

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
INFORME EN DERECHO
“Algunas modificaciones a la ley N° 18.314”

03-2011/ Febrero

Héctor Hernández Basualto

Consulta sobre la versión original de este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

Informe en Derecho

La Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública me ha pedido que informe en Derecho sobre ciertos alcances de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad¹. En particular se me consulta sobre los siguientes aspectos de la citada ley:

- I. Alcances de la caracterización de delito terrorista conforme al art. 1°.
- II. Sentido de la expresión “delitos de la misma especie” conforme al mismo artículo.
- III. Régimen de *iter criminis* previsto en la ley.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

I. La caracterización legal del delito terrorista

1. Advertencia previa: precisión del problema y adelanto de tesis

Antes de iniciar el análisis dogmático de los requisitos que, de acuerdo con el art. 1°, permiten calificar un hecho como delito terrorista, conviene precisar el objeto exacto de cualquier análisis al respecto, para disipar de antemano posibles malentendidos.

El terrorismo es un fenómeno perteneciente al mundo de la realidad social, no al mundo de las normas jurídicas. Consecuentemente, siendo éste un trabajo de dogmática penal y no de sociología, ciencia política o cualquier otra disciplina del campo de las ciencias sociales, en rigor no tiene por objeto el terrorismo en cuanto tal, sino sólo las normas con las que se pretende tratar jurídico-penalmente dicho fenómeno. Por lo mismo y aunque resulte chocante, en las páginas siguientes – al margen de que puntualmente se asuman de modo expreso o tácito puntos de vista usuales en la caracterización del fenómeno - no interesa lo que el terrorismo *es*, sino exclusivamente *cómo lo define* para sus propios fines el derecho penal vigente en Chile.

Esto es de la mayor importancia, porque de lo contrario, de no distinguirse debidamente los planos, sólo se puede arribar a conclusiones erróneas en el análisis dogmático. Lo relevante no es lo que alguien, ni uno mismo ni aun una amplia mayoría de la población crea que deba ser considerado terrorismo, sino exclusivamente qué es lo que el legislador, bien o mal, ha definido como tal. Sin duda la existencia de una concepción dominante al respecto puede ser una buena vara para medir el acierto del legislador, pero no está en condiciones de suplantarse la decisión adoptada y efectivamente expresada en la ley vigente. Más aún, sólo dilucidando lo que realmente dispone la ley podrá haber claridad respecto de sus méritos y defectos y, con ello, base racional para eventuales modificaciones legislativas.

Pues bien, habiendo realizado ya ese análisis, antes de desarrollar su presentación parece pertinente exponer su conclusión en forma de tesis, como orientación para la lectura de las páginas siguientes. La tesis es que la ley chilena ha adoptado el peor método posible para definir lo que debe entenderse por terrorismo para los fines del derecho penal, asumiendo un criterio subjetivista de muy difícil verificación, no sólo desde un punto de vista

¹ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los de esta ley.

estrictamente probatorio, sino también desde una perspectiva material, pues alude a una finalidad que suele no corresponder a las de quienes, al menos conforme a las representaciones sociales dominantes, cometen actos “terroristas”. Se trataría, en consecuencia, de una ley con un muy escaso potencial de aplicación práctica.

No se escapa al suscrito que esta conclusión puede parecer desconcertante y, en todo caso, que no se corresponde con la opinión que parecería dominante al respecto². Pero al margen de la escasez de estudios dogmáticos sobre el particular, esto se puede explicar porque ha primado la intuición no comprobada de que la ley no ha podido definir el terrorismo sino como se le entiende popularmente, a lo que ha contribuido por largos años una presunción legal de “finalidad terrorista” que nubla las opciones subjetivistas de la ley. Sin embargo, con la reciente supresión de dicha presunción mediante la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, no parece posible seguir negando la orientación subjetivista de la ley ni las consecuencias prácticas de la misma.

Esto sugiere sin duda la necesidad de rectificar interpretativamente semejante estado de cosas, en concreto por la vía de objetivizar la finalidad exigida por la ley. Esto es probablemente lo que, de modo tal vez inconsciente, se ha hecho en la práctica con la ley. Sin embargo, mantenida consistentemente y hasta sus últimas consecuencias, esa “rectificación” conduce a una objetivización en virtud de la cual caerían bajo el concepto de terrorismo conductas que, como es el caso, por ejemplo, de un homicida en serie, conforme a las mismas comprensiones habituales constituyen mera delincuencia común y no terrorismo. Entre el defecto y el exceso aquí se prefiere el defecto, tanto porque es el riesgo más favorable para los potenciales imputados, como porque, además, se sabe que aun decayendo la calificación como delito terrorista las conductas en cuestión son punibles sin excepción y las más de las veces ya con penas severas. Si el legislador quiere más debe proceder a enmendar las leyes que ha producido sobre la materia.

A continuación se desarrolla brevemente la tesis, mostrando primero la evolución de la legislación chilena sobre el punto, para pasar luego a las consecuencias dogmáticas del punto de llegada de dicha evolución.

2. Objetivismo vs. subjetivismo en la evolución de la legislación chilena

Todos los ordenamientos jurídicos que pretenden recoger el fenómeno del terrorismo en uno o más tipos penales específicos, esto es, en un “delito terrorista”, se enfrentan a la

² Si bien esto último es pura percepción, pues en nuestro medio no abundan los estudios dogmáticos específicos sobre el tema. Quien más ha escrito entre nosotros sobre el tratamiento jurídico-penal del terrorismo, la única tal vez desde comienzos de los 90, es Myrna Villegas (además de sus tesis inéditas de Licenciatura y Doctorado, que no se han tenido a la vista, véase Villegas, Myrna: Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo en España y Chile, Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 7 [2003], 25-62; *la misma*: Terrorismo ¿crimen organizado? Análisis comparado, Anales de la Universidad de Chile, Año 2004, N° 1, 227-248; *la misma*: Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los Derechos Humanos, en Martinic, María Dora [coordinadora]: Nuevas tendencias del derecho, LexisNexis, Santiago 2004, pp. 95-127; *la misma*: Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Política Criminal N° 2 [2006], A3, 1-31; *la misma*: El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, en *la misma* [coordinadora]: Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad, in memoriam Eduardo Novoa Monreal, Universidad Central, Santiago 2007, pp. 423-464), quien, sin embargo, sólo en el último trabajo citado aborda específicamente los requisitos del art. 1º, con conclusiones que, como se verá, aquí no se comparten.

disyuntiva de caracterizarlo atendiendo a las *características y circunstancias* objetivas del hecho (medios empleados, grado de organización delictiva, gravedad y extensión de los resultados, etc.), a los propósitos o *finés* perseguidos por los autores (reemplazo del régimen político, secesión territorial, etc.). A la primera opción la llamamos aquí *objetivismo*, a la segunda *subjetivismo*. Aparentemente es a través de la combinación de ambas perspectivas que se puede lograr una definición más precisa y operativa del concepto, lo que, como se verá, no es el caso en Chile.

La evolución de la legislación chilena al respecto muestra con toda nitidez la tensión permanente entre objetivismo y subjetivismo:

El proyecto original del Ejecutivo de lo que llegaría ser la Ley N° 18.314, de 17 de mayo de 1984, contenía en su art. 1° un tipo general de conducta terrorista (cuya pena se extraía del art. 5°) que *combinaba* alternativamente elementos tanto objetivos como subjetivos. El precepto rezaba:

“Son conductas terroristas las acciones u omisiones constitutivas de crimen o simple delito realizadas para crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella o ejecutada mediante actos atroces o crueles, con un fin revolucionario o subversivo”.

