo consecuencias políticas, como el cambio de un gobierno, de una determinada política o de alguna ley.

<sup>27</sup> Ésta es la doctrina que todos los países europeos mantuvieron para rechazar la extradición solicitada por Francia de los rebeldes de la *Commune*. Entre 1872 y 1876, Francia solicitó reiteradas veces la extradición de personas que habían participado en asesinatos, robos, etc., durante la revolución, aduciendo que no se trataba de delitos políticos sino comunes, pero ni un solo gobierno extranjero accedió a la entrega solicitada, estimando que esos delitos estaban en conexión con el hecho político fundamental, que subrepticamente quería perseguirse. Lo mismo ocurrió en Inglaterra; con Malatesta; tras la guerra civil española; etc. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 990 y ss.

<sup>28</sup> Al respecto, se alude a la existencia de lo que se ha denominado delito político complejo y conexo. El primero es aquel que lesiona a la vez el orden político y el derecho común y el segundo, la infracción de derecho común cometida en el curso de un delito político y relacionada con él. A diferencia de lo que ocurre con criterios puramente objetivos, a partir de la consideración de los móviles del autor (central en el criterio subjetivo, como se verá a continuación), en los tratados de extradición estos delitos reciben el mismo tratamiento que el delito político puro, de modo que, de sostenerse criterios subjetivos o mixtos, no correspondería a negar *a priori* el carácter político a determinados hechos, aun cuando no sean conexos con una rebelión más o menos manifiesta u organizada, como parece exigirlo la tendencia objetivista. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, t. II, 1964; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. III., 1963.

subjetivo más decididamente,<sup>29</sup> indicando que cualquier delito común no acompañado de formas atávicas y determinado exclusivamente por motivos altruistas habría de calificarse como político, aunque estos móviles sean utópicos o dirigidos al provecho de una sola clase social.<sup>30</sup> Sobre esta temprana propuesta, cabe discutir, en primer lugar, la exclusión de delitos violentos toda vez que el delito político, aunque se cometa con medios violentos –a lo que refería este autor con la expresión “formas atávicas”–, posee un sentido de progresión que lo torna posible fuente de un aumento de la civilidad, lo cual no ocurre en el crimen atávico (en la formulación de Sighele), que es regresivo y entorpece, en vez de adelantar, el perfeccionamiento de la cultura.<sup>31</sup> Al mismo tiempo, debe notarse que el móvil siempre estará dirigido al provecho de las clases subalternas e incluso al de una sola clase social, pues, como certeramente observa Ferri, el interés de defensa contra la delincuencia evolutiva se reduce a la minoría de las clases dominantes.<sup>32</sup> Por último, sólo se puede exigir que este móvil sea el preponderante, pero no el único, pues “el hombre es una amalgama muy heterogénea como para obedecer jamás a un solo motivo”.<sup>33</sup>

Hasta aquí, puede establecerse que el delito político surge sólo en el período liberal, por la necesidad de reconocer la benignidad intrínseca de acciones radicales dirigidas contra el poder político en un contexto de opresión. Estos elementos permitieron que, al transcurrir las modificaciones históricas de las relaciones sociales, la categoría aludiera a las alteraciones del orden público, primero de signo anarquista y, luego, protagonizadas por

---

<sup>29</sup> No debe identificarse la doctrina subjetivista al positivismo sólo porque Ferri fue quien primero habló de delincuencia evolutiva y resultó ser uno de los principales defensores del criterio subjetivo, porque el origen de éste es más antiguo y porque entre los mismos positivistas este es uno de los puntos en que existen mayores discrepancias (Garófalo identifica delito común y político; Lombroso y Laschi sostienen una teoría mixta; Florian, un criterio objetivo) y fuertes adversarios del positivismo sostienen también teorías mixtas, como Manzini y Civoli. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. III, 1963, p. 195.

<sup>30</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. III, 1963.

<sup>31</sup> Ver GUZMÁN DALBORA, J. L., El terrorismo como delito común, en *Terrorismo y Derecho penal*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2015, pp. 401-438.

<sup>32</sup> Ver GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*

<sup>33</sup> RADBRUCH, G., El delincuente por convicción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7-R4, 2005, pp. 4-5.

las luchas obreras desplegadas por causas fundamentalmente económicas. Son estas mismas consideraciones las que han guiado la discusión en torno a los criterios que han de seguirse para definir al delito político. Las teorías objetivas subrayan el ataque contra los símbolos del poder político y el contexto de inestabilidad política en que se realiza, mientras que las subjetivas ponen de manifiesto la importancia de los móviles que acompañan la acción, destacando la aptitud de éstos para modificar la valoración de delitos que no necesariamente son efectivos en la subversión del orden político ni están vinculados a él de forma directa y, con mayor razón, para modificar aquellos evidentemente dirigidos contra el orden político y que han tenido un resultado efectivo en la modificación de dicho orden y sus instituciones.