Al mismo tiempo, sin embargo, para hacer operativo el tipo genérico se consagraban presunciones respecto de las finalidades exigidas (arts. 2° y 3°), a la vez que se establecía un largo listado de delitos que podrían calificarse de “objetivamente terroristas” (art. 4°), toda vez que se sancionaban como tales al margen de cualquier motivación o medio. La amplitud del art. 1° y la complejidad general de la estructura propuesta llevó a que en el texto definitivo de la Ley N° 18.314 se optara por eliminar el tipo general (y las presunciones asociadas) y mantener un catálogo extenso de conductas que constituían delito terrorista *per se* (el encabezado del art. 1° que abría el catálogo simplemente rezaba: “[c]ometen delito terrorista”), sin ninguna referencia a alguna exigencia genéricamente válida para todas ellas³.

En ese contexto era manifiesta la preeminencia de consideraciones estrictamente objetivas. Sólo marginalmente se exigía una finalidad especial, como era el caso paradigmático de la conducta de destrucción, inutilización o paralización de medios de transporte marítimo, aéreo o terrestre, que requería haber obrado “con un fin revolucionario o subversivo” (N° 9). Lo normal era que bastara la mera realización dolosa de ciertas conductas consideradas objetivamente. Así, por ejemplo, cometían delito terrorista sin más los que atentaban contra cierta categoría de personas (N° 1, N° 2 y N° 5 respecto del delito de secuestro), los que cometieran delito empleando armas automáticas o especiales (N° 3), los atentados de diverso tipo contra aeronaves (N° 4), los que colocaran o lanzaran artefactos explosivos en ciertos lugares o enviaran encomiendas explosivas (N° 6 y N° 10), los que atentaban contra vías de comunicación u obras similares o envenenaban alimentos, medicamentos o aguas (N° 7 y N° 8), los que se asociaban u organizaban para cometer delitos terroristas o impartieran o recibieran instrucción para cometerlos (N° 11 y N° 14), así como quienes

³ Una detallada revisión de la génesis de la Ley N° 18.314 en general y del concepto de delito terrorista en particular se puede ver en *Pickering*, Guillermo: Terrorismo, aspectos jurídicos, políticos y militares, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago 1988, p. 59 y ss. (el proyecto del Ejecutivo en p. 228 y ss.); sobre ello también *Del Barrio*, Álvaro / *León*, José Julio: Terrorismo, ley antiterrorista y Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago 1991, p. 231 y ss.

incitaran públicamente a la comisión de delitos terroristas o hicieran apología de los mismos (Nº 12 y Nº 13), entre otras conductas.

Particularmente interesante para los fines de este informe es que también la idea de provocación de un “grave temor en la población o en una parte de ella” se recogía a través de formulaciones objetivas y no como una finalidad subjetiva. Es lo que se aprecia con nitidez de la revisión del Nº 15 y del Nº 16 del texto original, que rezaban, respectivamente:

“15. Los que amenazaren seriamente con cometer alguno de los delitos a que se refiere este artículo, que cree o pueda crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, o para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona, y

“16. Los que provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de hechos terroristas falsos”.

Esta orientación objetiva no varía con las modificaciones de último momento introducidas por la Junta de Gobierno *ad portas* del restablecimiento de la democracia, mediante Ley Nº 18.937, de 22 de febrero de 1990. La ley se limitó a reducir drásticamente el catálogo de conductas terroristas, pero no se modificó la técnica de calificación: siguió tratándose de conductas consideradas terroristas por su propio mérito, manteniéndose la preeminencia de las consideraciones objetivas por sobre las subjetivas.

Es recién con la Ley Nº 19.027, de 24 de enero de 1991 (una de las “Leyes Cumplido”), que se da el giro hacia una definición subjetivista del delito terrorista, si bien de forma morosa y hasta imprevista. Aunque el proyecto original de reforma de 1990 apuntaba decididamente por una caracterización subjetiva al exigir, junto con un atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas “por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado”, que esto ocurriera necesariamente “con el objeto de causar temor a una parte o toda la población”⁴, durante la tramitación del mismo reapareció una y otra vez con fuerza la orientación objetivista. Así, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se acordó que constituirían delito terrorista los delitos enumerados en un nuevo art. 1º a) cuando concurrieran tres circunstancias alternativas, una de las cuales al menos (la 2º) era de claro sentido objetivo. Tales circunstancias alternativas eran las siguientes:

“1º. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría determinado de personas.

“2º. Que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si estas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente como si se intimida verosímilmente con su uso.

“3º. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

⁴ Mensaje de 11 de marzo de 1990, Historia de la Ley Nº 19.027, pp. 5, 7 y s. El art. 1º previsto por el proyecto se limitaba a caracterizar el delito terrorista en los siguientes términos: “Constituirá conducta terrorista atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población”.

Más relevante aún, se alcanzó a prever un nuevo art. 1º b) conforme al cual serían siempre delitos terroristas, esto es, sin necesidad de que concurriera ninguna circunstancia adicional, una serie de delitos tales como el atentado contra el Jefe de Estado, entre otras personas, con lo que quedaba en claro la pervivencia del criterio objetivo⁵. Este compromiso se ve ratificado por el texto aprobado para el Segundo Informe de la Comisión, donde se mantienen delitos que podrían calificarse de “objetivamente terroristas” (Nº 2 a Nº 6 del art. 1º), si bien respecto del núcleo de delitos comunes a que se refiere el Nº 1 se consolida el papel del elemento subjetivo, en los siguientes términos:

“siempre que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría determinado de personas, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, como cometer el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos, sea que el delito se cometa para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”⁶.

El paso decisivo se dio en el Senado, donde a primera vista sólo se habría reorganizado el art. 1º. De hecho en el Informe de la Comisión del Senado se lee que “(s)e optó así por una fórmula ecléctica que combina la proposición inicial del mensaje, en orden a formular una definición conceptual del delito terrorista, con la alternativa sustentada por la Cámara de origen, que adopta el modelo ejemplarizador del texto vigente”⁷, al parecer sin sopesar suficientemente que el cambio era mayúsculo al preverse que respecto de *todos los delitos* mencionados en el art. 2º, esto es, también respecto de aquéllos que se consideraban “objetivamente terroristas”, se requeriría ahora que reunieran alguna de las circunstancias del art. 1º, con lo cual se consagraba totalmente el modelo subjetivista. Pues, en efecto, las características definitorias previstas en el art. 1º eran las siguientes:

“1º. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

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

“2º. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Como se aprecia, la vocación objetivista de los orígenes sólo subsiste - y de un modo bastante peculiar - en la forma de una presunción simplemente legal (“salvo que conste lo contrario”) de concurrencia de la finalidad de producir temor en la población cuando los

⁵ Véase Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 26 de junio de 1990, Historia de la Ley Nº 19.027, p. 36 y ss.

⁶ Véase Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 25 de julio de 1990, Historia de la Ley Nº 19.027, p. 72 y s.

⁷ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 14 de noviembre de 1990, Historia de la Ley Nº 19.027, pp. 107 y 111.

delitos en cuestión se hayan cometido a través de medios de gran poder destructivo. Y si bien no puede despreciarse el efecto práctico de esta presunción, que en los hechos, como luego se verá, mantuvo oculto el giro de la legislación, ésta no altera los alcances sustantivos de la definición de delito terrorista, sino sólo la situación probatoria, poniendo de parte de los imputados la carga de demostrar el hecho negativo de no obrar con dicha finalidad, generalmente por la vía de demostrar otros fines distintos. Desde un punto de vista conceptual no era más que un resabio de un modelo que había dejado de tener vigencia.

Y este resabio acaba de ser suprimido definitivamente mediante la reciente Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, que elimina la mencionada presunción y subordina el propósito de arrancar decisiones o imponer exigencias al mismo propósito general de generar temor en la población. El nuevo art. 1° dispone lo siguiente:

“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Respecto de lo primero, el Mensaje del Ejecutivo expresa que la supresión se verifica

“para concordar la normativa que se modifica con el principio de presunción de inocencia, se elimina la presunción contenida en el inciso segundo del artículo primero de la ley N° 18.314 y, que bajo ciertas circunstancias, presupone la finalidad de amedrentamiento propia de esta clase de delitos”⁸.