## 2. El delito político en el Estado democrático

### A) AFIRMACIÓN DE SU EXISTENCIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Se ha pretendido teñir de falaz la existencia de delitos y presas políticas planteando que éstos no pueden existir en una democracia porque en ella la disidencia política estaría legalizada.<sup>34</sup> Esta es una idea coherente sólo con una “realidad” imaginaria, que se sustenta en la ficción de que es posible modificar las bases del sistema por los cauces que éste mismo proporciona y conducir la legitimidad del ejercicio del poder en la medida en que se respeten reglas procedimentales, balanceando las diversas posiciones sociales luego de un amplio proceso de discusión colectiva que, por exigir la participación de todos los potencialmente afectados, lograría naturalmente alcanzar las decisiones más justas.<sup>35</sup> Así, en los Estados constitucionales, no

<sup>34</sup> RIVERA BEIRAS, I. & NICOLÁS LAZO, G., “La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea”, en *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 219-254.

<sup>35</sup> BENENTE, M., “Criminalización y regularización de la protesta social. El fracaso de la teoría de la democracia deliberativa”. *Lecciones y Ensayos*, N° 95, 2015, pp. 19-44. En efecto, si se piensa, por ejemplo, en el caso chileno, la reforma a la Constitución Política de Pinochet, pese a ser una demanda largamente exigida mediante el diálogo durante

habría lugar para el reconocimiento de conductas que pretendan cambiar o conseguir nuevas libertades fuera de las vías legales reconocidas.<sup>36</sup>

Sin embargo, ninguno de los Estados de Derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para incidir en el orden político.<sup>37</sup> La idea de que el delito político no existe en democracia es tramposa en tanto hace parecer que tras este proceso no hay intereses en juego, ni relación de fuerzas, sino simplemente diálogo e intercambio de razones, dejando al campo político un registro que no es el de las fuerzas y disputas de poder sino el de la “dimensión celestial” de los buenos y malos argumentos,<sup>38</sup> pretendiendo una irreal escisión entre lo político y lo penal que supone una tautología.<sup>39</sup> El hecho de que el Derecho internacional tras la II Guerra Mundial se haya pronunciado repetidas veces a favor de la democracia como única forma legítima de gobierno, no impide que puedan existir delitos políticos en contra de regímenes democráticos,<sup>40</sup> sobre todo al constatare sus imperfecciones y limitaciones. Esta posibilidad subsistirá siempre que se extienda el debate sobre las condiciones necesarias para que una democracia merezca llamarse así,<sup>41</sup> sobre modelos deseables y sobre cualquier forma de evolución en la organización social.

---

años, sólo se precipitó una vez que se presentó una conmoción social fuerte en cuyo seno se produjeron, como no, delitos políticos.

<sup>36</sup> SERRANO-PIEDecasas, *op. cit.*

<sup>37</sup> ZAFFARONI, R. E., “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010, pp. 1-15.

<sup>38</sup> BENENTE, *op. cit.*

<sup>39</sup> Apunta Olarieta que esta tautología consiste en que la autodefinition del régimen político como “democracia” escinde lo político de lo penal, categorías ambas que se niegan radicalmente a sí mismas. Pero baste reconocer la imposibilidad de una aproximación puramente científica al problema, cuando en las publicaciones más técnicas y jurídicas pueden leerse condenas explícitas de la violencia –podemos agregar “venga de donde venga”–, ejemplo de investigación en el que el analista toma partido ante el objeto de su estudio. Ver OLARIETA ALBERDI, J. M., “Transición y represión política”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 70, 1990, pp. 225-262.

<sup>40</sup> Ver GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 410, nota N° 26.

<sup>41</sup> PÉREZ TORO, W. F., “La difícil aproximación al delito político”. *Estudios políticos*, N° 31, 2007, pp. 43-60.

## B) DELITO POLÍTICO Y PROTESTA SOCIAL. ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO

Se sostiene que este concepto encierra una controversia indisoluble en sí misma, pues quien lo persigue niega el carácter político de la acción, quedando sólo un delito común; quien lo comete, niega el carácter de delito. Así, cada una de las partes del conflicto niega a la otra la atribución que ella pretende, de modo que se vuelve necesario acudir a otras variables para su aclaración final.<sup>42</sup>

Entre ellas, suele acudirse a las regulaciones contempladas en los tratados de extradición. Sin embargo, esto no parece apropiado pues la noción de delito político precede con mucho a los primeros tratados de extradición, que son relativamente nuevos, creados precisamente para permitir a los Estados juzgar los ya concebidos delitos políticos ejecutados en su contra.<sup>43</sup> También se intentan aproximaciones a partir de su diferenciación con el delito terrorista, concepto que, además de ser cronológicamente posterior, ni siquiera se encuentra en sí mismo definido. Otros aceptan la categoría en principio, pero la consideran infructuosa por ser un concepto “evanescente”, cuyo contenido quedaría condicionado a cada legislador de turno. Este punto de vista no es admisible pues si el legislador definiera el delito político –lo que no suele hacer, como ocurre con casi todos los conceptos jurídicos, porque no es su tarea tampoco– éste no sería más evanescente que cualquier otro, considerando que todo concepto legal es modificable siempre por “el legislador de turno”. Lo medular, en todo caso, es que las dificultades que puedan surgir en la definición del delito político no constituyen ningún argumento a favor de eludir la tarea, sino más bien un aliciente para trabajar en la categoría y reivindicar la importancia que posee en los tiempos actuales, inversamente proporcional a la atención que le ha brindado la dogmática jurídico-penal.