Y respecto de lo segundo las razones no pueden ser más claras en el sentido de reafirmar el sentido subjetivista del concepto de delito terrorista. Así, se lee:

“El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad. Es en virtud de lo anterior que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que esa finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista”⁹.

De este modo, como se puede ver, la larga pugna entre una caracterización objetivista y otra subjetivista del delito terrorista en la legislación chilena se ha resuelto en definitiva en favor de una radical opción subjetivista, opción que, como en seguida se verá, tiene muy importantes consecuencias interpretativas.

3. Los alcances de la exigencia subjetiva y la difícil aplicación de la ley antiterrorista

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” constituye un *elemento subjetivo del tipo o del injusto* distinto del dolo, toda vez que va más allá de las exigencias objetivas del tipo¹⁰. No

⁸ Mensaje de 12 de septiembre de 2010, Historia de la Ley N° 20.467, p. 6.

⁹ Mensaje, Historia de la Ley N° 20.467, p. 5.

¹⁰ Sobre los elementos subjetivos del tipo, por todos, *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 192 y ss. Comparte que se trata de un elemento subjetivo del tipo o del injusto *Villegas*, El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, p. 438 con nota 56.

es necesario entonces que efectivamente se provoque ese temor, pero sólo la persecución del mismo le confiere a la conducta el carácter de delito terrorista.

La consecuencia indudable del reconocimiento del elemento subjetivo del tipo es que la caracterización como delito terrorista no es posible cuando respecto de ese eventual efecto de temor en la población se obra sólo con dolo eventual¹¹. Más aún, conforme a una extendida opinión en la discusión comparada¹², los elementos subjetivos del tipo responden al esquema de exigencias del llamado dolo directo *de primer grado* o intención, esto es, con total preeminencia del elemento *volitivo* por sobre el cognoscitivo, de modo que ni aun conocimiento seguro (dolo directo *de segundo grado* o de las consecuencias necesarias) en cuanto a los efectos de la conducta satisfaría la exigencia si es que falta el propósito especial¹³. Esto último es desde luego discutible, al menos en cuanto a que rija absolutamente para todos los tipos con elementos subjetivos trascendentes al dolo¹⁴, pero lo cierto es que en relación con un propósito tan difícil de controlar o medir como es un estado psicológico no ya individual sino de parte de la población hablar de la previsión de “consecuencias necesarias” simplemente no es posible, con lo cual en términos prácticos sólo cabe establecer el propósito positivo de provocar dicho efecto.

Esto implica que si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o en parte de la población, aun cuando en los hechos efectivamente provoque ese efecto y aun cuando sus fines sean tanto o más reprobables, no es posible aplicar en la especie la legislación especial antiterrorista.

Las consecuencias probatorias de esta conclusión son más o menos evidentes: se debe acreditar más allá de toda duda razonable no ya sólo que el agente conocía (y aceptaba) positivamente el posible efecto atemorizador de sus conductas en la población o en una parte de ella, sino que dicho efecto era precisamente lo que perseguía. Y esto será particularmente arduo en la práctica, atendida la multiplicidad de fines que se pueden asociar a la actuación delictiva. De ahí que en la doctrina se haya destacado reiteradamente la inconveniencia de gravar la definición de delito terrorista con la prueba de un elemento subjetivo¹⁵.

Adicionalmente, sin embargo, conviene llamar la atención todavía sobre un aspecto sustantivo asociado a la exigencia subjetiva que dificulta aún más las ya reducidas posibilidades de aplicación del estatuto legal especial. Si el propósito relevante para la ley chilena fuera la alteración del orden público o de la tranquilidad o paz pública, el atentado contra la autoridad o el poder estatal o, en fin, la subversión del orden constitucional, probablemente los desafíos que impone el elemento subjetivo del tipo serían más

¹¹ Posición unánime. Véase por todos *Politoff / Matus / Ramírez*, PG, p. 194.

¹² Al parecer no existen pronunciamientos al respecto en la literatura chilena.

¹³ Así *Warda*, Heinz-Günter: Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1 (4); *Jakobs*, Günther: Strafrecht AT, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin – New York 1991, 8/15; véase también *Samson*, Erich: Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 449 (452).

¹⁴ Véase al respecto el exhaustivo y diferenciado trabajo de *Gehrig*, Klaus: Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, Duncker & Humblot, Berlin 1986, *passim*.

¹⁵ Por sólo mencionar autores chilenos, *García*, Gonzalo: Tratamiento legal del terrorismo en la legislación comparada, en *Frühling*, Hugo (editor): El Estado frente al terrorismo, CED, Santiago 1995, p. 59; *Villegas*, Política Criminal N° 2 (2006), A3, 1 (12), ambos con referencias.

abordables. Pero cuando se elige una finalidad que, en cuanto ideológicamente neutra, no es en absoluto inherente a la actividad de grupos caracterizados habitualmente como terroristas, las posibilidades de aplicación práctica de la ley quedan adicional y gravemente comprometidas.

En efecto, como bien se ha dicho, *toda actividad delictiva* puede provocar en la víctima misma y en los demás un justo temor de ser víctima de un delito similar¹⁶. No es otra cosa lo que expresan las encuestas que miden la inseguridad de la población y que subyace a las tendencias de “mano dura” o “tolerancia cero” frente a la delincuencia que han orientado nuestra discusión en materia de seguridad pública en los últimos años. De tal modo que si dicho efecto se hubiese considerado como un *elemento objetivo* de la definición de delito terrorista se hubiera asistido al absurdo de tener que sostener que el violador o asesino en serie, pero también los “lanzas” de ciertas esquinas de la ciudad incurren en conductas terroristas.

Por cierto la ley no incurre en ese error, pero al erigir dicho elemento en *exigencia subjetiva* del delito terrorista probablemente ha incurrido en un despropósito aún mayor. Porque, bien visto, se trata de una finalidad que en los hechos difícilmente presidirá la actividad delictiva. Por una parte, los delincuentes “comunes” simplemente quieren satisfacer ciertos deseos o necesidades, en caso alguno generar un temor en la población que con seguridad sólo les puede resultar contraproducente, sea porque las potenciales víctimas pueden tomar más resguardos ante su actividad, porque la acción policial se puede ver intensificada por efecto de mayores demandas ciudadanas o porque, en fin, se pueden endurecer las leyes a su respecto, entre otras posibilidades. Y si bien una de las grandes diferencias entre delincuencia común y delincuencia terrorista es que mientras aquélla busca el anonimato ésta busca la publicidad¹⁷, lo cierto es que sus fines suelen ser otros, no precisamente provocar temor en las potenciales víctimas, aun cuando ése sea el efecto directo de su actividad.

Ciertamente el propósito político que guía la acción terrorista puede expresarse en un determinado tipo de delitos con un círculo de víctimas potenciales relativamente acotado, con lo cual, sin duda, se puede crear un justo temor en ellas. Así, por ejemplo, si la actividad delictiva consiste en matar carabineros, en secuestrar empresarios o en destruir maquinaria agrícola, es evidente que dicha actividad pueda provocar un justo temor en carabineros, empresarios o agricultores de ser víctimas de delitos de la misma especie. Pero ése no es el punto desde una perspectiva legal, sino si ésa es precisamente *la finalidad* de la actividad delictiva, y todo parece indicar que por regla general no será ése el caso. Lo normal será que aunque se provoque objetivamente temor en parte de la población los fines perseguidos sean otros, los que en algunos casos se agotarán en la comisión misma del delito, pero que aún cuando éste tenga un sentido simbólico y comunicativo su verdadero destinatario no sean las víctimas reales o potenciales sino un tercero, por regla general el Estado.

Esto es así porque, como bien ha destacado *Villegas*, en la dinámica de la actividad terrorista el temor de la población no es nunca un fin, sino en el mejor de los casos un

¹⁶ Así, entre muchos, *Rivacoba*, Manuel de: La persecución penal del terrorismo en Chile, *Doctrina Penal*, año 2 (1979), 779 (783).

¹⁷ Al respecto, por muchos, *Villegas*, *Terrorismo ¿crimen organizado?*, 227 (237 y ss.).

medio para la consecución de sus verdaderas finalidades políticas¹⁸. En lo que discrepamos con esta autora es en que no advierta que en el plano legal aquello que es *medio* ha sido erigido en finalidad subjetiva - en *la única* finalidad subjetiva relevante, que debe ser acreditada a pesar de todas sus dificultades - de modo que no es más una mera circunstancia objetiva más o menos fácil de acreditar. Sus críticas - por cierto atendibles - contra un concepto brutalmente objetivista basado sin más en el efecto de alarma pública o temor¹⁹ no hacen más que afianzar un concepto de ese tipo, pues asumen que para la ley chilena bastaría con la comprobación objetiva de ese efecto en la población, lo que, según se ha venido argumentando, no es el caso.

En otras palabras, lo que se quiere decir es que la ley chilena padece de un defecto fundamental, pues al margen de las dificultades sustantivas y probatorias que acarrea la introducción de un elemento subjetivo del tipo, le asigna relevancia decisiva como objeto del mismo a un propósito que sólo se dará casualmente, porque no coincide con las finalidades políticas habituales de la actividad terrorista.

No es casual, entonces, que en el derecho comparado los ordenamientos que contemplan exigencias subjetivas en materia de terrorismo fijen como objeto de las mismas fines de claro contenido político, o en todo caso mucho más genéricos, no asociados a un determinado efecto psicológico en las personas. Así, por ejemplo, en el caso del derecho *español*, se habla de la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (art. 571 CP); en el derecho *italiano* se habla de fines de “subversión [*eversione*] del orden democrático” (arts. 270 bis, 280, 289 bis CP); en el derecho *francés* se exige que los hechos sean cometidos “con el fin de perturbar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror” (arts. 421-1 y 421-2 CP). Es interesante para nuestro análisis el caso tanto del derecho *austriaco* como del derecho *portugués*, que consideran, tal como la ley chilena, el propósito de atemorizar a la población, pero sólo como uno más entre una serie de otros propósitos mucho más amplios. En efecto, el § 278 c del Código austriaco define como delito terrorista una serie de delitos

“cuando el hecho sea idóneo para provocar una alteración grave o de larga duración de la vida pública o un daño grave de la vida económica y se cometa con el propósito de atemorizar gravemente a la población, de forzar a instituciones públicas o a una organización internacional a una acción, a un acto de tolerancia o a una omisión, o de comprometer gravemente o destruir los fundamentos políticos, constitucionales, económicos o sociales de un Estado o de una organización internacional”.

En tanto que los arts. 300 y 301 del Código portugués exigen que mediante la práctica de ciertos crímenes se persiga el propósito de

“perjudicar la integridad o la independencia nacional, impedir, alterar o subvertir el funcionamiento de las instituciones del Estado previstas en la Constitución, forzar a las autoridades públicas a practicar un acto, a abstenerse de practicarlo o a tolerar que se practique, o incluso intimidar a ciertas personas, grupo de personas o a la población en general”.

No es difícil adivinar a partir de esta comparación que las posibilidades de aplicación de una ley con una exigencia subjetiva tan restrictiva como es la chilena debieran ser bastante más limitadas. En esto el legislador chileno ha sido víctima del propósito consciente o inconsciente de negarle *carácter político* a los delitos terroristas, precisamente para excluir

¹⁸ Villegas, El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, p. 439.

¹⁹ Villegas, El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, p. 439.

a su respecto los beneficios que tradicionalmente se le han reconocido a esa clase de delitos, en lo que se conoce como la “despolitización del delito terrorista”²⁰. Y así, mientras otras legislaciones sólo consideran elementos objetivos en la definición, en el caso chileno se optó por incluir una finalidad políticamente neutra que ciertamente logra ese objetivo, pero a costa de condenar a la legislación construida a su alrededor en buena medida a la inutilidad.

Siendo esto así surge, sin embargo, la pregunta obvia en cuanto a cómo ha sido posible que no obstante estas importantes limitaciones la ley se haya podido aplicar sin grandes dificultades durante los últimos veinte años. La respuesta es relativamente sencilla y dice relación con la presunción que al respecto contemplaba el inciso segundo del art. 1º, pues no obstante tratarse de una presunción simplemente legal y que en modo alguno alteraba el objeto preciso de la finalidad exigida por la ley, esto es, la de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, la presunción permitía concentrarse en sus presupuestos objetivos, quedando la defensa con la carga de desvirtuarla, lo que o no se intentaba o simplemente no se conseguía. De este modo, los tribunales antes y el Ministerio Público después en rigor no han necesitado preocuparse mayormente de acreditar la finalidad específica exigida por la ley, bastándoles con la prueba de los presupuestos de la presunción. Así, es notorio, por ejemplo, cómo en procesos emblemáticos del llamado conflicto mapuche ni siquiera se haya mencionado como un punto de prueba dicha finalidad²¹, en tanto que en otros la misma haya sido afirmada retóricamente sin mayores antecedentes, por mera aplicación de una representación popular de lo que es el terrorismo, pero sin apego en la letra de la ley²². De este modo y gracias a la presunción, en los hechos la ley ha venido operando con un concepto objetivista.

Con el nuevo escenario legal, sin embargo, esto ha cambiado definitivamente. Por mucho que la ley vincule el temor que se busca provocar con elementos objetivos tales como “la naturaleza y efectos de los medios empleados”, “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas” o la circunstancia de haberse cometido “para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, no se altera en nada el hecho de que lo que se debe probar a partir de esos posibles indicios es la precisa *finalidad* del agente y no el temor de la población o la justificación del mismo. Al eliminarse la presunción esta posible confusión pierde todo sustento y quedan en evidencia las dificultades tanto sustantivas como probatorias de aplicación de la Ley N° 18.314.

²⁰ Al respecto, por todos, *Lamarca Pérez*, Carmen: Tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, p. 79 y ss.; cabe destacar, como hace la autora, que el objetivo de limitar los beneficios del delito político se logra en todo caso también por otras vías. Para el caso chileno, en el contexto de las “Leyes Cumplido”, *Villegas*, El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, p. 437 y s.

²¹ Véase al respecto, a modo ejemplar, el exhaustivo comentario de jurisprudencia de *Vial*, Jorge: Nuevo proceso penal y terrorismo (SCS de 2 de julio de 2003, “Ministerio Público y otro contra Huenteequeo Pichún Paillalao Pascual y otros”), *Revista Chilena de Derecho* Vol. 32 N° 3 (2005), 475 y ss., donde no obstante insistirse en las dificultades probatorias del delito terrorista no se dedica una sola línea a la prueba del elemento subjetivo del tipo, incurriendo en el mismo defecto en que incurre la sentencia comentada.

²² Como ocurre con las resoluciones judiciales en torno al conflicto mapuche citadas por *Villegas*, El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche, p. 440 y ss.

II. Sentido de la expresión “delitos de la misma especie” en el art. 1º

Como se ha dicho precedentemente, el temor que se debe buscar provocar en la población o en una parte de ella para la calificación del hecho como delito terrorista es el temor de ser víctima de “delitos de la misma especie”, con lo cual se impone la necesidad de precisar el alcance de este último concepto.