Otra alternativa ha sido colmar de contenido la categoría incorporando como factor de análisis el tipo de sistema penal empleado para perseguir el delito político, constatándose que los Estados deciden frecuentemente

<sup>42</sup> RIVERA, *op. cit.*

<sup>43</sup> Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, t. II, 1964; t. III, 1963.

echar mano a legislación extraordinaria –sustantiva, policial, judicial y penitenciaria– para combatir la violencia con fines políticos. Sería la necesidad de acudir a esta excepcionalidad la que indicaría que se trata de algo distinto a la delincuencia común, emergiendo así la categoría del delito político.<sup>44</sup> Estas consideraciones permiten por sí solas constatar la existencia de la prisión política en regímenes democráticos y es una manifestación evidente de criminalización de la protesta y persecución de la disidencia política, pero no permite explicar el delito político. Si se utiliza el dato de la legislación excepcional, que es más dura y no benigna, se prescinde del núcleo del concepto y de su carga histórica. Sin duda puede indicar que se trata de algo diferente, pero me parece que de ello no puede extraerse su contenido específico.

La conceptualización del delito político no puede desarraigarse del fundamento que le dio origen ni de la carga de significados que ha adquirido a lo largo de su evolución bajo diversas formas de organización del poder, así como tampoco debe intentarse una actualización del concepto para los Estados democráticos sin considerar las formas en que se ejerce ese específico poder político y los escenarios de fuerza en los que éste se disputa. El conocimiento acumulado por otras disciplinas en torno a la violencia con fines políticos y a las expresiones de la protesta social, como elementos fundamentales precisamente para el juego democrático, pueden ser esenciales para identificar lugares de acuerdo, pues dichos saberes perfilan de forma más o menos clara el contenido y límites de dichas manifestaciones a partir de información extraída desde la misma realidad social y las prácticas reivindicativas que despliegan los sujetos históricos en una sociedad determinada.

Tal y como lo muestra el origen y desarrollo del concepto, éste se orienta a la designación de acciones que manifiestan subjetiva y objetivamente una oposición radical al poder político, mediante un acto considerado delictivo. Las acciones radicales de oposición al poder han asumido diversas formas a lo largo de la historia (en el antiguo régimen, la figura del tiranicidio; a partir del siglo XIX la propaganda por los hechos, las huelgas obreras, etc.) y el poder ha demarcado también de manera diversa las conductas a considerar como delito. En una democracia, la disidencia política se manifiesta

---

<sup>44</sup> RIVERA, *op. cit.*

paradigmáticamente en la protesta social y su persecución se vincula con el fenómeno de criminalización de la protesta y la prisión política. Creo que a partir de este núcleo (protesta social) es posible avanzar en una actualización del concepto a los tiempos actuales, por dos razones. Primero, porque permite vincular cierto ámbito de conductas delictivas con fines políticos al núcleo del contenido democrático, encarando la pretendida imposibilidad de que exista delito político en nuestros Estados. En segundo lugar, porque con esta base es posible separar la tarea de *denunciar* aquel tratamiento más severo que la legislación excepcional dirige a la violencia con fines políticos (prisión política y criminalización de la protesta social) de la tarea de *rescatar el potencial crítico* del concepto de delito político, en tanto su contenido material puede ser apto para establecer límites al ejercicio del poder punitivo en una democracia.

Tomando por base el trabajo desplegado por los constitucionalistas, no dudamos de la existencia y deber de reconocimiento de un derecho a la protesta social, aunque éste casi no haya recibido atención desde la dogmática jurídico-penal.<sup>45</sup> Por ello, es necesario discutir y reflexionar sobre la especificidad de la protesta social, fenómeno que interpela a tomar posición y establecer formas de aproximación a su evaluación en el campo de lo jurídico. En tanto acción colectiva, su abordaje ha de hacerse en términos transdisciplinarios, que doten de una mirada histórica tanto la lectura de las prácticas mismas como de los impactos que las acciones producen en el conjunto de la sociedad.<sup>46</sup>

Para ello, se debe avanzar en conceptualizaciones que no escondan debajo de la alfombra la puesta en escena de las fuerzas populares, sino que las sitúen en el corazón del funcionamiento democrático.<sup>47</sup> Como señala Benente,<sup>48</sup> en las protestas, lo que centralmente se expresa no son ideas sino una demostración de fuerza, lo que queda demostrado por el hecho de que el logro de sus objetivos depende mucho menos del contenido y las buenas

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*

<sup>46</sup> AGUILERA RUIZ, Ó., Repertorios y ciclos de movilización juvenil en Chile (200-2012). *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 17, N° 57, 2012, pp. 101-108.

<sup>47</sup> BENENTE, *op. cit.*

<sup>48</sup> BENENTE, *op. cit.*

razones que del daño y la molestia causada. El diálogo no es lo central y a lo sumo tiene lugar en tanto continuación de la fuerza por otros medios, una vez que ésta causa molestias; por eso, señala, los paros docentes se hacen en períodos de clases y los cortes de ruta en días hábiles, aunque el contenido del reclamo sea el mismo todos los días del año. Las autoridades ya conocen las demandas pero lo radical de la protesta es que genera la molestia necesaria para que el poder público y privado las atienda. El error está en la incapacidad de advertir que la protesta social es constitutivamente una acción de violencia o de fuerza,<sup>49</sup> que por definición provoca un daño (económico al patrón, a individuos que no pueden transitar, etc.) y que éstos no son meramente accidentales o contingentes.<sup>50</sup> Una comprensión que excluya su dimensión violenta limita la protesta social hasta hacerla superflua.