Desde luego no puede estar en discusión que los “delitos de la misma especie” son precisamente los *delitos terroristas* a que se refiere el art. 2º. La cuestión es qué debe entenderse por tal, teniendo en cuenta que el mencionado art. 2º emplea dos técnicas diferentes para indicar las conductas que, de mediar en el caso concreto el requisito subjetivo previsto en el art. 1º, constituyen delito terrorista.

En efecto, por un lado la ley se *remite* nominalmente a ciertas figuras delictivas tipificadas en el Código Penal o en leyes especiales, con individualización expresa del precepto específico que las contiene. Tal es el caso de la remisión expresa en el Nº 1 a los delitos de homicidio (art. 391 CP), de mutilaciones y lesiones graves (arts. 395 a 398 CP), de secuestro o sustracción de menores (arts. 141 y 142 CP), de envío de cartas o encomiendas explosivas (art. 403 bis CP), de incendio y estragos (arts. 474, 475, 476 y 480 CP), contra la salud pública (313 d], 315 y 316 CP), de descarrilamiento (arts. 105 a 108 Ley General de Ferrocarriles) y en el Nº 5 a la asociación ilícita para la comisión de delitos terroristas, caso para en cual la mención de las disposiciones legales específicas (arts. 293 y 294 CP) se encuentra en el inciso final del art. 3º. Lo mismo rige, si bien con matices que se abordarán más abajo, para la hipótesis del Nº 3.

Por otro lado, en cambio, en los restantes casos la ley no se remite a ninguna tipificación especial, sino que describe directamente una conducta y la define como terrorista, como es el caso en el Nº 2, donde se menciona la conducta de “(a)poderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”, y en el Nº 4, que se hace cargo de la conducta de “(c)olocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”. Respecto de este segundo mecanismo técnico podría pensarse que, si bien de un modo ambiguo, la ley también se está remitiendo a las tipificaciones del Código Penal o de leyes especiales en las que sean subsumibles – y en esa exacta medida – las conductas descritas en cada caso. Más convincente resulta, sin embargo, la lectura de estas hipótesis como *tipificaciones autónomas*, propias de la legislación antiterrorista. En ausencia de remisión es lo que se desprende del encabezado del art. 2º que dispone que tales conductas “[c]onstituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior”, lo que se ve reforzado por otras disposiciones que se refieren expresamente a los “delitos” enumerados o señalados en el art. 2º, sin distinguir entre los distintos numerales del mismo (arts. 1 y 3º), en tanto que su pena está prevista también autónomamente en los incisos segundo y tercero del art. 3º. En consecuencia a cada una de estas figuras, en cuanto tipificaciones autónomas, les son aplicables las disposiciones generales que rigen para todo delito. Es posible, sin duda, que las conductas concretas en cuestión sean también subsumibles en otras tipificaciones, pero en ese caso se tratará simplemente de un concurso, genuino o aparente, debiendo resolverse en este último

supuesto en favor de la disposición de la Ley N° 18.314 por *especialidad*, cuando menos desde un punto de vista subjetivo.

Volviendo a la primera técnica de calificación vía remisión, el caso más complejo, pero que sin duda responde al mismo modelo - atendido que la ley no dispone directamente una pena, sino sólo un aumento de entre uno a tres grados de la pena prevista en el Código o en la respectiva ley especial (inciso primero del art. 3°) - es el del N° 3, referido al “atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos”. La complejidad viene dada porque habrá de verificarse en cada caso si se dan o no los requisitos de las *distintas figuras de atentado* contra la autoridad que prevé nuestra legislación y de resolverse el posible concurso aparente de leyes que surja entre ellas.

Desde luego vienen en consideración los delitos previstos y sancionados en los arts. 261 y 262 CP, del siguiente tenor:

“Art. 261. Cometan atentado contra la autoridad:

1° Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los artículos 121 y 126.

2° Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo.

“Art. 262. Los atentados a que se refiere el artículo anterior serán castigados con la pena de reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince unidades tributarias mensuales, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1° Si la agresión se verifica a mano armada.

2° Si los delincuentes pusieron manos en la autoridad o en las personas que acudieron a su auxilio.

3° Si por consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes.

“Sin estas circunstancias la pena será reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

“Para determinar si la agresión se verifica a mano armada se estará a lo dispuesto en el artículo 132”.

En particular, en la medida en que la remisión de la Ley N° 18.314 es al atentado contra la vida o integridad corporal de personas determinadas, no debería ser mayormente relevante el llamado “atentado impropio” del art. 261 N° 1 CP, forma atenuada - en cuanto no requiere alzamiento público - de rebelión (art. 121 CP) o sedición (art. 126 CP) que, al menos según una línea interpretativa, no se dirige contra personas o autoridades determinadas²³ y que, además, exige en el plano subjetivo la persecución de los fines

²³ Mientras subsistió la figura en el Código español (como art. 231 del Código de 1973) primaba en la literatura peninsular la tesis de que el tipo sólo era aplicable cuando se actuaba contra personas que precisamente *no constituyeran autoridad* (por todos *Córdoba Roda*, Juan: Comentarios al Código Penal, Ariel, Barcelona-Caracas-México 1978, T. III, p. 488), tesis discutible y que ha sido implícitamente rechazada en Chile (*Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 262 y s.), pero que, en caso de no ser acogida, torna superflua la tipificación a la luz de la figura del N° 2, que es explícita en ese sentido y menos exigente en el plano subjetivo, con igual pena. De ahí que, hasta donde se alcanza a ver, jamás haya tenido aplicación jurisprudencial.

propios de la rebelión o de la sedición, esto es, promover la guerra civil, cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno, privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, o bien impedir la promulgación o ejecución de las leyes o la libre celebración de una elección popular, coartar el ejercicio de las atribuciones o la ejecución de las providencias de cualquiera de los poderes constitucionales, arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en pertenencias del Estado o de alguna corporación pública. A condición de que se cumpla esta exigencia subjetiva y que se acepte que puede estar referida a cualquier tipo de víctima, la hipótesis del art. 261 N° 1 CP sólo parece relevante para capturar los atentados contra quienes no son autoridad ni agente de la misma en los términos del N° 2 del mismo artículo.

Porque el principal problema de la remisión a la figura menos exigente del N° 2 del art. 261 CP radica en que ésta está referida a un círculo de personas más estrecho que el que pretende el N° 3 del art. 2°, pues, al margen de las discusiones que existen al respecto, al menos existe pleno acuerdo en cuanto a que por “autoridad pública” y por “sus agentes” debe entenderse necesariamente *empleados públicos*²⁴, con lo cual sin duda no quedan cubiertas las autoridades eclesiásticas ni, en principio, las personas protegidas internacionalmente.

Por otro lado, viene en consideración el delito previsto y sancionado en el art. 5° a) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado²⁵, del siguiente tenor:

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

“En los casos en que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

“Las mismas penas señaladas en el inciso anterior se aplicarán si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de la persona en él indicada”.

Este precepto no conoce limitaciones en cuanto a las personas contra cuya vida o integridad física puede atentarse de modo típico – en tanto que la regulación del inciso segundo,

²⁴ *Del Río*, J. Raimundo: Derecho penal, Nascimento, Santiago 1935, T. III, p. 217; *Labatut*, Gustavo: Derecho penal, T. II, 7° edición a cargo de Julio *Zenteno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 98; *Etcheberry*, T. IV, p. 264.

²⁵ Se podría objetar que la remisión del art. 2 N° 3 es al delito específico de “atentado contra la autoridad” y no contra un tipo genérico de atentado como sería éste. Contra esa lectura se opone decisivamente, sin embargo, la circunstancia de que para los efectos de determinar la pena aplicable a los delitos del N° 1 y del N° 3 del art. 2°, la ley no se remita sólo al Código Penal sino también, expresamente, a la Ley N° 12.927 (art. 3°), remisión esta última que sólo tiene sentido respecto del delito de atentado. Por lo demás, aunque no expresamente, la referencia específica a la autoridad parece recogida en el inciso segundo del precepto en cuestión, sin contar con que es la única disposición aplicable sin dudas – la otra sería, y sólo eventualmente, la del N° 1 del art. 261 CP – respecto de las autoridades eclesiásticas y de las personas internacionalmente protegidas, expresamente mencionadas en el N° 3 del art. 2°.

referida a los atentados específicos en razón del cargo impediría considerar que el art. 261 N° 2 CP fuera *lex specialis* a su respecto, al margen del contrasentido penológico que ello implicaría – pero sí una importante exigencia subjetiva, consistente en que la conducta esté presidida por el propósito específico de alterar el orden constitucional o la seguridad pública. Adicionalmente, cualquier consideración de este artículo supone previa “denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada” (art. 26 Ley N° 12.927).

Si en el caso concreto debe venir en consideración alguna de las figuras de los arts. 261 y 262 CP o el tipo del art. 5° a) Ley N° 12.927 dependerá de cuál de las normas en cuestión, junto con capturar íntegramente el contenido de injusto del hecho, aparezca como especial respecto del resto, en razón de los tipos de víctima que considera así como de sus exigencias subjetivas o procesales.

Ahora bien, una vez determinada cuál ha de ser la figura a aplicar *prima facie*, la calificación adicional del hecho como delito terrorista dependerá, además, del cumplimiento del requisito subjetivo genérico exigido por el art. 1° (sobre ello, con detalle, *supra* D)²⁶, así como del requisito específico del N° 3 del art. 2° de tratarse de un atentado en contra de la vida o la integridad corporal de ciertas “autoridades”. La cuestión posee cierta complejidad porque la única autoridad específicamente mencionada por la ley es el Jefe de Estado y no es en absoluto evidente que, en lo demás, cualquier empleado público o miembro de una organización eclesiástica constituya “autoridad” para estos efectos. Antes de profundizar en el punto, para evitar posibles malentendidos, nótese que no se está discutiendo el alcance de los tipos en cuestión, sino exclusivamente *la medida en que la Ley N° 18.314 se remite a ellos*. Así, por ejemplo, no cabe duda de que el atentado contra cualquier empleado público puede realizar el tipo del art. 5° a) Ley N° 12.927 si se dan las exigencias subjetivas del mismo, procediendo el castigo bajo ese título; de lo que se trata aquí es simplemente de dilucidar si ese hecho puede considerarse también delito terrorista, lo que además de la exigencia subjetiva del art. 1° supone que el concreto empleado público pueda ser considerado “autoridad”.

Si bien la legislación chilena no contiene definición alguna sobre el particular²⁷, el art. 261 N° 2 CP sugiere fuertemente una distinción entre la “autoridad pública” y “sus agentes”. Y ya en ese contexto específico la distinción es relevante, porque si bien en la figura básica allí prevista ambas categorías están equiparadas, las hipótesis calificadas del art. 262 CP se refieren en cambio sólo a la autoridad y no a sus agentes. Sobre esta base *Labatut* entendía que tales circunstancias calificantes sólo eran aplicables respecto de algunos altos funcionarios constituidos en “autoridad”²⁸ en tanto que *Del Río* parecía inclinarse también por un concepto restringido de “autoridad” al mencionar como ejemplos de ésta sólo a funcionarios de cierta jerarquía (Presidente de la República, Ministros de Estado,

²⁶ Lo que tanto en el caso del art. 261 N° 1 CP como del art. 5° a) Ley N° 12.927 implicará una “doble exigencia subjetiva”, esto es, tanto el elemento subjetivo especial de la respectiva figura como el elemento subjetivo del art. 1°.

²⁷ Aunque no distingue entre autoridad y “funcionarios”, la norma interpretativa del art. 266 CP se limita a aclarar, también sin mayores precisiones, que determinadas autoridades lo son a tiempo completo, de modo que siempre se entienden estar en ejercicio de sus cargos, a la vez que equipara la ofensa “con ocasión” o “por razón” del cargo de la autoridad a la realizada contra ésta en ejercicio de dicho cargo.

²⁸ *Labatut*, T. II, p. 98.

Intendentes, Gobernadores, Jueces, Senadores, Diputados, Jefes de Servicio), aunque sin extraer consecuencias expresas para la aplicación de las calificantes²⁹. A favor de esta interpretación restrictiva en el Código Penal milita el hecho de que la aplicación de un concepto amplio de “autoridad” conduciría a que prácticamente todo atentado fuera calificado, pasando a ser excepcional la hipótesis de atentado simple, pues si bien puede resultar todavía normal agredir a alguien sin hacer uso de armas (N° 1), será en cambio raro hacerlo *además* sin poner manos en él (N° 2). Resulta más razonable entender que la ley se toma en serio la distinción entre el atentado simple y el calificado y ver en el rango del funcionario afectado la base de la misma³⁰.

Este mismo criterio parece trasladable al ámbito específico de la Ley N° 18.314, donde sólo se habla de autoridad y no de sus agentes, entendiendo que sería desproporcionado calificar como delito terrorista un atentado no constitutivo de los delitos de homicidio o lesiones especialmente previstos en el N° 1 del art. 2° cometido contra cualquier empleado público sin distinción, aunque se dé el requisito subjetivo del art. 1°. Tal atentado podrá ser punible según las circunstancias concretas conforme a los arts. 261 y 262 CP o al art. 5° a) Ley N° 12.927, pero no constituirá delito terrorista, al menos no en virtud del N° 3 del art. 2°.

III. La regulación del *iter criminis* en la Ley N° 18.314

La Ley N° 18.314 contiene normas especiales en materia de *iter criminis* que prevalecen sobre las reglas generales del Código Penal. El régimen especial vigente, debido a la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, se encuentra en el art. 7°, del siguiente tenor:

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

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

Antes de abordar los alcances de esta regulación conviene revisar la historia de la misma. El texto original de 1984 era especialmente consecuente y coherente en sus propósitos de exacerbación represiva (como si los significativos aumentos de pena no fueran suficientes), pues preveía al mismo tiempo que el delito frustrado tuviera siempre la pena del delito consumado, en tanto que para la tentativa, si bien consideraba la posibilidad de llegar a los mismos resultados que conforme a las reglas generales (rebaja en dos grados) lo hacía sólo en términos facultativos, de modo que también podía aplicarse la pena del delito consumado o la del delito frustrado, al mismo tiempo que preveía la punición de la conspiración y la proposición de comisión de delito (excepcional en nuestro derecho de

²⁹ *Del Río*, T. III, p. 217.

³⁰ Si bien pueden encontrarse algunos fallos en que no se ha dudado en aplicar las penas del atentado calificado en casos en que la víctima ha sido un simple *agente de policía*, invocándose precisamente las circunstancias 2° ó 3° del art. 262 (así, sentencias de la Corte de Concepción, GT 1911-1, 198-369; y de la Corte de Talca, GT 1915, 463-1208). Cabe llamar la atención respecto de que los atentados contra carabineros se encuentran regulados especialmente en el Código de Justicia Militar (arts. 416, 416 bis y 416 ter), con penas considerablemente más altas.

acuerdo con el art. 8° CP) con rebaja obligatoria en un grado y facultativa de un grado adicional a partir de la pena del delito consumado. Este modelo de endurecimiento escalonado se expresaba en los arts. 6° y 7°, que rezaban:

“Art. 6°. El delito frustrado se sancionará como consumado.

“La tentativa se sancionará con la pena asignada al delito consumado, pudiendo ésta rebajarse hasta en dos grados”.

“Art. 7°. La conspiración y la proposición se castigarán con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados”.