Es recurrente la insidiosa aseveración de que el ejercicio del derecho a la protesta no es absoluto y debe enmarcarse en formas reguladas, pero lo cierto es que sus limitaciones deben obedecer a una rigurosa justificación.<sup>51</sup> Los límites que se impongan al derecho a la protesta jamás pueden implicar una imposibilidad práctica de ejercerlo, planteamiento que aparece como obvio pero que, sin embargo, parece no tomarse demasiado en serio. Ello implicaría, por una parte, reconocer que frente a la constatación de la incapacidad institucional para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de la ciudadanía, ésta se verá necesariamente compelida al uso de medios de protesta *no institucionales*.<sup>52</sup> En efecto, lo central de la protesta social es que se despliega por colectivos imposibilitados de ejercer influencia en las decisiones políticas a través de las vías formales y que las demandas quedan

---

<sup>49</sup> Sobre la huelga, dice Benjamín: “a pesar de que a primera vista pueda parecernos paradójico, es posible definir en ciertas condiciones como violencia incluso una actitud asumida en ejercicio de un derecho. Y precisamente esa actitud, cuando es activa, podrá ser llamada violencia en la medida en que ejerce un derecho que posee para subvertir el ordenamiento jurídico en virtud del cual tal derecho le ha sido conferido; cuando es pasiva, podrá ser definida en la misma forma, si representa una extorsión en el sentido de las consideraciones precedentes”. Ver BENJAMÍN, W., *Para una crítica de la violencia*. Leviatán, Buenos Aires, 1995, pp. 35-36.

<sup>50</sup> BENENTE, *op. cit.*

<sup>51</sup> LOVERA, D., “Protesta social y derechos humanos”, en *Informe anual sobre Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 55-81.

<sup>52</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*



excluidas del círculo institucional-formal, siendo esencialmente políticas e integrantes de pleno derecho del juego democrático.<sup>53</sup> Por otra parte, exige tomar como punto de partida las formas que efectivamente asume la protesta social, pues sería completamente absurdo pretender establecer límites a ella a partir de un repertorio de acciones ideales o ficticias totalmente desvinculadas de la realidad que el Derecho aspira a regir.

Lo central es que la existencia y los límites del derecho a la protesta obligan a sostener la discusión en torno a la licitud de ciertos actos que, encontrándose tipificados, podrían quedar amparados bajo el ejercicio legítimo de un derecho –u otras justificantes– y que, en la valoración de este derecho, debería considerarse, naturalmente, la tradición histórica de la protesta social y el repertorio concreto de acción colectiva validado y legitimado por la comunidad, a fin de establecer límites bien justificados para distinguir lo justo de lo injusto de manera razonable, es decir, sin pretender reconocer un derecho negando toda posibilidad real y efectiva de su ejercicio. Un acto justificado no es delito y no cabe discutir su carácter político, por lo que no se explorará con mayor profundidad este punto. En cambio, aquellas acciones no amparadas por el ejercicio legítimo de un derecho, que excedan esos límites razonablemente establecidos, probablemente configurarán delitos políticos.

### EXCURSO. Notas sobre repertorios de la protesta social chilena

La concreta modalidad que asuma la protesta social, acción conjunta entendida como estrategia de consecución de intereses compartidos, es fundamental para el éxito de la movilización y su eficacia táctica. A partir del trabajo de Tilly,<sup>54</sup> se reconoce la existencia de esta serie de comportamientos codificados denominada *repertorio táctico*, que puede comprenderse como un conjunto limitado de creaciones culturales aprendidas en un momento particular de la historia de una sociedad, que no descienden del plano teó-

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ LABBÉ, J., “La Protesta Social en Chile (2006-2011): conflicto social y repertorios de acción en torno a los movimientos estudiantil, mapuche y ambiental”. *Estudios/Working Papers*, N° 27, 2013, pp. 1-26.

<sup>54</sup> TILLY, C. *From Mobilization to Revolution*. Random House, Nueva York, 1978.

rico sino que surgen en la lucha.<sup>55</sup> Este repertorio no es algo improvisado, sino que está determinado por la tradición cultural, la memoria histórica, la costumbre, la disponibilidad de recursos con que el grupo cuente, la actitud del oponente y el grado de desarrollo del conflicto, entre otros factores, y depende, por supuesto, de cada contexto histórico y sociocultural.<sup>56</sup>

Siguiendo la clasificación propuesta por Fernández-Labbé entre acciones de protesta institucionales y no institucionales,<sup>57</sup> la protesta chilena de manera histórica ha operado sobre todo por vías no institucionales<sup>58</sup> y las expresiones de violencia han resultado ser el componente fundamental de toda transformación sobre las relaciones de poder. Piénsese también en el actual proceso de cambio constitucional. Pese a las diversas formas que ha tomado (motines urbanos, levantamientos mineros, bandolerismo rural, etc.), reviste matrices culturales comunes que identifican el *ethos* social del sujeto popular.<sup>59</sup> Su permanente presencia es muestra de la validez que se le reconoce en tanto medio más directo y eficiente de hacer frente a “la otra violencia”, ejercida por la policía y las clases dominantes.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> AGUILERA RUIZ, *op. cit.* Es en la actividad de protesta donde la gente aprende a hacer cortes de rutas, atacar edificios u otros bienes, realizar barricadas o lanzar proyectiles frente a la represión policial, etc.

<sup>56</sup> Véase LORENZO CADARSO, P. *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Siglo XXI, Madrid, 2001.

<sup>57</sup> Serán institucionales aquellas que se insertan en los canales formales ofrecidos por el sistema político y que se adecuan a los procedimientos y plazos por él establecidos. Serán no-institucionales aquellas que presionan al sistema desde fuera de los canales formales, con un fuerte componente social. FERNÁNDEZ LABBÉ, *op. cit.*

<sup>58</sup> En el período entre 2006 y 2011, el 96% de las acciones de protesta fueron no institucionales, lo que demuestra el alto distanciamiento entre la sociedad y el sistema político, cuya estructura no es permeable a las necesidades y demandas, de modo que no caben más alternativas que la interpelación directa por medio de acciones no institucionales. Al respecto, FERNÁNDEZ LABBÉ, *op. cit.* En este sentido, ilustra LOVERA, *op. cit.*, que, en Chile, las autoridades tienen una idea muy peculiar de lo que implica el diálogo social: una instancia en la que los afectados oyen las explicaciones sobre políticas decididas por el grupo de expertos, antes que incidir realmente en la toma de decisiones.

<sup>59</sup> GOICOVIC DONOSO, 2004.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ LABBÉ, *op. cit.* El imaginario colectivo construido por la memoria histórica de la protesta callejera la identifica con los enfrentamientos entre manifestantes y la policía, en los que se lanzan piedras y bombas molotovs por parte de los manifestantes; y

Podría ser relevante para el análisis jurídico-penal considerar, por ejemplo, que en los siglos XIX y XX, con el proceso de proletarización del campesinado migrante a los centros urbanos, la violencia social adquiere su rasgo característico, situándose en la calle, ámbito propio del quehacer cotidiano, que representa la suntuosidad y simbolismo del poder a la vez que es un espacio de libertad.<sup>61</sup> Que, en las situaciones de conflicto social, las turbas populares se constituían en el centro cívico, cargando contra los locales comerciales, para saquearlos y obtener recursos de subsistencia; contra los recintos que cobijaban al poder; político y económico; contra los medios de transporte público (tranvías), contra el alumbrado y contra los edificios públicos y privados; contra los policías, cuya presencia enardecía los ánimos de los amotinados, agredirla generalmente con objetos contundentes (piedras y palos) y en algunas ocasiones con armas corto-punzantes (cuchillos, estoques, etc.).<sup>62</sup> Que, si bien durante el siglo XX la violencia popular se expresó más en el discurso que en la práctica, debido a que el Estado comenzó un proceso de canalización de demandas que cooptó el movimiento popular,<sup>63</sup> a partir de 1967, por el influjo de la Revolución Cubana, los enfrentamientos sociales violentos se constituyeron como rasgo distintivo de la acción colectiva, asentándose como una práctica sistemática de insurgencia para combatir al régimen de facto tras el golpe de Estado de 1973.<sup>64</sup> También podría ser interesante y necesario compren-

---

se accionan carros lanza-aguas, bombas lacrimógenas y también balas, balines y perdigones compuestos mayormente de acero por el lado de la policía.

<sup>61</sup> GOICOVIC DONOSO, I., “Consideraciones teóricas sobre la violencia social en Chile”. *Última Década*, N° 21, 2004, pp. 121-145.

<sup>62</sup> GOICOVIC DONOSO, *op. cit.* Por mencionar algunos hitos emblemáticos podemos referir el motín de los tranvías de 1888; la huelga de la carne de 1905; el motín urbano de abril de 1957. En estas ocasiones, “y en muchas más que podríamos enumerar, los manifestantes saquearon o intentaron saquear los establecimientos comerciales de la burguesía, atacaron tanto la sede de gobierno como los palacios señoriales en los cuales se regocijaba y ostentaba impudicamente su riqueza la oligarquía, se enfrentaron con las fuerzas represivas del Estado y destruyeron parte del equipamiento u ornamentación pública” en GOICOVIC DONOSO, I., 2011. *La Rebelión Encapuchada*. [En línea] disponible en: <https://rebelion.org/la-rebelion-encapuchada/>.

<sup>63</sup> GOICOVIC DONOSO (2004).

<sup>64</sup> GOICOVIC DONOSO, I., “Temas y debates en la historia de la violencia política en Chile”. *Contenciosa*, N° 3, 2014, pp. 1-16.

der que la violencia en la protesta social ha sido más masiva y recurrente particularmente en sectores populares y pueden reconocerse históricamente tres rasgos distintivos. En primer lugar, se trata de una violencia episódica, tendiendo a aflorar en dos contextos específicos. Uno, en profundas crisis económicas que afectaron las subsistencias colectivas (condición de pobreza, miseria o hambre, demandando mejores condiciones materiales de trabajo y de vida). El otro, en situaciones de crisis políticas profundas que afectan a la legitimidad del régimen en su conjunto y de las relaciones de poder existentes. En segundo lugar, esta violencia es espontánea, en tanto carece de planificación y organización, siendo más una expresión de descontento carente de diseño estratégico y táctico. Por último, es de baja intensidad en tanto métodos e instrumentos. Las armas utilizadas son piedras, palos, adoquines y está presente una *simbología del fuego*, que determina la popularidad de las barricadas y el uso de “mechas” o bombas molotov como modalidades más radicales dentro del repertorio. No hay enfrentamiento armado directo con el aparato represivo.<sup>65</sup>

En fin, más que un afán de delimitar la modulación de la protesta social en Chile, interesa aquí ejercitar un modo de argumentación que atienda al contenido real del fenómeno paradigmático en el que toma lugar hoy la comisión del delito político, consideraciones enteramente necesarias pero ausentes a la hora de valorar adecuadamente dichos actos.

### 3. Aplicabilidad de la categoría hoy

Debe realizarse una aclaración previa: en este intento se incorporarán inevitablemente todas las clases de delincuencia evolutiva, pues no cabe diferenciar el delito político en sentido estricto del delito social<sup>66</sup> y tampoco se diferenciará al delito anarquista en su contenido, pues aquí no se

---

<sup>65</sup> Sobre esto, ver GOICOVIC DONOSO, 2011.

<sup>66</sup> En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*; y Fontecilla, quien si bien opina que no pueden incluirse los delitos sociales en la categoría de los políticos, dice: “con todo, en ambas delincuencias domina la misma naturaleza altruista de los móviles, y esto sólo autorizaría para distinguirlos, conjuntamente, de la delincuencia común y someterlos a un mismo tratamiento jurídico”, citado en JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, 1964.

acepta la limitada visión del que atribuye a todas sus formas el mero afán destructor del Estado, en contraposición al signo fecundo y creador del delito político. Por el contrario, se asume al anarquismo como un proyecto político que, pudiendo tener un diseño táctico y estratégico más o menos acabado, aunque incompatible con el reformismo, carga con finalidades políticas claras, sólo que “distintas de las apetecidas por quienes creen en la necesidad del Estado”.<sup>67</sup>

Es claro que el delito político es, ante todo, una transgresión contra el poder político dominante.<sup>68</sup> Hasta aquí, la conceptualización del delito político implica su comprensión como una acción dirigida objetivamente contra lo que simboliza el poder en cada época y subjetivamente hacia un fin político. En otras palabras, implica un acto que se opone al Estado en general o a determinadas ideologías o regímenes jurídico-políticos vigentes.<sup>69</sup> En un Estado democrático, esto se manifiesta no contra “el Estado mismo y su organización”, idea que por su abstracción es imposible de imaginar siquiera, menos aun cuando el poder no reside en una persona en particular, como en otros tiempos, sino en una compleja red de instituciones políticas y económicas que representan el ejercicio del poder. Por ello, el delito político en democracia ataca sobre todo los símbolos del poder político y del poder económico, pudiendo dirigirse a bancos, grandes tiendas, farmacias, oficinas y bienes públicos, etc. Esto importa la configuración de los elementos objetivos exigidos para el delito político, lo que se ve reforzado por el factor contextual que indica que, tratándose de un momento de agitación social y conflicto político, en tanto pueden razonablemente asociarse a tal contexto, estas acciones poseen un carácter ni más ni menos que *objetivamente* político.

Subjetivamente, la exigencia de móviles, aún utópicos o dirigidos al provecho de las clases populares, permiten extender estas conductas incluso a los delitos complejos y conexos, aunque se cometan con medios violentos. Sobre todo, dada la transversalidad y masividad del movimiento indudablemente dirigido al cuestionamiento de un modelo excluyente, pretendiendo el beneficio de todo el pueblo, es muy difícil argumentar en

---

<sup>67</sup> GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 411.

<sup>68</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, 1963.

<sup>69</sup> CORTÉS MORALES, *op. cit.*; MONTORO BALLESTEROS, *op. cit.*

contra de la existencia de móviles políticos dirigidos a subvertir el sistema político o económico en el sujeto activo, aún se califiquen éstos de utópicos o ineficaces. Se ha aducido contra este criterio que es muy difícil establecer con certeza los móviles determinantes de la acción y que vulnera la objetividad jurídica.<sup>70</sup> Sin embargo, este razonamiento parece olvidar que toda la teoría del delito se construye indagando en el mundo psíquico del autor, creándose numerosas teorías sobre elementos subjetivos del tipo, elementos subjetivos de lo injusto, sobre móviles abyectos o nobles que gradúan la culpabilidad, sobre opciones de delimitación de la culpa con representación y dolo eventual, en fin. Cabe precisar que los móviles del autor no tienen por qué restringirse a la claridad de estar construyendo un determinado proyecto político, bastando la conciencia de obrar en contraposición a un modelo político o económico imperante.

Suele aducirse como argumento para el rechazo de la aplicación del delito político el hecho de no estar positivada en el ordenamiento interno. Esta posición debe rechazarse, primero por insuficiente y, sobre todo, por falaz. Es insuficiente pues que una categoría no esté positivada en nada impide su aplicación si es que su contenido tiene cierta tradición o está bien desarrollado en doctrina. En efecto, tampoco lo están otras categorías elementales como el error de tipo ni de prohibición ni otras clasificaciones doctrinarias del delito que, sin embargo, tienen importantes efectos en las decisiones judiciales (por ejemplo, la clasificación entre delitos de mera actividad o de resultado, que impiden castigar como frustrado un delito de hurto). Estas clasificaciones surgen del estudio mismo de la estructura delictiva, de su injusto específico y de las formas efectivas en las que puede aparecer el acto en la realidad material. Luego, este argumento es falaz pues el reconocimiento de la categoría de delito político encuentra incluso argumentos de texto que suelen menospreciarse, pese a plasmarse en los cuerpos normativos de más alta jerarquía en el ordenamiento. Su existencia no sólo se reconoce por los instrumentos internacionales que versan sobre extradición, sino que la Constitución Política de la República, en su art. 9, inciso tercero, reconoce expresamente la clasificación entre delitos comunes y delitos políticos. A mayor abundamiento, en todo caso, aunque el delito

---

<sup>70</sup> SERRANO PIEDECASAS, *op. cit.*

político no se encontrare reconocido en el Derecho positivo, esto sería indiferente, no tanto ya porque tampoco se reconocen otras clasificaciones doctrinarias en la ley, sino sobre todo porque a estos delitos se les reconoce una “categorización metajurídica”, reconocible en tanto existen delitos de índole política como los de rebelión, sedición, contra la forma del Estado, contra la Constitución, etc.<sup>71</sup>

Si, por tanto, ha de constatarse la existencia de la categoría en el ordenamiento chileno, parece poco responsable y poco riguroso que la doctrina, tras reconocer generalmente la categoría del delito político, luego desatienda absolutamente las consecuencias que de ella se derivan. Se piensa que, en cambio, podría existir un esfuerzo mayor, por parte de quienes se consagran a la elaboración dogmática, en desarrollar estrategias que permitan contener la irracionalidad del ejercicio del poder penal en contra de quienes cometen delitos políticos. Éstos indudablemente poseen relevancia práctica para efectos de procedimientos de extradición y otorgamiento de derecho de asilo, pero, además, podrían tener una serie de otras repercusiones substantivas, procesales y en materia de ejecución de la pena, que sería relevante identificar a objeto de extraer las consecuencias jurídico-penales que lógicamente se derivan de la existencia de esta categoría.

A continuación y a modo de provocación, se concluye tensionando algunas aristas que pueden resultar interesantes en relación con la categoría bajo análisis, con la esperanza de generar un ejercicio de pensamiento, por breve que sea, en torno al tema que nos ocupa. Por ejemplo, ¿podría explorarse la aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 10 (obrar por celo de la justicia)? Aunque parezca escandaloso, se plantea sobre todo considerando que es minoritaria la opinión que refiere la expresión “justicia” a una estricta consonancia con el deseo del orden jurídico; y mayoritaria, en cambio, aquella que la comprende en términos amplios como intención de “dar a cada uno lo suyo” y que considera aplicable la atenuante para el caso del “autor por convicción”, que obra con un ánimo de hacer justicia<sup>72</sup> “posiblemente

---

<sup>71</sup> OLIVER OLMO & LORENZO RUBIO, *op. cit.*

<sup>72</sup> En nuestro medio, sólo alcanzo a ver que, tradicionalmente, en contra ETCHEBERRY, A., 1999. *Derecho penal. Parte general*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. En cambio, son de la opinión de reconocerla al autor por convicción MERA, J., Co-

equivocado, pero no por eso menos respetable. El artículo N° 10 del CP proporciona un recurso valioso para tratarlo equitativamente”.<sup>73</sup> Si bien el delito político es una categoría diversa al autor por convicción, éstas se hallan fuertemente vinculadas y los fundamentos que se esgrimen en su favor permiten también fundamentar su aplicación al delito político.<sup>74</sup>

Luego, frente a la pretensión de aplicar legislación excepcional a delitos políticos, podría entenderse que hay un impedimento serio derivado de la estructura misma del delito que, por la relatividad de su injusto y la comprensión que merecen sus móviles, impide que se aplique una pena incluso mayor que si se tratara de un delito común. Si es posible considerar improcedente, por ejemplo, la configuración de la frustración para la ejecución imperfecta de un delito de hurto, dada su estructuración como delito de mera actividad, aún contra las normas de la Parte general, entonces es que las consideraciones referidas a la estructura propia del delito son capaces de excluir la aplicación de una norma que, a partir de su tenor literal, sería aplicable. También podría intentarse un argumento recurriendo a principios generales del ordenamiento jurídico, como el de igualdad y no discriminación y el de proporcionalidad, en tanto no se está distinguiendo debidamente la benignidad del delito o, incluso, se está distinguiendo, pero al revés de lo que correspondería: asignándole más pena que al delito común.

Respecto de la individualización e imposición de la pena y la determinación de su forma de cumplimiento, debería tenerse presente que, en el delincuente político, las finalidades de corrección y retribución, además de presuponer una superioridad moral del Estado frente a sujetos vistos como

---

mentario al art. 11 N° 10, *Código penal comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 306-308; CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general*. t. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, para quien obrar por justicia es hacerlo por una razón justa, en sentido amplio y genérico, reconociendo su carácter ético y un móvil que opone a los fines egoístas o mezquinos, tal como ocurre con la delincuencia evolutiva.

<sup>73</sup> CURY URZÚA, *op. cit.*, p. 489.

<sup>74</sup> En efecto, esta concepción reconoce el fundamento de la atenuación en la naturaleza particular del móvil, que suscita la aprobación de la comunidad, siendo decisiva la apreciación ético-social del motivo. Ver CURY URZÚA, *op. cit.*



necesitados de corrección o dignos de retribución, carecen absolutamente de sentido, en tanto éste, al igual que el delincuente por convicción, ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino que es alguien que –rebatible o no– piensa de otra manera, un adversario del actual poderío político, a quien ciertamente el Estado pretenderá combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas.<sup>75</sup>

En fin, este trabajo no pretende desarrollar una propuesta dogmática acabada que concrete las posibilidades de aplicación de la categoría del delito político. Reivindicar la existencia y vigencia de la categoría y proponer una forma de actualizar su contenido en relación a la protesta social, considerando especialmente el contexto chileno, es la tarea que se ha propuesto intentar aquí.

## Referencias

- AGUILERA RUIZ, Ó., “Repertorios y ciclos de movilización juvenil en Chile” (200-2012). *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 17, N° 57, 2012, pp. 101-108.
- BENENTE, M., “Criminalización y regularización de la protesta social. El fracaso de la teoría de la democracia deliberativa”. *Lecciones y Ensayos*, N° 95, 2015, pp. 19-44.
- BENJAMIN, W., *Para una crítica de la violencia*. Leviatán, Buenos Aires, 1995.
- CAPELLÀ I ROIG, M., “¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 28, 2014, pp. 1-43.
- CNPPT, 2004. *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, s.l.: Chile, Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.
- CORTÉS MORALES, J., “Los presos de la revuelta y la prisión política”. *Rebellion*, 2020.
- CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

<sup>75</sup> RADBRUCH, *op. cit.*

- EL MOSTRADOR, Balance del Poder Judicial revela explosiva alza: detenciones ilegales subieron 77,7% durante el estallido social. *El Mostrador*, 20-02-2020.
- ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte general*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FERNÁNDEZ LABBÉ, J., “La Protesta Social en Chile (2006-2011): conflicto social y repertorios de acción en torno a los movimientos estudiantil, mapuche y ambiental”. *Estudios/Working Papers*, N° 27, 2013, pp. 1-26.
- GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general*, t. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- GOICOVIC DONOSO, I., “Consideraciones teóricas sobre la violencia social en Chile”. *Última Década*, N° 21, 2004, pp. 121-145.
- GOICOVIC DONOSO, I., *La Rebelión Encapuchada, 2011*. [En línea] Available at: <https://rebellion.org/la-rebelion-encapuchada/>
- GOICOVIC DONOSO, I., “Temas y debates en la historia de la violencia política en Chile”. *Contenciosa*, N° 3, 2014, pp. 1-16.
- GUZMÁN DALBORA, J. L., “El terrorismo como delito común”, en *Terrorismo y Derecho penal*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2015, pp. 401-438.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1963. *Tratado de Derecho Penal*, t. III. Buenos Aires: Losada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., 1964. *Tratado de Derecho Penal*, t. II. Buenos Aires: Losada.
- LORENZO CADARSO, P. *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Siglo XXI, Madrid, 2001.
- LOVERA, D., “Protesta social y derechos humanos”, en *Informe anual sobre Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 55-81.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M., *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI, México D. F., 1987.
- MERA, J., “Comentario al art. 11 N° 10”, en *Código penal comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia*. Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 306-308.
- MONTORO BALLESTEROS, A., “En torno a la idea de delito político”. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, N° 19, 2000, pp. 131-156.
- OLARIETA ALBERDI, J. M., “Transición y represión política”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 70, 1990, pp. 225-262.

- OLIVER OLMO, P. & LORENZO RUBIO, C., “La construcción histórica de los conceptos de “preso político” y “preso social” en la España contemporánea”. *Millars. Espai i Història*, vol. 28, N° 46, 2019, pp. 193-217.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY (PA), *The definition of political prisoner, Resolution 1900*, 2012.
- PÉREZ TORO, W. F., “La difícil aproximación al delito político”. *Estudios políticos*, N° 31, 2007, pp. 43-60.
- RADBRUCH, G., “El delincuente por convicción”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N°7-r4, 2005, pp. 1-5.
- RIVERA BEIRAS, I. & NICOLÁS LAZO, G., “La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea”, en *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 219-254.
- RIVERA, I., “Sobre el concepto y la existencia de presos políticos”. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 15, 2018, pp. 10-18.
- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá, 1984.
- SERRANO-PIEDecasas, J. R., *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. PPU, Barcelona, 1988.
- TILLY, C. *From Mobilization to Revolution*. Random House, Nueva York, 1978.
- VARGAS, C., “La prisión política no acabó con la dictadura”. *Londres*38, 25 05 2020.
- ZAFFARONI, R. E., “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010, pp. 1-15.