Probablemente el único momento de lucidez - al menos parcial - en la evolución legislativa de la materia lo tuvo el legislador militar de la Ley N° 18.937, de 22 de febrero de 1990, que simplemente deroga el art. 6°, entregando el asunto a las reglas generales. Con todo, en la medida en que no se deroga al mismo tiempo ni se modifica el art. 7°, se produce la incongruencia consistente en que la mera proposición de cometer delito terrorista tenga en el mejor de los casos igual pena que la tentativa del mismo y en el peor de los casos la misma pena que el delito terrorista frustrado.

Ya en democracia, ese art. 7° es sustituido mediante la Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991, por el siguiente precepto:

“La tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado. Si esta última constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal y se impondrá a la tentativa el mínimo de ella.

“La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos, será castigada como tentativa del mismo.

“La conspiración respecto de los mismos delitos se castigará con la pena correspondiente al delito consumado, rebajada en uno o dos grados”.

Las consecuencias de esta regulación son simplemente lamentables desde un punto de vista de la proporcionalidad debida entre la gravedad de la conducta y la pena asignada, pues en la medida en que no se introducen modificaciones al régimen del delito frustrado, que sigue sujeto a las reglas generales (penológicamente: rebaja obligatoria en un grado de la pena), toda alteración del régimen de la tentativa o de la conspiración tiene un efecto necesariamente desproporcionado, y que en la regulación concreta llega a excesos imposibles de justificar. Pues para la tentativa – a la que adicionalmente se equipara la simple amenaza seria y verosímil de comisión – no se prevé rebaja de ningún tipo, sino simplemente una morigeración *dentro del marco* penal correspondiente al delito consumado. De este modo ocurre que el delito frustrado tiene menos pena que la tentativa (!), pues en virtud de las reglas generales a aquél corresponde la pena inferior en grado al mínimo, en tanto que a ésta corresponde o bien el grado mínimo o bien el *mínimum* (“mínimo” en el defectuoso lenguaje de la ley) de la pena prevista para el delito consumado. Respecto de la conspiración el efecto también es grave aunque no parece tan brutal, porque si bien sólo se prevé como obligatoria la rebaja en un grado de la pena, con lo cual queda equiparada a la pena del delito frustrado, existe la posibilidad de rebaja en un grado adicional. Tal vez lo único favorable que se puede decir de esta regulación es que se prescinde de la punibilidad de la mera proposición de cometer delito terrorista.

Como se puede ver, el nuevo art. 7° vigente exhibe en lo fundamental la misma estructura de esta regulación, si bien con una serie de modificaciones no despreciables, que en buena medida corrigen los despropósitos más graves de la ley de 1991. De algún modo se ha restablecido un modelo escalonado:

- El delito frustrado sigue sometido a las reglas generales, de modo que le corresponde obligatoriamente una pena inferior en un grado al mínimo de la del delito consumado.
- A la tentativa le corresponde ahora una rebaja obligatoria de un grado, con la posibilidad de reducirse en un grado adicional (art. 7°, inciso primero, primera parte), con lo cual nunca puede acarrear más pena que el delito frustrado: en el peor de los casos le corresponderá la misma pena, en el mejor la pena que corresponde conforme a las reglas generales.
- La amenaza seria y verosímil de comisión sigue equiparada a la tentativa, pero con una importante diferencia penológica, pues la pena se debe determinar sin contar los aumentos de grado previstos en el art. 3° (art. 7° inciso segundo). Con todo, la morigeración no es tal respecto de los tipos autónomos del N° 2 y del N° 4 del art. 2°, cuyas penas no se construyen a partir de aumentos de la pena de otros delitos, de modo que a su respecto la equiparación entre tentativa y amenaza subsiste como un tratamiento gravemente desproporcionado³¹. Por último, se consagra expresamente el carácter subsidiario de esta regulación respecto del delito de amenazas, pues sólo tiene lugar si el hecho no “mereciere mayor pena de acuerdo al artículo 296 del Código Penal” (art. 7°, inciso segundo).
- A la conspiración le corresponde ahora una rebaja obligatoria de dos grados (art. 7°, inciso primero, segunda parte), con lo cual siempre tiene menos pena que el delito frustrado, aunque sigue teniendo en muchos casos la misma pena que la tentativa.
- La proposición sigue siendo atípica.

En este contexto deben abordarse ahora los alcances de una importante novedad de la reciente Ley N° 20.467, cual es la regulación que en materia de desistimiento contiene el nuevo art. 9°, que reza:

“Quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere de la tentativa de cometer algunos de los delitos previstos en esta ley, siempre que revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo.

“En los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices, quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere cumpliendo con la exigencia prevista en el inciso precedente, siempre que por su conducta haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido. De producirse la consumación del delito, se estará a lo dispuesto en el artículo 4°”.

³¹ La desproporción sería menor si se entendiera que “las penas de la tentativa del delito respectivo” deben establecerse de acuerdo con las reglas generales y no conforme a la regla especial de la primera parte del inciso primero, con lo cual la rebaja en dos grados sería obligatoria y no meramente facultativa. Aunque sin fundamento fuerte en la ley y más bien expresión de su tenor ambiguo, ésta parece ser una interpretación posible que valdría la pena ensayar.

Lo primero que debe destacarse es que el art. 9º no se aplica al “desistimiento” (arrepentimiento) de la tentativa acabada o *delito frustrado*, que conforme a las reglas generales sigue brindando impunidad (salvo respecto de los delitos eventualmente consumados) aunque no se revele a la autoridad plan ni circunstancia alguna³². El endurecimiento del tratamiento se produce respecto del desistimiento de la tentativa y de la conspiración:

Tratándose de la *tentativa individual*, se exige ahora que el que se desiste revele además a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo, exigencia tomada a todas luces del viejo inciso cuarto del art. 8º CP referido al desistimiento de la proposición y la conspiración:

“Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.

Como es obvio, sin embargo, la única exigencia tomada de dicho precepto es la exigencia de denuncia, pues las otras o no son conceptualmente pertinentes (la tentativa supone principio de ejecución) o, en todo caso, no vienen exigidas por la ley (ausencia de procedimiento).

No se entiende en absoluto la racionalidad de imponer esta exigencia adicional que puede conducir a que se sancione sin contemplaciones a sujetos que se han desistido voluntaria y oportunamente de su propósito criminal, por el solo hecho de no haber cumplido con el trámite de la denuncia a la autoridad, lo que parece tanto más grotesco si se considera que el “desistimiento” de la tentativa acabada, esto es, el arrepentimiento en el delito frustrado no está sujeto a la misma exigencia. Dicha exigencia sólo se justifica en los casos de emprendimiento de dos o más personas, pues en ese contexto la denuncia sirve para advertir a la autoridad de los planes de otros que no necesariamente se han desistido y respecto de los cuales alguna responsabilidad tiene el que sí se desiste. En ese contexto la denuncia sirve como medio para evitar la consumación del delito, lo que carece de todo sentido tratándose de una tentativa individual. En efecto, que la ley no exija expresamente que se impida la consumación del delito se entiende sencillamente por razones conceptuales, ya que en el caso de la tentativa individual el mero cese de la conducta implica por definición el término de la ejecución delictiva. Eso explica que hasta ahora en nuestro derecho la exigencia sólo se contemple para la conspiración y la proposición y que en el derecho comparado sólo aparezca – aunque no como deber de denuncia, sino derechamente como deber de impedir la consumación - respecto del desistimiento de la tentativa de más de una persona³³.

³² Lo mismo rige respecto de la amenaza verosímil de comisión del delito, que *no constituye tentativa*, pues sólo está equiparada penológicamente a ella. El punto es en todo caso intrascendente, toda vez que la amenaza constituye un delito autónomo y ya consumado.

³³ Es el caso del art. 16.3 del CP español (“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”) o, en Alemania, del § 24 II StGB (“Si en el hecho intervienen varios, no será sancionado por tentativa el que impida voluntariamente la consumación. Con todo, bastará para su impunidad su esfuerzo voluntario y serio por

De lege lata, en todo caso, al menos se puede sostener que, no habiendo razones ni de texto ni de política criminal para sostener que la denuncia exigida por la ley deba estar sujeta al requisito de voluntariedad o espontaneidad que rige para el desistimiento propiamente tal, debería bastar con que aquélla se preste antes de que la autoridad tenga *pleno conocimiento* de los planes y de las circunstancias de la tentativa ya desistida que llega luego a descubrirse.

Tratándose de la *conspiración* se adapta la misma regla del art. 8° CP, prescindiéndose ahora de la exigencia de ausencia de procedimiento judicial contra el culpable, pero imponiéndose una exigencia de *eficacia*, en términos de que se debe impedir efectivamente la consumación del hecho o que la autoridad haya logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados. La misma exigencia de eficacia – así como la de denuncia – se extiende ahora también al desistimiento de la *tentativa colectiva*.

Como se ha dicho, la exigencia de denuncia y, mejor aún, la de impedir la consumación del delito (que torna superflua y absurda la anterior) tiene mucho sentido en los emprendimientos colectivos, de modo que en principio merece aprobación la incorporación de una regulación que se echa de menos en el Libro I del Código Penal. La regulación concreta, sin embargo, es defectuosa desde el punto de vista del *principio de culpabilidad*, pues la exigencia de efectiva evitación de la consumación permite situaciones de responsabilidad objetiva, pues el sujeto puede responder al margen de sus esfuerzos por un hecho de tercero por la sola circunstancia de haber contribuido al mismo en un estadio previo (sin duda: *versari in re illicita*)³⁴. La rebaja facultativa de pena conforme al art 4° no parece suficiente remedio³⁵.

Por esta razón se podría ver con buenos ojos una interpretación restrictiva del art. 9°, que no resolvería el asunto, pero que al menos limitaría el universo de casos en que se puede vulnerar el principio de culpabilidad. Base para una lectura de ese tipo la ofrece la distinción entre los casos en que el sujeto que se desiste ha realizado su aporte al plan conjunto y los casos en que aún no lo ha hecho. Como se sabe, la escasa literatura que se ha hecho cargo del tema en Chile considera que, en ausencia de texto expreso en sentido contrario, la mera abstención cuando aún no se ha realizado el propio aporte individual a la ejecución es suficiente para tener por desistida la tentativa por parte del sujeto en cuestión, de modo que éste (sólo él) queda liberado de responsabilidad³⁶. Tratándose del aporte ya

impedir la consumación del hecho, cuando éste no se consume sin su actuación o se cometa con independencia de su contribución anterior”).

³⁴ Esto no ocurre en legislaciones modernas más conscientes de las exigencias del principio de culpabilidad. Como se vio, el CP español hace bastar que los sujetos “intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación” del delito, en tanto que el alemán hace bastar el “esfuerzo voluntario y serio” por impedirla.

³⁵ El art. 4° dispone: “Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”.

³⁶ Así *Politoff*, Sergio: Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, p. 239; lo mismo rige para *Novoa*, Eduardo: Curso de derecho penal chileno, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1966, p. 158, quien exige que “al mismo tiempo impida que los demás aprovechen de la contribución que a él correspondía en el acto conjunto” (énfasis agregado), lo que no vendría al caso si esa contribución no se ha efectuado; y también para *Garrido*, Mario: Derecho penal, T. II, Editorial Jurídica

realizado todos los autores exigen que el sujeto *anule* o *retire* dicho aporte, de modo que la posible consumación ya no pueda fundarse en el mismo, lo que, en todo caso, sólo parece posible si no se ha acabado la tentativa conjunta, caso en el cual la liberación de responsabilidad supondría que el sujeto impidiera efectivamente la consumación del delito³⁷. De no lograrlo, sólo cabría reconocerle la mencionada atenuante del art. 11 N° 7 CP.

La tesis podría ser que el art. 9° ha venido a legalizar lo que la doctrina mayoritariamente viene diciendo y que sólo se refiere a los sujetos que ya han realizado su aporte al plan conjunto, quedando obligados no sólo a denunciar el plan y las circunstancias (exigencia equivalente a la que rige para el desistimiento de la tentativa individual) sino que también a impedir la consumación, quedando sujetos a la posible rebaja de pena prevista por el art. 4°. Esta tesis merece mucha simpatía, especialmente en cuanto mecanismo para limitar vulneraciones al principio de culpabilidad, pero debe reconocerse que carece de mayor sustento legal, lo que impide suscribirla, al menos en un Informe en Derecho.

Por último, es de la mayor importancia dilucidar el sentido exacto de la exigencia de efectividad, esto es, cuándo podrá decirse que la conducta del que se desiste ha “conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho” o que las informaciones o datos revelados a la autoridad le han permitido a ésta lograr igual propósito, que no es más que una variante de la primera fórmula, porque en ambos casos se trata de que el sujeto ha impedido la consumación del delito. En el primero lo impide *directamente* – o en todo caso sin mediar la acción de la autoridad – en tanto que en el segundo logra lo mismo de un modo *indirecto*, concretamente a través de la autoridad que ha recibido de su parte las informaciones necesarias para ello.

Por los términos en que está formulada la exigencia queda claro que lo único relevante es que la no consumación del delito sea *imputable a la conducta del que se desiste*, también cuando dicha conducta ha consistido simplemente en aportar información útil para esos efectos. La pregunta decisiva es, entonces, si la consumación se hubiera evitado de todas formas y del mismo modo sin la conducta del sujeto o no, es decir, si *en concreto* la evitación de la consumación se debe *al menos en parte* a su conducta. Con eso, más el hecho fundamental del desistimiento voluntario de la tentativa, basta para concederle la impunidad. Se aprecia con toda claridad que se está en presencia de una circunstancia *objetiva*, del todo independiente de cualquier juicio sobre los móviles o el grado de empeño puesto por el sujeto que se desiste, lo que es del todo coherente con la comprensión ampliamente dominante entre nosotros sobre el fundamento y alcances del desistimiento³⁸. No se trata entonces en modo alguno de una circunstancia equivalente a la de procurar “con

de Chile, Santiago 1992, p. 282, quien sólo pone mayores exigencias tratándose del aporte ya realizado, sin perjuicio de que luego sostenga, a partir de la regla del inciso cuarto del art. 8° CP, que si ésta es la regla para una situación más alejada de la consumación del delito como es la proposición o conspiración para cometer un delito, con mayor razón debería regir algo al menos similar para el desistimiento de la tentativa, que por definición ya implica ejecución del delito en cuestión.

³⁷ Cfr. *Politoff*, Los actos preparatorios, p. 239; *Garrido*, T. II, p. 282; *Novoa*, T. II, p. 158.

³⁸ En efecto, existe acuerdo en la doctrina chilena en cuanto a que las razones del desistimiento no necesitan ser altruistas ni, en general, éticamente valiosas, lo que concuerda con la comprensión pragmática, de política criminal, de la institución. Así, en términos generales, *Novoa*, T. II, p. 154 y ss.; *Cury*, Enrique: Derecho penal. Parte general, 7° edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, p. 567 y ss.; *Garrido*, T. II, p. 278 y ss.; *Politoff / Matus / Ramírez*, PG, pp. 380 y ss., 383 y ss.

celo” impedir las ulteriores perniciosas del delito o de colaborar “sustancialmente” al esclarecimiento de los hechos, bastante más exigentes por la sencilla razón de tratarse de la atenuación de un delito consumado, no del desistimiento de un delito que gracias al mismo no alcanza a superar el umbral de la tentativa. Por lo mismo, habiendo genuino desistimiento basta con que el sujeto haya aportado efectivamente a impedir la consumación.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago a 13 de diciembre de 2010.

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto