



UNIDAD DE ESTUDIOS REGIONAL METROPOLITANA NORTE

INFORME EN DERECHO

LA APLICACIÓN DE LA LEY ANTITERRORISTA EN EL “CASO PITONELLO”

Myrna Villegas Díaz

N° 3/ 2013/ Julio

Consulte sobre este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

INFORME EN DERECHO SENTENCIA CONDENATORIA CASO PITRONELLO

Fecha: 30-08-2012

Tipo de informe y descripción del objeto: análisis e interpretación del concepto de terrorismo en la ley 18.314 y sus elementos aplicados al caso concreto.

Requerimiento de la defensa: La realización de un Informe en derecho sobre los fundamentos del voto disidente en el fallo dictado por el 4º Tribunal de Juicio Oral en Lo penal de Santiago de 15 de agosto de 2012 v/s Luciano Pitronello S, específicamente en lo que respecta a la calificación de la conducta como terrorista.

Profesional a cargo: Myrna Villegas Díaz. Doctora en Derecho y Postgraduada en Criminología por la Universidad de Salamanca. España; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogada, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Especializada desde 1991 en tratamiento jurídico del terrorismo y Leyes penales especiales relacionadas (Ley de Control de Armas, Ley de Seguridad del Estado). Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Central. Profesora de Derecho Penal y Criminología y Coordinadora del Magíster en Derecho Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central. Profesora de Programas de Magíster en Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Miembro comité científico del Postal Iberoamericano de Ciencias Penales y de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

Metodología:

- Tipo de investigación: Teórica, documental, descriptiva y aplicada.
Se examinan conceptos jurídico penales, a partir de textos jurídicos especializados nacionales e internacionales, así como jurisprudencia nacional, a fin de sostener la no calificación terrorista de las conductas desplegadas por el condenado contra argumentando el voto disidente.
- Método de investigación: Deductivo, Dogmático y Sistemático.
Se va desde lo general (concepto de terrorismo) a lo particular (subsunción del concepto de terrorismo en el caso en cuestión), identificando características, requisitos y núcleos problemáticos, en una interpretación armónica del ordenamiento jurídico nacional e internacional así como jurisprudencia nacional y comparada.

ABSTRACT:

El voto disidente, a diferencia del voto de mayoría, incurre en una serie de interpretaciones erróneas sobre el o los conceptos de terrorismo en la doctrina y la

naturaleza de los bienes jurídicos que protege. Se aprecia una mezcla de ideas dispares sobre los elementos del concepto de terrorismo, omitiendo algunos elementos básicos que algunos de los autores que cita, entre ellos, esta informante, que son copulativos en un concepto de terrorismo y no alternativos. Realiza asimismo y sobre la base de esta mezcla de ideas, una valoración de la prueba que pudiera entrar en conflicto con el principio de congruencia toda vez que pretende dar por acreditados elementos del concepto de terrorismo sobre la base de hechos no probados por el tribunal.

SUMARIO: I. Del concepto de terrorismo, II. Concepto de terrorismo en la legislación chilena. Del concepto constitucional y legal del terrorismo. III. Reformas a la ley 18.314, IV. Análisis de los fundamentos del voto disidente, V. Conclusiones.

I. DEL CONCEPTO DE TERRORISMO.

A) CONCEPCIONES DOCTRINARIAS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

Si bien no existe un aunamiento de criterios en doctrina y legislaciones, parece existir un relativo consenso en cuanto a que el terrorismo es un atentado contra la democracia, desde que viola de manera masiva y sistemática derechos humanos fundamentales. A este consenso se ha llegado después de una larga discusión (y todavía pendiente) entre quienes consideran que el terrorismo se puede definir desde perspectivas objetivas y quienes estiman que debe añadirse elementos subjetivos¹.

A.1) LAS DISCREPANCIAS DOCTRINARIAS Y LAS POSTURAS QUE PRIMAN EN DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION.

Así, desde la perspectiva Objetiva, lo que prima es la modalidad de acción empleada para cometer el delito, especialmente la utilización de medios dañosos y de gran poder destructivo. La dimensión material del terrorismo vendría entonces determinada por los medios empleados por los agentes para cometer los actos. En este sentido, y precursor de este concepto Quintano Ripollés entiende el terrorismo como “la violencia ejercida por procedimientos de riesgo general, singularmente por los de empleo de explosivos, que entrañan un riesgo o resultado lesivo para la comunidad social”².

¹ Ampliamente Villegas, M. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo de Chile y España” Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2002; Volumen II, cap. VI. Disponible en www.cybertesis.cl

²QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo IV, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967. p. 25.

En similar sentido Ramacciotti³: “el terrorismo no debe tipificarse en función de la ideología, causas, grupos u objetivos que puedan motivarlo sino por la naturaleza de la actividad en sí, en función de los hechos o resultados”

Este criterio fue adoptado en España con la LO 8/1985 de 26 de diciembre, actualmente derogada, y algo similar ocurrió en la primitiva ley 18.314 en Chile, en la que sin hacer alusión a finalidad, el legislador tipificó el terrorismo de manera objetiva acudiendo a un verdadero catálogo de delitos en los que se advertían los medios dañosos como nota distintiva del terrorismo. El problema de esta clase de definiciones es que al excluir cualquier consideración subjetiva relativa al ánimo o finalidad en el agente (sea que ella revista el carácter de elemento subjetivo de tendencia trascendente o de tendencia intensificada), implica el peligro inminente de poder utilizar la legislación antiterrorista, para castigar otro tipo de actos que no poseen ese carácter.

Desde la **perspectiva subjetiva**, encontramos desde concepciones que acentúan el terror como finalidad o como consecuencia de la conducta, pasando por concepciones que acentúan el resultado de alarma pública producido por la conducta, hasta concepciones que acentúan la finalidad política, siendo estas últimas las que han generado consenso en la legislación comparada.

Las primeras, esto es aquellas que **acentúan el terror como finalidad o consecuencia de la conducta delictiva**, se corresponden con las definiciones clásicas de terrorismo: “dominación por el terror, sucesión de actos de violencia para infundir terror” (Diccionario RAE), o bien, un “acto criminal perpetrado por el terror, la violencia o una gran intimidación con miras a la consecución de un fin determinado”⁴. Estos conceptos no resultan deseables para una adecuada tipificación acorde con los principios del estado democrático de derecho por cuanto mezclan el elemento psicológico, el terror, la intimidación, que son consecuencia de la conducta delictiva, con la violencia empleada, esto es la forma de realizar la conducta⁵.

En relación a las concepciones que **acentúan el resultado de alarma pública producido por la conducta**, encontramos la clásica definición de JIMÉNEZ DE ASÚA⁶, para quien el terrorismo “no constituye un grupo delictivo, o clase de infracciones, como los delitos *políticos, anarquistas y sociales*, que se distinguen por su índole *evolutiva*, frente al

³ “El terrorismo como crimen internacional” en “Cursos de Derecho Internacional XX-XXI, años 1993-1994”, Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C, 1996.

⁴SOTTILE, A. “Le terrorisme international”, en *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 65, 1938, p. 96. Véase su concepción desde las ciencias sociales, en Cap. II. IV, 3. Alcances de la expresión “terrorismo”.

⁵LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p. 36, DEL BARRIO y LÉON REYES. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile 1990, p. 166.

⁶JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 1158 y T.III, p.237, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires, 1964.

"atavismo" del delito común". Sino que "es más bien un crimen, o serie de crímenes que se tipifican por la *alarma que producen*, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista". De acuerdo a su concepción, el terrorismo tendría como elementos centrales: los medios empleados capaces de causar grandes estragos, las víctimas y el fin inmediato de provocar la alarma o intimidación pública⁷.

La doctrina, y entre ellas un sector de la chilena⁸, han criticado estas concepciones entendiendo que la alarma o terror, ese resultado de pánico en la población o sector de ella, se produciría más bien a consecuencia del terrorismo entendido como fenómeno social y no como concepto jurídico. Por lo demás esta clase de resultados no son privativos de la delincuencia terrorista, y en ocasiones son fomentados a través de la violencia simbólica que ejercen los mass media.

En relación a las concepciones que **acentúan la finalidad política**, se entiende en general que el terrorismo es "toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común"(ARROYO ZAPATERO), o "la violencia organizada con fines políticos" (LAMARCA). La doctrina mayoritaria coincide en que sus elementos son:

Primero, el hecho de que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia mediante conductas que en sí mismas constituyen delito;

Segundo, a lo anterior suele agregarse el elemento relativo a la alarma o terror que producen los actos. En opinión de la doctrina mayoritaria, carece de utilidad en un concepto jurídico, dado que no es posible determinar objetivamente su dimensión o grado. La alarma debe vincularse más bien al fenómeno en sí que a una tipificación penal concreta.

Tercero, el terrorismo es un delito de finalidad política, finalidad que viene a ser en definitiva la característica que le diferencia de otras conductas que pueden producir alarma o terror. Esta finalidad política es la de alterar el régimen constitucional del Estado democrático, cuestión que le distingue de sus análogos in stricto sensu, los delitos políticos.

A favor también de esta postura se manifiestan TERRADILLOS BASOCO⁹, SERRANO PIEDECASAS¹⁰, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVÉ, HORMAZÁBAL MALAREE y LÓPEZ GARRIDO¹¹, F.J. ÁLVAREZ y M.A. COBOS.; BUENO ARÚS, F.¹²

⁷ Así también, CARRILLO SALCEDO: "las actividades terroristas consisten en la utilización sistemática del asesinato y la destrucción, así como la amenaza de recurrir, para aterrorizar a individuos, grupos, comunidades o gobiernos y forzarles a hacer concesiones en favor de los objetivos terroristas". CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "*Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie*", en *Les aspects juridiques du terrorisme international*, Académie de Droit International de La Haye, 1988, pp. 19- 53, esp. p. 21.

⁸ DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.167 que siguen en este punto a Carmen LAMARCA.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

¹⁰ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU, Barcelona, 1988.

La legislación española vigente sobre delitos de terrorismo, contenida en el Código penal de 1995 y sus sucesivas modificaciones, entiende que los delitos de terrorismo son aquellos que cometen individuos que integrados en organizaciones terroristas, y con la finalidad de alterar el orden constitucional.(arts. 571 y ss. CP).Camino similar es el de los italianos, para quienes, "el terrorismo es una acción llevada a cabo como parte de un método de acción de la lucha política..." (PONTARA). "Una acción violenta con fin político" (BONANATE)¹³.

En Chile, el concepto de terrorismo propuesto por DOMÍNGUEZ VIAL¹⁴, aún cuando es un concepto sociológico, parece alinearse en gran parte a la postura doctrinaria in comento. Define al terrorismo como "la acción cruel y despiadada de una persona, un grupo o un Estado, desarrollada mediante la agresión directa o indirecta sobre los derechos inherentes a la dignidad humana, *al Estado de Derecho fundado en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo*, a través de actos atroces capaces de producir terror, *para imponer a grupos o a toda la sociedad, el sometimiento a las ideas o los propósitos utilitarios de quien es su autor*". Cabe destacar, el acierto de la tesis de Domínguez Vial en cuanto vincula el terrorismo con los derechos humanos, criterio que resulta ser adecuado para efectuar la valoración del bien jurídico que se pretende proteger. Así también, Del Barrio y León Reyes para quienes el terrorismo puede definirse como: "Los actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático"¹⁵. Así también Villegas¹⁶ quien entrega algunos elementos para elaborar un concepto jurídico de terrorismo:

- Ser un delito común de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.
- Ser cometido con la finalidad de "alterar" el ordenamiento constitucional democrático, entendiendo por tal el propósito de destruir los fundamentos del Estado democrático.
- Ser cometido por sujetos pertenecientes o integrantes de una organización criminal, una asociación ilícita.

¹¹ GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVÉ, ET.AL, "Contra la Impunidad", Dictamen auspiciado por Federación de Juristas progresistas sobre la persecución por tribunales españoles de los crímenes contra la Humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina", Octubre de 1998,

¹² BUENO ARÚS, Francisco. "Principios generales de la legislación antiterrorista", en Rev. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Monográfico Nº 11, 1986, pp.135-145,

¹³ Citados por LAMARCA, 1985.

¹⁴ DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. "Terrorismo y Derechos Humanos", Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990.

¹⁵ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 208.

¹⁶ Villegas, M. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo de Chile y España" Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2002; Volumen II, cap. VI, pp.705-706.

- La conducta debe ser violenta para que pueda destacarse su carácter atentatorio contra los derechos humanos. En este sentido se atiende a los medios empleados y al resultado producido. Con la conducta debe perseguirse además la finalidad provisoria de causar temor a toda la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño. Se trata de intimidar a la población para conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que esta finalidad última o propósito efectivamente se alcance.

La jurisprudencia chilena, tratándose del delito de apología del terrorismo acogió en 1988 este criterio como principal: *"terrorismo son todos aquellos actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas, de destrucción o interrupción de los servicios públicos, o de destrucción o apropiación del patrimonio que verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad o el orden público, con fines políticos* (SCA de Stgo de 13 de mayo de 1988, *Caso Almeyda*). Mas tarde ha optado por reconocer en el terrorismo una finalidad político social.

Se ha dicho antes que esta clase de concepciones que adoptan la finalidad política, son las que mayor consenso han generado en la doctrina y legislación comparada, especialmente a nivel europeo. Cabe precisar, empero que, tal como lo explicita Lamarca, que el *reconocer relevancia a la finalidad política ideológica no dificulta la comprensión de los tipos penales ni tampoco obliga a aplicar el tratamiento benigno propio de la delincuencia política*, esto es, no conduce a una atenuación de las penas ni a un tratamiento procesal más benigno¹⁷. *Aquí no se están sancionando ideas, sino que actos que atentan contra la convivencia democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, actos que se materializan en la comisión de delitos comunes que en su realización provocan un daño indiscriminado.*

Lo que se sanciona es un delito común que forma parte de la táctica de una organización, y cuya estrategia consiste en atentar contra derechos humanos fundamentales, para obligar a la comunidad a adscribir a una determinada idea política sobre la base del temor. Por el contrario, el no reconocer relevancia política al terrorismo, y crear tipos penales solo sobre la base de los medios especialmente dañosos empleados y la finalidad de causar temor, terror, o alarma pública conlleva el peligro de extender la punibilidad hacia otras formas de violencia, distintas del terrorismo, suponiendo además una infracción al principio de lesividad, que hace radicar el fundamento de los delitos en la exclusiva protección de bienes jurídicos. En los delitos de terrorismo este bien jurídico tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático.

Pero cabe precisar aún más, la violencia política, género al cual pertenece el terrorismo, se caracteriza en esencia por la presencia de un elemento ideológico normativo determinado por una ley histórica, y por tener una intencionalidad estratégica. Si estos elementos

¹⁷ LAMARCA, C.1985, p. 164.

faltan, entonces la violencia que pretende destruir el sistema económico y social imperante es una *violencia social*¹⁸. La distinción entre violencia política y violencia social, permite ***excluir de la calificación de delitos de terrorismo a actos de violencia individual o espontánea que no importa un riesgo grave de socavación a las bases del Estado democrático***¹⁹. En otras palabras, es esta intencionalidad estratégica que se dirige hacia la consecución de una finalidad política, y que se manifiesta a través de la existencia de una organización terrorista, la que permite distinguir la delincuencia terrorista de la delincuencia común. Esto no implica, empero, reconocer en el campo criminológico que el terrorismo pertenezca a la categoría de crimen organizado, y que su tratamiento jurídico deba obedecer a las directivas político criminales del mismo, porque la finalidad en el terrorismo es ***política***. Y no implica reconocer que sea el criterio de la “desestabilización del sistema” el que deba ser el que nos guíe para aproximarnos al concepto jurídico de terrorismo. Ningún grupo armado tiene la capacidad de poner en peligro la estabilidad del sistema²⁰.

A.2) LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Finalmente la identificación de la finalidad política en el autor de delitos de terrorismo ha sido reconocida mayoritariamente en los tratados internacionales y otros instrumentos similares sobre terrorismo.

Así, la Convención Interamericana contra el terrorismo (OEA, 2002), ratificada por Chile mediante Decreto Nº 263, Ministerio de Relaciones Exteriores (10 de febrero de 2005), señala en su preámbulo que “el terrorismo constituye una grave amenaza para los valores democráticos y para la paz y la seguridad internacionales”.

La Resolución 1373 de Naciones Unidas, ratificada por Chile mediante Decreto del ministerio de Relaciones Exteriores, Nº 488 (13 Nov. 2001), señala que “esos actos (los de 11 Sept.-2001), al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”,

El convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, instrumento ratificado por Chile a través de Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 519 (6 de feb.2002), considera en su preámbulo la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, de la Asamblea General de ONU, de 9 de diciembre de 1994, declaración que indica que : "los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente que condenan en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, dondequiera y quienquiera los cometa, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos y amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados",

¹⁸ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Editorial PPU, Barcelona, 1988. Le sigue VILLEGAS, 2002, cap. II.

¹⁹ Así LAMARCA, C. 1985, pp. 80 y 90; BONANATE y otros. *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, F. Angeli, Milano, 1979, p.129.; SERRANO PIEDECASAS, 1988, p.147.

²⁰ Villegas, M. 2002, Cap. II y VI.

La Decisión Marco del Consejo de Europa sobre la lucha contra el terrorismo 30 de noviembre de 2001 señala que los delitos de terrorismo se cometen con “el fin de intimidarles (a países, instituciones o ciudadanos) y de alterar gravemente o destruir las estructuras políticas, económicas, medioambientales o sociales de un país”.

A.3) LA IDENTIFICACION DE LOS BIENES JURIDICOS: EL ATENTADO A DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y SU CONCRECIÓN EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO.

En el apartado anterior se ha dilucidado la discusión doctrinaria para comprender que el terrorismo tiene una finalidad política en el sentido de bregar por la destrucción del sistema democrático, mediante una estrategia de ataque masivo a derechos humanos fundamentales. Esta idea se encuentra presente en los tratados internacionales sobre terrorismo, entre ellos la Convención Interamericana contra el terrorismo (CICTE), en cuyo preámbulo declara que “el terrorismo es una grave amenaza para los valores democráticos y para la paz y la seguridad internacionales y es causa de profunda preocupación para los Estados”, interpretándose ésta como una alusión directa a los derechos humanos en cuanto pilar de los Estados democráticos.

Así también el convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, que opta por condenar “en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas *por considerarlos criminales e injustificables*, dondequiera y quienquiera los cometa”.

En la doctrina que intenta conceptualizar el terrorismo encontramos las posturas de Del Barrio y León Reyna²¹, quienes estiman que “terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales, la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal”²². José Zalaquett²³ precisa que si el terrorismo es concebido como “violación masiva y sistemática de derechos humanos fundamentales”, dicho concepto solo corresponde aplicarla a agentes del estado.

En esta idea, es importante rescatar la última consideración en el sentido de que si la finalidad de los terroristas es quebrar el orden institucional en una democracia material, necesariamente ha de constituirse como una estrategia predominante o “método tendencialmente exclusivo”²⁴, un “método o teoría metodológica mediante la cual una

²¹ DEL BARRIO REYNA, A. - LEÓN REYES, J. ; “Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos”. Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile. 1990.

²² DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.126

²³ Zalaquett; J. “conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”, en Varas, A. Jaque a la democracia, Orden Internacional y Violencia política en América Latina, edit. Gel, Buenos Aires, 1990, pp.91-123.

²⁴ Recordamos la expresión de Fernando REINARES. “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, en *RIS*, núm.5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67, esp. pp.42 y 47. Supra Capítulo II, IV.- El terrorismo, 1.- Un intento de caracterización.

organización o partido político intenta conseguir sus objetivos, recurriendo de modo preferente a la violencia"²⁵. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español el que indica que el terrorismo es "una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización. con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido" (STS 2/1997 de 29-11-97)²⁶.

Esto significa entonces que el terrorismo requiere **de una organización** para llevarse a cabo, pues es la organización la que cualifica la violencia. En este sentido se discrepa de quienes sostienen la posibilidad de existencia de un terrorismo individual²⁷, tanto en lo sociológico como en lo sustantivo penal.

Por esto es que, Zalaquett tiene razón en cuanto será los agentes estatales los que mayores posibilidades tengan de materializar una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, mas ello no obsta a que si una organización insurgente (por contraposición a organización estatal) llega a configurarse, como señalan Patalano y Berner, en un "microestado" " o un "Estado dentro del Estado"²⁸, pueda entonces caer bajo el rótulo de terrorismo en la medida que así constituida pudiera diseñar e implementar una estrategia como la descrita.

Es la misma idea que sostiene en Chile, Domínguez Vial: "En una democracia, el terrorismo es el asalto al poder del Estado desde el poder alternativo del grupo que ejerce el terror... amenaza indiscriminadamente a toda la población....trata de doblegar las instituciones públicas creadas por la soberanía popular...y por ello puede sostenerse que el grupo terrorista, por pequeño que sea se ha erigido en Estado...". La organización viola los derechos humanos "no por su condición de asociación privada, sino por el ejercicio de la soberanía usurpada"²⁹.

Esta idea es la que recoge la **Constitución Política** en su art. 9 cuando declara que "el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos".

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, y siguiendo esta idea, parece haber consenso en las legislaciones internacionales y la doctrina penal de las democracias occidentales que siendo el terrorismo un atentado sistemático contra derechos humanos

²⁵ HARDMAN, J. *Encyclopedia of Social Science*, 1937, p.575.

²⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley), de las STC 199/1987, 89/1993 y 71/1994, STS. Sala de lo Penal de 4-11/1992, 14-12/1993, 26-01/1994 y 16-05/1995

²⁷ Villegas, M. 2002, cap. VI. También de la misma autora, *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal Nº2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl

²⁸ BERNER, "Die Lehre der Teilnahme an Verbrechen und die Controverse über dolus und culpa", Berlin, 1847, p.486. PATALANO, V. *L'associazione per delinquere*, Ed. Jovene, Napoli, 1971, pp.152 y ss. Ambos, cits. por LAMARCA, C. 1985, p.92, nota 254.

²⁹ DOMÍNGUEZ VIAL, A. *El Poder y los derechos humanos*, Edit. Terranova, Stgo., Chile, 1988, pp.56-57.

fundamentales, las legislaciones antiterroristas no protegen simplemente bienes jurídicos individuales, sino ante todo un bien jurídico colectivo. La identificación de este o estos bienes jurídicos en uno u otro sentido se ve marcada por las discrepancias doctrinarias sobre su concepto. Así, para los objetivistas que creen que el terrorismo se define jurídicamente solo por la naturaleza de los medios empleados, los bienes jurídicos protegidos son solo individuales (vida, libertad, integridad, salud, etc.). Para quienes estiman que el terrorismo se define por la presencia de elementos subjetivos en el tipo penal, hay un bien jurídico colectivo (orden constitucional, seguridad pública) y bienes jurídicos individuales.

Considerando que **el terrorismo ataca a uno de los pilares de las democracias, los derechos humanos, y a objeto de presentar un bien jurídico determinable u objetivable penalmente** (en respeto al principio de legalidad y lesividad) el bien jurídico colectivo se identifica con el **orden constitucional democrático**³⁰. También lo ha manifestado así la jurisprudencia en nuestro país³¹. Los bienes jurídicos individuales son simplemente *el vehículo* para atentar contra ese bien jurídico colectivo, bajo la forma de lesión o puesta en peligro. De ahí que *los tipos penales de terrorismo deban construirse e interpretarse en relación con el bien jurídico colectivo*, mediante redacciones que signifiquen que los bienes jurídicos individuales son la forma a través de la cual se pone *en peligro concreto* la forma a través de la cual los ciudadanos han decidido expresarse (mecanismos de participación democrática)³².

A.4) LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO ESTRUCTURAL EN LA CONSTRUCCION DE LOS TIPOS PENALES DE TERRORISMO.

Se ha dicho antes que es la organización terrorista la que cualifica la violencia, desde que se erige en una especie de microestado dentro del Estado.

En nuestra legislación, “la organización” está ausente en los tipos penales de terrorismo y solo aparece como un delito específico de asociación ilícita terrorista (art. 2 nº5 ley 18.314). En otras legislaciones, vr.gr. la española, no solo se encuentra recogida en un tipo penal específico de pertenencia a una organización terrorista (art. 571 CP) sino que forma parte de lo injusto penal en los delitos de terrorismo (arts. 572 y ss. CP), salvo la excepción del art. 577 del CP que considera como tales ciertos actos al margen de organizaciones. En

³⁰ Por todos, Lamarca, 1985. Villegas, 2002, Llobet Anglí, Maiona. Terrorismo y guerra contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático. Tesis doctoral Univ. Pompeu Fabra, 2008.

³¹ “que los miembros que componen la cúpula directiva de la organización delictual de carácter terrorista denominada Frente Patriótico Manuel Rodríguez, asociación que persigue como fin último, alterar el orden constitucional y asumir el poder total de la Republica por la vía armada, y que como medio para conseguir el fin indicado, lleva a cabo diferentes conductas atentatorias contra la seguridad pública, precisamente para estos efectos procedió a concebir, planificar, y ejecutar el alevoso asesinato del destacado hombre publico, honorable Senador de l Republica, Jaime Guzmán Errázuriz. Con la acción en referencia esta organización terrorista ha tratado de sembrar el caos y amedrentar a las autoridades legítimamente establecidas...”. S. de 1 instancia, 27-01-1994, Rol 39.800-91 c/ M. Hernández, R. Palma Salamanca y otros. Confirmada por Sentencia Corte de Apelaciones de Stgo. de 15-04-1994.

³² En este sentido, Lamarca Pérez en España. Villegas Díaz en Chile.

este punto el CP español de 1995 en un principio consideraba como elementos integrantes de los tipos penales a las “bandas armadas” y “organizaciones terroristas”, siendo el primer concepto más restrictivo que el segundo. La última reforma (2010) amplía el elemento estructural eliminando las bandas armadas, manteniendo la “organización terrorista” y contemplando el “grupo terrorista”, reforma que ha suscitado severas críticas por parte de la mayoría de los autores. Entre ellos Cancio Meliá quien ha indicado que “esta regulación desconoce la realidad de las organizaciones terroristas, en la que no hay nada parecido a una ‘militancia pasiva’, e introduce un nuevo injustificado tratamiento especial del delito de pertenencia a una organización terrorista frente a la modalidad común”³³.

La consideración en lo injusto de la organización, unida al elemento subjetivo relativo a la finalidad política, permite distinguir claramente las conductas de terrorismo de:

- a) Las conductas de violencia social, o violencia espontánea no organizada con finalidad política, como por ejemplo, piquetes de huelga de trabajadores, grupos de autodefensa estudiantil y en general las de violencia callejera, e incluso conductas de “individuos solitarios”. Todas ellas pueden llegar a tener trascendencia penal, como ocurrirá cuando la conducta pueda encuadrarse, por ejemplo, dentro de los delitos de desórdenes públicos, o atentados a la autoridad, o tenerla en menor grado o no tenerla, como ocurrirá cuando ellas no alcancen a las exigencias de ciertos tipos penales, y se trate ya de faltas o de conductas atípicas.
- b) Las manifestaciones de mera disidencia política que incluso situadas al margen de las reglas institucionales de participación, no comportan reacción penal si no pierden su carácter pacífico. Por ejemplo, manifestaciones en ejercicio del derecho a reunión en las que se divulgan ciertas ideas.
- c) Las conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, tales como las asociaciones ilícitas comunes.

La necesaria integración de la organización en lo injusto penal ha sido aceptada por gran parte de la doctrina tanto española como chilena y también en la doctrina comparada³⁴. En las legislaciones, con mayor claridad se advierte en el CP español y en la

³³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Delitos de terrorismo. En *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Fco. Javier Álvarez García y J.L. González Cussac, Directores, Capítulo 61, Tirant Lo Blanch, 2010.

³⁴ En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; la misma, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, en *ADPCP*, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988. esp.pp. 960 y ss.; *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, *ADPCP*, 1993, pp.535-559.1993, esp. pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, pp.32 y ss.; DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, en *JpD* nº 25, marzo de 1996, pp. 73-77. esp. p.74, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. del CED nº14, Octubre 1991, Santiago, Chile, 1991, p.2. En la doctrina comparada, BONANATE. “Dimensioni del terrorismo político” en Luigi Bonanate (ed.)

Terrorism Act en Gran Bretaña. La jurisprudencia española incluso después de la entrada en vigencia del CP 1995, que tipificaba una figura conocida coloquialmente como “terrorismo individual” y que consiste en desplegar las mismas conductas pero al margen de una organización terrorista, siguió la tendencia a sancionar a título de terrorismo cuando el sujeto se hallare vinculado a una organización terrorista hasta más o menos el año 2000, en que la Audiencia Nacional comenzó a aplicar el terrorismo individual a los actos de violencia callejera. La **jurisprudencia chilena a partir de 1992 comienza a valorar la organización como requisito indispensable en la definición formal de terrorismo**³⁵.

II. CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACION CHILENA. DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL TERRORISMO.

La Ley 18.314 fue creada bajo el régimen militar (1984) con el claro objeto de reprimir a la disidencia política. Formalmente obedece al mando constitucional del art. 9 de la Constitución Política de la República que junto con señalar que “el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos”, ordena que sea una ley de quórum calificado la que fije las conductas terroristas y su penalidad. Posteriormente esta ley fue reformada en democracia (ley 19.9237 de 1991) introduciendo elementos subjetivos en los tipos penales relativos a la finalidad terrorista para privarla de su extremo objetivismo y adecuarla al nuevo escenario político.

La ley antiterrorista reformada por la incipiente democracia consideró al terrorismo como un método de acción criminal, al que cualquiera pudiera recurrir, rechazando la idea de que sus autores pudieran estar inspirados por finalidades políticas que dijera relación con un terrorismo concebido como atentado contra los derechos humanos entendiendo que estos forman parte de las bases del estado democrático. Esto sucede así³⁶ por una razón de Estado más que jurídica, y es que las “conductas terroristas” no podían ser confundidas con las “conductas atentatorias contra la seguridad del Estado” sancionadas por la Ley de Seguridad del Estado (ley 12.927), y de paso porque contemplar la finalidad política podía llevar a que los en ese entonces presos políticos de la dictadura continuaran privados de libertad, en un mal entendimiento de lo que significa la finalidad política en el terrorismo, y una confusión desafortunada entre delincuencia política y delincuencia terrorista.

Otros autores sostienen que la no inclusión de la finalidad política en la ley fue producto de un entendimiento inadecuado del mandato constitucional de tratar para todos los efectos penales, los delitos de terrorismo como comunes y no políticos, pues

Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici, Franco Angeli, Milán, 1979, pp.130-131. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92. Véase también doctrina citada en Apartado tercero, I. Tipo objetivo, I. Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: *¿Requisito sine qua non del injusto?*.

³⁵ VILLEGAS, M. 2002, cap. 6.

³⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, *El delito de incendio terrorista*, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, II-2003, párr. 2.

“habría sido posible configurar el delito terrorista como un delito caracterizado por una significación ideológica sin que ello los transformara en un 'delito político'”.

Esta reforma provocó una total inadecuación del concepto de terrorismo en la ley chilena al concepto constitucional e internacional de terrorismo interno.

Concretamente los delitos de terrorismo en esta ley se construyen como delitos de forma libre, esto es delitos comunes agravados por características terroristas de su comisión, tales características eran, de un lado: la finalidad de causar temor a la población o un sector de ella; o alternativamente la de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias³⁷.

La finalidad de causar temor se entendía probada según la misma ley, por el hecho de haberse empleado ciertos medios, catastróficos, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una *categoría o grupo de personas*. Incluso más, la finalidad terrorista se presumía en caso de cometerse el delito a través de medios catastróficos.

Claramente las críticas a esta concepción³⁸ decían relación con la construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de la causación de temor o coacciones a la autoridad, olvidando que los efectos o resultados de alarma pública no son privativos de la delincuencia terrorista. Hay otras múltiples formas de delincuencia en las que podemos advertir esta característica. Ej: barras bravas, narcotraficantes. Por otra parte, terrorismo, como se ha dicho antes, no puede significar dogmático jurídico penalmente el causar terror o temor, es una tautología.

³⁷ Art. 1. Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. *“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 pudieren ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

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

³⁸ Ampliamente Villegas, 2002. La misma autora en *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl; y en *“El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”* en Contribuciones críticas al sistema penal de la pos modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Universidad Central, 2008. Así también, Observatorio Parlamentario. Minuta sobre Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 y derechos fundamentales, septiembre 2010. Disponible en www.observatorioparlamentario.cl, boletín tercer trimestre 2010.

La finalidad de causar temor es tan solo un medio en la conducta³⁹ del terrorista para alcanzar su objetivo final: destruir las bases del sistema democrático, y es en cuanto tal- un medio en la conducta- que debe así interpretarse en un tipo penal.

De otro lado, la presunción de la finalidad terrorista implicaba una vulneración abierta a la presunción de inocencia y al principio de legalidad, fuera de producir problemas insalvables de ne bis in ídem con uno de los tipos penales (art. 2 N°4) por el cual la conducta de arrojar por ejemplo un coctel molotov para obstruir una vía, sin dañar propiedades, sin dañar personas, se transformaba automáticamente en una conducta de terrorismo⁴⁰. Sin embargo, la aplicación de esta ley quedaba al arbitrio del órgano persecutor al decidir la calificación jurídica al momento de la formalización, cuestión importante si se considera que en función de dicha calificación inicial, se determina el procedimiento a seguir. Y así por ejemplo, ha existido profusa aplicación de la misma en zonas de la Araucanía, donde se ha juzgado por ejemplo, por ley de conductas terroristas al estudiante pro causa mapuche que arrojaba una bomba molotov, en cambio al estudiante que realizaba la misma conducta en la región metropolitana se le aplicaba la ley común o la ley de control de armas.

Por otra parte, no existe ni ha existido nunca claridad en torno a los bienes jurídicos protegidos. Desde que no reconoce finalidad política, no logra dar cuenta del bien jurídico colectivo protegido, en el entendido que los delitos de terrorismo en un país se construyen para proteger el sistema democrático y no a grupos o personas individualmente consideradas, supuesto que para eso es suficiente la ley penal común. En cuanto a los bienes jurídicos protegidos individuales, la ley protege la propiedad privada a través de los delitos de incendio, sin corresponderse con el mandato de los tratados internacionales sobre la materia, concretamente el Convenio para la Represión de atentados terroristas cometidos con bombas (N. York, 1999), que protege a la propiedad solo en su función social.

Conforme a investigaciones que se han realizado, especialmente en zonas de la VII y IX regiones, los atentados por los que se ha aplicado ley de conductas terroristas, lo han sido en propiedades privadas, sin resultado de lesiones o muerte de personas⁴¹, con

³⁹ En este sentido la doctrina chilena: Del Barrio y León Reyes, Villegas Díaz. En España: Lamarca Pérez, Terradillos Basoco, Serrano Pie de Casas, Arroyo Zapatero, García Arán, Ferré Olivé, Berdugo Gómez de la Torre, entre otros.

⁴⁰ Ampliamente, Villegas, 2002, 2006, también la misma autora en *“El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”* en Contribuciones críticas al sistema penal de la pos modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Universidad Central, 2008.

⁴¹ Villegas, Myrna, Pizarro, Angélica, Díaz Felipe, Albornoz, Patricia, Sandoval, Beatriz *“Derecho penal del Enemigo y criminalización de las demandas mapuche”*. Informe final. Universidad Central de Chile, proyectos de investigación Aplicada Ciencia y Tecnología, Inv. Responsable: Myrna Villegas D. Octubre 2008. y Villegas, Myrna - Quintana, Luis - Meza-Lopehandía, Matías - Díaz, Felipe – Jaque, Italo *“El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo”*. Informe Final, Iniciativa interdisciplinaria en Conflicto Mapuche y Derecho Penal. Inv. Responsable, Myrna Villegas, Programa de investigación Domeyko. Subprograma sujetos y actores sociales, Dir. Subprograma, Profa. Ph.Dra. Kemy

excepción del atentado a un Fiscal de la VII regiones y personal policial de la PDI, que tuvo como resultado lesiones leves.

III. REFORMAS A LA LEY 18.314

Si bien la LCT ha ido adecuándose a la normativa internacional surgida después de los atentados de 11 S, lo ha sido para fortalecer una legislación represiva de derechos y garantías fundamentales, especialmente en lo que dice relación con el ataque a las bases económicas del terrorismo⁴². En cambio, **no existe avance alguno en relación al concepto de terrorismo ni a los bienes jurídicos protegidos**. Ya se ha dicho que la Carta Fundamental al definir el terrorismo señala que éste es *“es por esencia contrario a los derechos humanos”* (art. 9), cuestión que en armonía con los tratados internacionales sobre la materia puede identificarse, penalmente, con aquella ***violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales para alcanzar un fin que dice relación con las bases de sustentación del Estado de derecho democrático***.

Esta idea ha sido pasada por alto siempre en las sucesivas reformas, a pesar de que es la misma Constitución la que se encarga de aclarar que los delitos de terrorismo son los más graves dentro de la legislación penal, por esta razón, ordena que la ley que regule esta clase de conductas debe tener un quórum especial para ser aprobada en el parlamento, y establece también gravísimas penas accesorias: el procesado por delitos de terrorismo pierde el derecho a sufragio (art.16 Constitución Política), y el condenado por estos delitos es inhabilitado por el plazo de quince años para el ejercicio de una serie de derechos y funciones: cargos de elección popular, labores de enseñanza en establecimientos educacionales y medios de comunicación social, ser dirigente de junta de vecinos, de sindicato, asociaciones gremiales, profesionales, empresariales, estudiantiles (art. 9 de la Constitución Política). Asimismo el condenado por delitos de terrorismo pierde la calidad de ciudadano (art.17 Constitución Política).

Es decir, el terrorista- como el homo sacer⁴³- sufre la marginación y estigma social aun después de su condena, lo que acarrea de uno u otro modo la imposibilidad de reinserción social.

La idea que subyace a esta normativa constitucional es que no cualquiera puede ser “sacer”, por lo tanto, así como en la vieja Roma las causales para ser declarado sacer

Oyarzún Vaccaro, Universidad de Chile. Marzo 2010, todos disponibles en www.pensamientopenal.com.ar. (fecha consulta 30-08-2012)

⁴² Decreto N° 488 (Min. de Relaciones Exteriores de 13/11/2001), que ordena cumplir la Resolución N°1373 (28/9/2001), del Consejo de Seguridad de ONU. Decreto N° 519 (Min. de Relaciones Exteriores 6/2/2002), que promulga el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15/12/1997). Ley 19.906 de 13/11/2003 que modifica la ley 18.314 incorporando n nuevo tipo penal, autónomo, que reprime, la financiación de los actos de terrorismo. Decreto N° 263 (Min. de Relaciones Exteriores de 10/2/2005, que promulga la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3/6/2002).

⁴³ Para entender la similitud, léase Agamben, G. *Estado de excepción*. Homo Sacer, II, I. Trad. De Flavia Costa e Ivana costa. Argentina: Adriana Hidalgo editora, 2004.

eran restrictivas, así también deberían serlo los tipos penales de terrorismo. Sin embargo nada de esto sucede en la ley actual. Más bien se acogen marcadamente criterios de derecho penal del enemigo para adelantar punibilidad mediante castigo de actos preparatorios, tentativas castigadas como delitos consumados, amenazas castigadas como tentativas; para aumentar penas y para alterar las reglas procesales y procedimentales ordinarias: ampliaciones de plazos de detención en manos de la policía (10 días en casos de terrorismo, hasta 72 horas en cualquier otro caso), prisión preventiva reforzada, posibilidades de intervención en las comunicaciones sin conocimiento del afectado y sin posibilidad de control judicial por parte del tribunal superior, uso de testigos con reserva de identidad, entre otros.

La última reforma (**Ley 20.467, de 8 octubre 2010**), aborda varios aspectos, que no pueden ser tratados en su totalidad en este informe, por lo que nos referiremos solo a aquello que dice relación con la calificación que se pretende impugnar, esto es, el **concepto de terrorismo y los bienes jurídicos protegidos**.

En cuanto al concepto de terrorismo, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones contenidas en el mensaje del proyecto de ley, no logra adecuarse al concepto antes esbozado del mismo y que se contiene en los tratados internacionales, puesto que no considera los límites que esta misma normativa internacional impone, en cuanto a que nada de lo que en estos tratados se diga puede ser interpretado para restringir derechos humanos fundamentales⁴⁴.

En este sentido si bien la reforma elimina la presunción de la finalidad terrorista que operaba cuando se usaban en la comisión del delito medios catastróficos o estragantes, lo que vendría a salvar la inconstitucionalidad producida respecto del principio de presunción de inocencia, hay que destacar que por este motivo, esta presunción nunca fue usada por nuestros tribunales, tampoco en el caso de mapuche, como bien lo hizo ver el TOP de Angol⁴⁵, con lo cual su eliminación no resolvía ningún problema real. Muy por el contrario, la referencia que esta presunción hacía al uso de medios catastróficos o estragantes servía como criterio al juez para calificar una conducta como terrorista cuando se usaran esta clase de medios desde que eran usados para dar por probada la finalidad de atemorizar a la población. Hoy día al haber desaparecido esta referencia las conductas terroristas podrán verificarse por cualquier medio, quedando el tipo penal abierto.

⁴⁴ Arts. 14 y 19.1 del Convenio para represión de atentados terroristas cometidos con bombas y art. 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

⁴⁵ "...que la ley mencionada sobre conductas terroristas se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal. En este orden de ideas, la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley N° 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°, encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999..." STOP Angol 07-04-2006. RIT 21-2004

Así las cosas podría suceder que un delito de terrorismo se verificara mediante hondas, cuchillos, piedras, es decir un medio que carece de toda capacidad para llevar adelante una estrategia sistemática de violación masiva a derechos humanos, con lo cual nos alejamos completamente de los elementos de un concepto jurídico de terrorismo acorde con los tratados internacionales.

La reforma también elimina como hipótesis alternativa de finalidad terrorista la de arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad. Sin embargo esta hipótesis pasa a formar parte de la manera de probar la concurrencia de la finalidad de causar temor, con lo cual no se adelanta mucho, y además se amplía a “inhibir” resoluciones de la autoridad, ampliando las hipótesis de comisión.

No se trata de afirmar que todos los delitos de terrorismo necesariamente deban ser cometidos con medios catastróficos capaces de causar muerte o lesiones graves, pero sí de guardar un mínimo de razonabilidad para impedir que ya definitivamente el terrorismo se convierta en el cajón de sastre de cualquier clase de conducta, pues de acuerdo a la actual redacción, que un estudiante lance piedras contra un edificio del ministerio de educación exigiendo a la autoridad mejoras educacionales, podrá – en función de lo que opine el fiscal de turno- ser considerado delito de terrorismo, porque por el solo hecho de tratar de arrancar una resolución a la autoridad, se evidenciará que tenía finalidad de causar temor un sector de la población.

Esto implica que **los tipos penales en la ley de conductas terroristas siguen siendo abiertos** y una tentación para su aplicación discrecional, como quedo de manifiesto en el proceso seguido contra comuneros mapuche, por el incendio al fundo Poluco Pidenco. Véase la siguiente tabla demostrativa:

TRIBUNAL	RIT	FECHA	IMPUTADO	CALIFICACIÓN y DECISIÓN
TOP Angol	21-04	22-08-2004	C/ Jose Huechunao y otros	Incendio terrorista Condena 10 años y 1 día
TOP Angol	21-04	03-05-2005	C/ Juan Carlos Huenulao	Incendio terrorista Condena (10 y años y 1 día
TOP Angol	21-04	07-04-2006	C/ José Cariqueo y otro	Incendio común Absolución falta de participación
TOP Angol	21-04	14-02-2007	C/ José Llanquileo	Incendio común. Condena 5 años y 1 día
TOP Angol	21-04	28-05-2008	C/Luis Catrimil	Incendio común Condena 4 años

En directa relación con esta inadecuación a la constitución y a los tratados internacionales sobre terrorismo, la reforma a los delitos de incendio terrorista si bien impide que el juez pueda aumentar la pena hasta en tres grados (nunca ocurrió así en la jurisprudencia, generalmente el aumento de pena era en un grado pues ya con ese aumento quedaba lo suficientemente grave)⁴⁶, las penas siguen siendo las mismas⁴⁷.

Hay que hacer presente que durante la discusión parlamentaria se presentó una indicación a objeto de incorporar una norma que limitara la protección de la propiedad privada, en los términos del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. El art. 2 del citado Convenio establece que:

“Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o
- b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

El art. 1 entrega las definiciones de instalación pública o gubernamental⁴⁸, red de transporte público⁴⁹, lugar de uso público⁵⁰, así como de "instalación de infraestructura", que es la única referencia a la propiedad privada. Se entiende por tal “toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones”.

⁴⁶ Véase todas las sentencias del caso Poluco Pidenco, por ejemplo, TOP Angol, RIT 21-04 ya citadas en el texto.

⁴⁷ Concretamente los incendios del art. 476 del CP tienen asignada como pena mínima la de 5 años y 1 día de privación de libertad. Aumentada en un grado queda en 10 años y un día. Así era antes de la reforma, y sigue siendo igual con ella pues si bien aplica las penas del código penal, señala expresamente que en esta clase de incendios (los del 476 num.3) la pena mínima para el incendio terrorista sigue siendo de 10 años y un día de presidio.

⁴⁸ Por "instalación pública o gubernamental" se entiende toda instalación o vehículo permanente o provisional utilizado u ocupado por representantes de un Estado, miembros del gobierno, el poder legislativo o el judicial, funcionarios o empleados de una entidad estatal o administrativa o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental a los efectos del desempeño de sus funciones oficiales.

⁴⁹ Por "red de transporte público" se entienden todas las instalaciones, vehículos e instrumentos de propiedad pública o privada que se utilicen en servicios públicos o para servicios públicos a los efectos del transporte de personas o mercancías.

⁵⁰ Por "lugar de uso público" se entienden las partes de todo edificio, terreno, vía pública, curso de agua u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional, e incluye todo lugar comercial, empresarial, cultural, histórico, educativo, religioso, gubernamental, de entretenimiento, recreativo o análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público.

Esta indicación⁵¹ fue rechazada. Durante la discusión parlamentaria se enfatizó que los tratados internacionales obligan a la protección de la propiedad solo en su función social, y que en aquellos casos en los que existen legislaciones que protegen la propiedad privada mediante este tipo de delitos (vr.gr. CP español), existen otra clase de restricciones en los tipos penales de terrorismo que determinan que no cualquiera pueda ser terrorista (ej. finalidad política, necesidad de la pertenencia a una organización terrorista o asociación ilícita terrorista).

El rechazo a la incorporación de la indicación, a juicio de esta informante, ha de ser interpretado de la siguiente manera: habida consideración que el Convenio internacional para la Represión de Atentados terroristas cometidos con bombas es ley de la Republica desde el momento de su ratificación, la normativa antiterrorista debe ser interpretada conforme a este convenio, en el sentido **de acoger expresamente que los atentados contra la propiedad solo serían punibles conforme a la ley de conductas terroristas, en la medida en que atacan la función social de la propiedad**, cumpliéndose, empero los demás requisitos para que una conducta pueda ser considerada terrorista de acuerdo al concepto constitucional de terrorismo al que se ha hecho referencia, y cuyos elementos centrales serían la estrategia de ataque a derechos humanos fundamentales con la finalidad de destruir el orden constitucional llevada a cabo por una organización dotada de infraestructura e ideología tales que le permiten erigirse en una especie de micro estado dentro del estado.

IV. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DISIDENTE

1. Interpretación doctrinal del concepto de terrorismo contenido en la ley 18.314 y su aplicación al caso concreto.

La primera idea que hemos de tener presente, tal como lo ha manifestado el voto mayoritario, así como también el voto disidente es que no hay aunamiento de criterios en torno al concepto de terrorismo. El voto mayoritario acude a una interpretación estrictamente legal, citando una interpretación del prof. Hernández que evidencia que nos encontramos ante tipos penales abiertos construidos sobre la base de una finalidad

⁵¹ La citada moción de los Diputados señores Harboe, Accorsi, Burgos, Cornejo, Chain, Díaz, Saffirio y Schilling, pretendía incorporar un art. 2 bis del siguiente tenor:

“Artículo 2° bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, sólo constituirán delitos de terrorismo aquellos que afecten la vida, la integridad física, la libertad y la salud de personas. Tratándose de atentados contra la propiedad tales como incendios y estragos descritos en el numeral 1 y los delitos de atentados descritos en los numerales 2 y 4, se juzgarán y sancionarán conforme a esta ley sólo cuando se tratare de lugares de uso público, redes de transporte público o instalaciones de infraestructura, entendiéndose por estas últimas toda propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público tales como los de abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones, y concurriere además la finalidad de causar muerte o lesiones graves o una destrucción significativa, todo ello de conformidad con el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas.”.

terrorista (atemorizar a la población o a un sector de ella) que es muy difícil de probar. El voto disidente alude a la postura de esta informante en torno a la finalidad política en el terrorismo y que rápidamente identifica con la finalidad del anarquismo de “suprimir el Estado”, saltándose varios pasos en la construcción del tipo penal de terrorismo.

Encontrándonos entonces y como se ha demostrado en los apartados anteriores ante un grave problema con el principio de legalidad por la existencia de tipos penales de terrorismo abiertos, corresponde interpretar la normativa antiterrorista acudiendo a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en estas materias, y ver si se dan o no en el caso en examen. Esta apertura de los tipos penales viene dada, recordemos, por:

- a) La construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de los efectos o el resultado de alarma pública que tales actos causen, lo cual no es privativo de la delincuencia terrorista, como ha sostenido la doctrina española y chilena⁵². Un violador en serie también causa alarma y atemoriza a un sector de la población, una barra brava enardecida lanzando piedras y riñendo con armas blancas a la salida de un estadio también causa alarma y atemoriza a los vecinos. Tal y como lo ha indicado la jurisprudencia en nuestro país: “la alarma es el resultado posible del carácter *programado, sistemático y organizado* que tiene la acción terrorista, que es además, una *violencia instrumental*, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”⁵³.
- b) Consciente de que la finalidad terrorista es compleja de probar, el legislador da por acreditada la finalidad de causar temor a la población o parte de ella en base a los medios empleados, los que dada la ausencia de restricción pudiera ser cualquiera, incluyendo medios que carezcan de cualquier potencialidad lesiva para formar parte de una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, como un artefacto explosivo casero de bajo poder destructivo como dio por probado el voto mayoritario; o la “evidencia” de obedecer a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. Es tal vez la ausencia de esta restricción a los medios empleados lo más grave dentro de la ley de conductas terroristas, fuera de problemas de *ne bis in idem* con la figura penal del art. 2 num. 4 a que nos referiremos en su momento. Por ende, aquello que debiera hacer sentido al juzgador para realizar una interpretación restrictiva.

Interpretar el art. 1 de la ley de conductas terroristas a la luz del concepto constitucional de terrorismo y los tratados internacionales sobre la materia implica:

- a) Que la adecuación de los hechos al tipo penal concreto, dada su amplitud, debe ser particularmente restrictiva, de conformidad con el art. 19 nº3 de la Constitución, procurando castigar auténticas conductas de terrorismo.

⁵² DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.167, VILLEGAS, M. 2002 que siguen en este punto a Carmen LAMARCA.

⁵³ SCA de Santiago, de 13-11- 1992, *considerando séptimo (caso Edwards)*, en GJ Nº149, 1992.

- b) Que los delitos de terrorismo se distinguen por formar parte de una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales. (art.9 CPR: “el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos”), luego solo serían castigables por terrorismo, conductas que formaren parte de una estrategia como la descrita, no pudiendo considerarse como tales, conductas como las del condenado, en la que no se ha logrado probar en juicio ni la existencia de una estrategia como la indicada, así como tampoco su pertenencia a una organización o asociación ilícita terrorista, única capaz de llevar a cabo una tarea de tal envergadura en la medida en que se convierta en una especie de “Micro Estado” dentro del Estado (Patalano, ya citado).
- c) El terrorismo tiene una finalidad política dirigida a destruir o socavar los fundamentos del orden constitucional que un pueblo en ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación ha decidido darse⁵⁴. Dan cuenta de ello las gravísimas consecuencias jurídicas accesorias que acarrea la conducta de terrorismo: inhabilidades absolutas para participar en instituciones y organizaciones que dicen relación con la participación democrática (art. 9 CPR), la pérdida del derecho a sufragio así como de la ciudadanía (Art. 16 CPR).Luego, el bien jurídico colectivo que protege es colectivo: el orden constitucional, siendo el atentado contra bienes jurídicos individuales el vehículo para atentar contra el mismo (como reconoce el voto disidente). Las ideologías contrarias al modelo imperante, no bastan, perse, para castigar a una conducta como terrorista, hacen falta, como se indica, otra serie de elementos que la acompañen. En este sentido, los tipos penales de terrorismo deben construirse como delitos de “peligro concreto” respecto del bien jurídico protegido, y no simplemente como cualquier “delito de peligro” como lo sostiene el voto disidente.
- d) Las conductas de terrorismo, dadas estas consecuencias, son consideradas dentro de las más graves en la legislación, por lo mismo, la ley que regule las conductas terroristas y fije su penalidad, expresa la Carta Fundamental, ha de ser una ley de quórum calificado.
- e) Siendo una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, ésta solo puede ser llevada a cabo por individuos que se encuentren bajo mando de una organización capaz de llevar adelante tal estrategia, una organización terrorista, discrepándose en este punto de las consideraciones de alguna legislación extranjera sobre la incriminación del mal llamado terrorismo individual o terrorismo doméstico, normas que la doctrina, en general, española, está conteste en rechazar considerando como necesaria la inclusión del elemento estructural en los tipos penales de terrorismo a objeto de diferenciar la violencia terrorista de la violencia social e incluso de la violencia espontanea organizada que no persigue o no alcanza resultados políticos⁵⁵. En el

⁵⁴ Véase definición entregada de terrorismo, en el plano sociológico, por Domínguez Vial, ya citada, la cual recogemos a efectos de una interpretación jurídica que se encuentra presente en los tipos penales de terrorismo del Código penal Español, y también, en nuestra interpretación, en la ley chilena.

⁵⁵ En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.32 y ss.; DE PRADA SOLAESA, 1996, p.74, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL,

caso in comento, no se ha logrado probar vinculación alguna del condenado con organizaciones terroristas, el órgano persecutor y la parte querellante intentaron probar su pertenencia a colectivos anarquistas, no a asociaciones ilícitas terroristas. A este respecto cabe recordar que la jurisprudencia nacional, en los últimos diez años, no ha reconocido la existencia de asociaciones ilícitas terroristas en nuestro país. Así sucedió con la Coordinadora Arauco Malleco, integrada por mapuche, a varios de cuyos miembros se les formalizó por asociación ilícita terrorista exitiendo dos fallos al respecto, ambos absolutorios. El primero, en el denominado caso Poluco Pidenco (Sentencia TOP Angol de 27-07-2005, RIT 080-2004 / RUC 0200142499-02), el segundo en el caso del atentado al Fiscal (Cañete)⁵⁶. Finalmente, en el último y reciente caso, denominado coloquialmente “Caso Bombas” en donde también se intentó probar la existencia de asociación ilícita terrorista esta vez en grupos anarquistas, cargos por los cuales los imputados fueron sobreseídos definitivamente (Resolución del 8° Juzgado de Garantía de Santiago de 7 octubre de 2011, RUC 1000636602-9), y cuya sentencia definitiva fue finalmente absolutoria.

- f) Interpretar la normativa de la ley 18.314 de conformidad con el concepto constitucional de terrorismo, implica también que los medios que se utilicen en la comisión del delito, han de ser idóneos para llevar a cabo dicha estrategia, no pudiendo ser considerados como tales aquellos que carecen de potencialidad lesiva para atentar contra el orden constitucional. En el caso de que se trata, se probó que se trataba de un artefacto explosivo casero, de bajo poder destructivo, toda vez que al explotar provoca autolesiones a quien la portaba, produciéndose la mayor parte de ellas por la deflagración de la pólvora mas que por la detonación. Los daños que se ocasionan a la propiedad privada son menores según da por probado el tribunal.

2. Sobre las características del terrorismo señaladas por el voto disidente.

El voto disidente comienza citando algunos de los elementos que aquí se han mencionado, pero en su apartado II. “El terrorismo como método de violencia extrema” ya denota una confusión de carácter dogmático no menor y que resulta importante a la hora de analizar el caso, y es que al referirse a los bienes jurídicos protegidos por las leyes antiterroristas señala que los bienes jurídicos individuales son la forma de atentar contra el bien jurídico colectivo bajo la forma de lesión o puesta en peligro, lo que a su juicio “denota el carácter de peligro abstracto de este tipo de criminalidad”, pero luego, cinco líneas más abajo, señala que son de “peligro concreto”.

LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, ob.cit., 1998, p. 55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.2. En la doctrina comparada, BONANATE. 1979, pp.130-131. y ss. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92.

⁵⁶ Sentencia TOP de Cañete, de 22 de marzo de 2011, Ministerio Público con Héctor Javier Llaitul Carrillanca y Otros. Delito: robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita terrorista y otros. RUC: 0800932994-4, RIT: 35-2010

Si queremos sostener una interpretación acorde con la Constitución, de conformidad con sus arts. 5, 9 y 19 núm. 3, y muy especialmente de conformidad con el principio de legalidad, entendido como límite al *ius puniendi*, debe concluirse que si las conductas de terrorismo son lo más grave en la legislación, necesariamente sus tipos penales deben construirse e interpretarse como delitos de peligro “concreto”. Esto implica entonces que deberán cumplirse los elementos antes indicados para su consideración, y muy especialmente la idoneidad de la conducta y del medio para llevar a cabo una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, lo que en el caso no se da. El condenado no forma parte de ninguna asociación u organización terrorista, en cuya estrategia pudiera haberse incluido la conducta desplegada. No hay prueba de tales elementos en el juicio.

El voto disidente, algunos párrafos más adelante, citando a Carnevalli, sostiene que las características del terrorismo y el carácter internacional que adquieren muchas de sus conductas, tornan difícil la interpretación de bienes jurídicos afectados que digan relación solo con el orden interno de los Estados, por lo que cabría aquí realizar consideraciones respecto de las finalidades de los agentes en cuanto estas dicen relación con la causación de temor o la intimidación, como sostienen algunos tratados internacionales, entre ellos el Convenio Internacional para la Represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Al respecto cabría hacer la distinción entre terrorismo internacional y terrorismo interno. En el terrorismo interno, la construcción de los tipos penales, debe hacerse con estricto apego a la legalidad y muy especialmente a la taxatividad, de manera tal que habrá que buscar bienes jurídicos más concretos y objetivables que cuestiones que se refieran al ánimo interno del infractor como es el deseo de atemorizar o de causar alarma (nótese que no es la causación del temor sino la mera finalidad de causar temor). Luego, el hecho de que en los Convenios Internacionales se haga alusión a estas finalidades no obliga, empero, ni a construir ni a interpretar tipos penales de terrorismo sobre la sola base de las mismas.

Debe recordarse que tanto la Convención Interamericana contra el terrorismo (art.15.2)⁵⁷ como el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con Bombas (art. 19)⁵⁸ e incluso el Convenio para la Represión del Financiamiento del terrorismo que el voto disidente cita (art. 21)⁵⁹, señalan que nada de lo que se diga en estos tratados puede

⁵⁷ Art. 15.2 CICTE: “2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, **el derecho internacional de los derechos humanos** y el derecho internacional de los refugiados”.

⁵⁸ Artículo 19. 1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario.

⁵⁹ Artículo 21. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los

ser interpretado para menoscabar los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas, y los Estados de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales está la garantía de la taxatividad o certeza en los tipos penales.

3. Sobre la ideología anarquista y la finalidad terrorista.

Intentando dar por acreditada la finalidad terrorista, esta vez no ya de causar temor sino directamente de destruir el orden constitucional, el voto disidente realiza una *descripción* histórica del anarquismo que no viene sino a confirmar que la violencia empleada por grupos de esta ideología no es per se terrorista, a pesar de ello, en sus conclusiones expresa que “*el anarquismo en todas sus manifestaciones, aspira a la supresión del Estado y de toda forma de dominación entre los hombres, entrelazándose así con el terrorismo en todas sus expresiones, lacra que busca sancionar la Ley N° 18.314*”.

A este respecto, habría que precisar que debido al misticismo de los grupos anarquistas y su *propaganda mediante la acción* en los años noventa, la creencia generalizada era que esta violencia estaba encuadrada dentro de una estrategia sistemática del anarquismo internacional⁶⁰, cuya finalidad no era otra que la desestabilización y destrucción del sistema político y social imperante y que por ende era parte del “terrorismo sistemático”⁶¹. Lo cierto es que esa estrategia anarquista, el temido alto mando, la supuesta disciplina del partido, sólo existieron en la imaginación de la prensa de la época y de la policía. No hay bases reales que nos permitan afirmar que los asesinatos que se cometieron en Francia, Italia y otros países efectivamente formaban parte de ese “plan”, pese a la gran explosión propagandística que causaron en su momento⁶². Puede reafirmar esta idea el

propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes.

⁶⁰ Villegas, M. 2002, Vol. II, cap. 6.

⁶¹ A este respecto Quintano Ripollés ha indicado: “los más de los atentados terroristas que ensangrentaron la Europa del fin de siglo se ajustaron a esa táctica, derivando unas veces al ataque magnicida individualizado, como en los regicidios de Humberto I de Italia, de la Emperatriz Isabel de Austria, los frustrados contra Alfonso XIII ... mientras que otras, más acusadamente terroristas, el acto careció de destinatario concreto, como acació en las bombas arrojadas en el Teatro Liceo de Barcelona, en el Diana de Milán o en la Cámara de Diputados de París...”. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo IV. Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967. p.27.

⁶² Sobre la violencia anarquista véase la Selección de obras de HOROWITZ, Irving. *Los Anarquistas. La teoría. La práctica*. 2 Vols. Madrid, 1975; JOLL, James. *Los anarquistas*. Barcelona, 1968; WOODCOCK, George. *El anarquismo*. Barcelona, 1979. Para el caso francés véase: MANFREDONIA, Gaetano. *L'individualisme anarchiste en France (1880-1914)*. París, 1991; PESSIN, Alain. *La rêverie anarchiste, 1848-1914*. París, 1982; MAITRON, Jean. *Histoire du mouvement anarchiste en France (1880-1914)*. 2 vols. París, 1983. Sobre el anarquismo en Gran Bretaña, véase: MacKERCHER, William Russell. *Libertarian Thought In Nineteenth Century Britain: Freedom, Equality and Authority*. Nueva York, 1987. Análisis sobre el anarquismo en Alemania puede encontrarse en CARLSON, Andrew R. *Anarchism in Germany*. Metuchen, New Jersey, 1972. Para el caso ruso, véase: VENTURI, Franco. *El populismo ruso*. Madrid, 1960. AVRICH, Paul. *Los anarquistas rusos*. Madrid, 1974. Finalmente, para el caso italiano véase: CIVOLANI, Eva. *L'Anarchismo dopo la Comune: il casi italiano e spagnolo*. Milán, 1981. MASINI, Pier Carlo. *Storia degli anarchici italiani: da Bakunin a Malatesta (1862-1892)* Milán, 1972.

hecho de haber tenido, esta misma violencia anarquista, una significación distinta en países como Estados Unidos y España, ya que contaron con el apoyo de sectores específicos de la población. Así, en Estados Unidos encontraron apoyo de la clase obrera, y en España, el apoyo de la clase perteneciente a sectores agrícolas e industriales.

La doctrina tradicional ha señalado que la acción individual anarquista puede ser terrorista, aludiendo a *razones históricas*, refiriéndose a ejemplos de actos que “calificados sin polémica alguna” como actos de terrorismo, han sido realizados prescindiendo de cualquier estructura organizativa: la acción individual anarquista que impregnó las manifestaciones de violencia política durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del S. XX⁶³. Sin embargo, existen poderosas razones para argumentar que la denominada “acción individual” del anarquismo no puede identificarse de manera exacta con el terrorismo⁶⁴, y que esta consideración responde más bien a la extensión indebida del concepto “terrorismo” hacia la violencia política en general, fruto de una manipulación política que tiende a concebir a determinadas ideologías como terroristas⁶⁵. La diferenciación entre organizaciones terroristas y anarquistas se ha producido también en el campo estrictamente jurídico. Así la Ley de 10 de Julio de 1897 en España diferenció entre asociaciones anarquistas, terroristas y colectivistas⁶⁶.

Las acciones diseñadas por la estrategia anarquista no son estrictamente individuales, sino que responden a un colectivo que no se estructura al estilo de las organizaciones que normalmente conocemos (centralismo democrático, estructura celular piramidal). En su Congreso de 14 de julio de 1881 el anarquismo adoptó la violencia como método de oposición al Estado a través de la “propaganda por el hecho”, y a partir de esta línea política desarrollaron su accionar, por tanto, existía una estrategia política. Ahora, si bien es cierto el anarquismo ha recurrido en ocasiones al empleo de los métodos que también utiliza el terrorismo, por ejemplo, algunas actividades de la “propaganda por el hecho”, no puede afirmarse que ello responda al concepto de terrorismo ya que desde el punto de vista histórico, calificar como terrorista cualquier acción que provenga de un individuo o de un grupo y que emplee medios crueles o bárbaros, implica eliminar la necesaria distinción entre un delito político y un delito de terrorismo, o entre otras conductas como el genocidio y los delitos de terrorismo. Si así fuera, habría bastado, como dijo BONANATE haya ya mas de veinte años, con evitar la discusión doctrinal, que ya bastantes años tiene, y considerar como terrorista cualquier acto violento con finalidad política y obviar cualquier esfuerzo por delimitar el contenido del terrorismo⁶⁷.

⁶³ Así CUERDA ARNAU, M^a Luisa; “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 374 y ss. NÚÑEZ FLORENCIO. *El terrorismo anarquista (1988-1909)*, Madrid, 1983, p.38. Véase además bibliografía citada en Cap. II, punto II. *La violencia política*.

⁶⁴ Así WOODCOCK, G. *L’anarchia*, Fettrini, Milano, 1962, p.12.

⁶⁵ En este sentido BONANATE, 1979, pp. 130-131

⁶⁶ Véase al respecto el legendario pero aun vigente texto de GARCÍA PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, 1977, p.37.

⁶⁷ BONANATE, 1979, pp.130-131.

En tal sentido es acertado el voto de mayoría en cuanto reafirma la libertad de pensamiento y de expresión. La discrepancia de un colectivo o una organización con el actual sistema económico y político, o con la institucionalidad vigente, no puede servir como base, en un Estado democrático, para calificarle jurídicamente terrorista. El elemento base para la cualificación como terrorismo no es la declaración de oposición al orden establecido, así como tampoco actos aislados de alguno de sus integrantes o simpatizantes, sino la estrategia criminal, *atentatoria contra derechos humanos fundamentales*, que en sí misma subvierte el ordenamiento constitucional democrático. De lo contrario, no podríamos considerar terroristas a los grupos que amparados por la impunidad estatal, realizan violaciones a los derechos humanos pretendiendo mantener una determinada situación del Poder político.

Por lo demás, el criterio de cualificar como terrorista un colectivo u organización por mantener una ideología contraria a la del orden establecido es contrario al espíritu del legislador claramente manifestado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley de conductas terroristas. Este criterio que inspiró al legislador de la ley 19.027 fue confirmado posteriormente por el Sr. Francisco Cumplido, ex ministro de Justicia del primer gobierno de la concertación (P. Aylwin), en un informe entregado al gobierno de turno (E. Frei) en 1998, en donde precisaba el sentido y alcance de algunas de las disposiciones de las leyes 19.047 y 19.027:

*“ ... Si como se tuvo presente al aprobar estas normas el por el poder legislativo, el terrorismo es un medio de un instrumento, la mera ideología política contraria a la institucionalidad establecida no es suficiente para calificar una asociación de terrorista...**la existencia de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3° de la ley 17.798 sobre control de armas, sólo son asociaciones terroristas si su objeto es la comisión de delitos que deban calificarse como terroristas, es decir, reunirse alguna de las características descritas en el artículo 2° de la ley de conductas terroristas. Así, la asociación debe tener por fin la ejecución de conductas terroristas, situación difícil de producirse. Por constituir una de las características posibles de la conducta terrorista “intimidar a la población”, la ley 19.947 eliminó esta parte del tipo de los delitos contra la Seguridad del Estado ...”.***

4. Sobre los elementos del tipo penal perpetrado según el voto disidente y su interpretación del art. 2 N°4 de la ley 18.314 en relación con el art. 1.

4.1. Sobre la consideración del art. 2 N° 4 como un delito de peligro.

El art. 2 num. 4 tipifica como terrorista, en la medida en que cumple con la finalidad descrito en el art. 1 el *“Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.*

El voto disidente interpreta la norma in comento como un delito de peligro, pero tal y como se ha indicado anteriormente, la imprecisión manifestada páginas más atrás en cuanto a si los delitos de terrorismo, en general, expresan conductas de peligro concreto o abstracto, y en relación a qué bienes jurídicos, lo lleva a concluir que el solo hecho de colocar un artefacto explosivo de bajo poder destructivo constituye per se un delito de peligro “terrorista”, descartando que una interpretación acorde con los arts. 5, 9 y 19 N°3 de la constitución, así como los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se mencionaron en el punto anterior exigen una interpretación del art. 2 N°4 de la ley 18.314 acorde con derechos humanos, debiendo entonces exigirse la interpretación penal de las conductas descritas en dicha norma como delitos de “peligro concreto” respecto del bien jurídico colectivo.

Para poner en peligro el orden constitucional hace falta algo más que un artefacto explosivo que pudiera causar daño, lesiones o muerte, a saber, que dicha conducta se enmarque en una estrategia de violación a derechos humanos fundamentales, en la que el temor o alarma pública sea considerado un medio en la conducta. Luego, las alusiones que el voto disidente realiza citando a Pozo Silva en orden a que el terrorista pone en peligro bienes jurídicos individuales en función de las consecuencias que pueda prever de su acto, a raíz de lo cual no haría falta probar un “temor justificado” para acreditar una conducta como terrorista, no parecen felices pues no solo es una interpretación que va contra texto expreso del art. 1 de la ley 18.314, sino que además contribuye a transformar los tipos penales de terrorismo en un cajón de sastre de cualquier clase de conductas. Porque siguiendo la interpretación del disidente, entonces un grupo de estudiantes, que en el marco de una manifestación tendiente a impedir la aprobación de una ley que les es desfavorable, lanzan piedras contra buses de carabineros poniendo en peligro la integridad física incluso de los transeúntes, podrían ser calificados como terroristas: a) tienen por finalidad atemorizar a un sector de la población, supuesto que la evidencia de dicha finalidad vendría dada por la intención de inhibir a la autoridad de aprobar la citada ley, b) el medio utilizado cabe dentro del amplísimo espectro de posibilidades.

La comprobación del peligro viene dada por el hecho de que la conducta forma parte de una estrategia dirigida a violar derechos humanos con masividad y sistematicidad, por una organización que se dedica a la comisión de esta clase de delitos, con un plan diseñado para tales efectos, a lo menos. En tal sentido se comparte la interpretación restrictiva del voto de mayoría en orden a apegarse al tenor literal del art. 1 y exigir que el temor a que alude el art. 1 de la ley 18.314, debe ser justificado o a lo menos comprobable, sostener lo contrario es hacer una interpretación extensiva de la ley penal, lo que parece delicado considerando las gravísimas consecuencias accesorias que para la participación del sujeto en la vida social acarrea el ser condenado por delitos de terrorismo.

4.2. El artefacto explosivo como doble fuente de ilicitud en la ley 18.314.

Otro punto que llama la atención dentro del desarrollo del voto disidente es quesu interpretación del art. 2 N°4 que viene a justificar un grave problema que evidencia esta

ley en orden a considerar el artefacto explosivo como doble fuente de ilicitud. Señala el voto disidente:

*“En este punto es relevante además de las consideraciones ya efectuadas, determinar los especiales **“medios utilizados en la comisión de un delito”**, que son los que la ley chilena enumera y para el caso particular, y siendo invocado el numeral cuarto del artículo 2° de la Ley N° 18.314, que sanciona la **“...colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo...”**, pues bien este medio comisivo, es evidentemente indiciario⁶⁸ de una conducta enmarcada dentro de la denominada ley antiterrorista chilena”.*

Lo que el voto disidente sostiene en su interpretación y que le parece adecuado es que el artefacto explosivo sirva no solo como elemento constitutivo del tipo penal del art. 2 N° 4, sino además como forma de acreditar la finalidad terrorista según el art. 1. Este punto ha sido fuertemente criticado por esta informante en todos sus textos indicando que existiría una violación al principio de ne bis in ídem⁶⁹.

Llama la atención que en todo el resto del razonamiento del disidente en el punto en comento haga alusión a hechos que no se dieron por probados en el juicio, a saber, el supuesto temor que habría causado a los habitantes cercanos, la repetición sistemática de hechos similares, incluso en una parte del fallo se refiere a estos hechos como “públicos y notorios”.

4.3. Sobre los elementos del tipo penal que el voto disidente da por concurrentes

En este punto simplemente resumiremos lo expuesto extensamente con el objeto de contra argumentar lo expuesto en este voto de minoría.

Según el disidente *“Son elementos del delito tipificado en el numeral cuarto del artículo 2° de la Ley N° 18.314, en armonía con el artículo 1° del mismo cuerpo legal los siguientes”:*

*“a.- Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiario **de cualquier tipo”**.*

De acuerdo a las consideraciones anteriores nos encontraríamos ante un tipo penal abierto, que reclama una interpretación acorde con la constitución en los términos ya expresados.

⁶⁸ El subrayado es nuestro.

⁶⁹ Villegas, M. 2002, 2006 e incluso en los textos (minutas para debate parlamentario) que el propio voto disidente cita.

“b.- El carácter destructivo o los efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos de los elementos desplegados por la conducta del agente.”.

Este elemento no puede darse en el caso sublite toda vez que el medio empleado era un artefacto explosivo casero, de bajo poder destructivo, y que causó lesiones de envergadura a quien la portaba mas bien por la deflagración que por la explosión según se desprende del fallo. Los daños causados a la propiedad privada también fueron menores según dio por establecido el tribunal.

*“c.- Que la acción desplegada tenga por **finalidad** producir en la población o en parte de ella un **temor justificado** de ser víctimas de iguales delitos”.*

En este sentido se concuerda con el voto de mayoría en orden a no tener por probada esta finalidad. El legislador es expreso en exigir un temor justificado, y no meras aprehensiones o temores, o simples presunciones de temor como parece sostener el disidente.

*“d.- Que atendida la **naturaleza y efectos de los medios empleados** ese temor se configure, en la evidencia que obedece a un plan premeditado de atentados contra una categoría o grupo determinados de personas, o sea que su comisión tiene por objetivo arrancar o inhibir resoluciones de autoridad o imponerle exigencias”.*

No queda claro a cuál de las evidencias se está refiriendo el disidente:

i) si a la naturaleza y efectos de los medios empleados, en cuyo caso, como se ha indicado antes, estaríamos ante un serio problema de ne bis in ídem y con la presunción de inocencia al dar por acreditada la finalidad terrorista con un artefacto explosivo que reviste doble fuente de ilicitud (como elemento del tipo en el art. 2 N14 y como forma de probar la finalidad terrorista en el art. 1);

ii) o si se refiere al plan premeditado de atentar contra una categoría de personas (los bancos), cuestión que tampoco se probó dado que no hay evidencia de un plan premeditado que registre acciones destinadas a atentar contra tales personas jurídicas, ni la vinculación del condenado con otros hechos de similar naturaleza;

iii) o si se refiere a arrancar resoluciones a la autoridad o inhibirla, que tampoco se da en la especie. El dolo del condenado mas bien parece dirigido a la causación de daños.

Llama la atención que el voto disidente, en el párrafo X “Naturaleza y efecto de los medios empleados y evidencia de un plan premeditado”, haga alusiones erróneas respecto de lo que esta informante sostiene en sus textos, dado que confunde lo que era la “presunción”

de la finalidad terrorista que existía en el antiguo art., 1 N°1 inciso 2 de la ley con la “evidencia” de la finalidad terrorista a que se refiere el legislador. El disidente interpreta la “evidencia” de la finalidad terrorista como una presunción simplemente legal, pero luego cita, para apoyar su postura, consideraciones que esta informante hacía de la antigua “presunción” de la finalidad terrorista (y no de la “evidencia”) que fue eliminada por la reforma de la ley 20.467/2010, consideraciones que se hicieron a modo de críptica y no de justificación de la forma en la cual estaba redactada, siendo el mensaje al juzgador el tener cuidado a la hora de dar por probada la finalidad terrorista, a objeto de no incurrir en violaciones a la presunción de inocencia, o directamente al *ne bis in ídem* cuando se trate de artefacto explosivo e incendiario.

Luego en los párrafos que siguen, mezcla conceptos, algunos de los cuales resultan contradictorios con lo que expone. Alude a la idoneidad del medio para configurar una conducta como terrorista, refiriéndose esta vez a un artefacto explosivo de “suficiente intensidad” para destruir bienes y privar de la vida, para luego hacer referencia a una serie de elementos que fueron desestimados por el voto de mayoría, por obedecer más bien a consideraciones de peligrosidad y derecho penal de autor (supuestas relaciones del condenado con colectivos anarquistas insurreccionalistas” que avalan la violencia como método de lucha, entre otras), desestimación que esta informante comparte.

Más adelante y luego de hacer referencia a la idoneidad del medio, lo que en su concepto serviría para probar una finalidad terrorista, también sobre la base de esta interpretación extensiva sobre el carácter del medio (“de cualquier tipo”), indica que para el legislador ***“es indiferente”*** que el artefacto explosivo tenga una alta o baja intensidad o esté compuesto de un explosivo de elevada energía o no, es decir, que esté elaborado por *“pólvora negra” -como en la especie”*. Y agrega: *“A mayor abundamiento, al legislador no solo le es indiferente que la bomba sea de alto o bajo poder destructivo según se razonó, sino que además la magnitud de los estragos que se produzcan con el artefacto explosivo le son igualmente estoicos, pues lo que está sancionando **no es el resultado material concreto** sino que **“la afectación y puesta en riesgo de la paz social, la sana convivencia y la estabilidad institucional democrática”,** que son algunos de los bienes jurídicos protegidos por la ley que sanciona las conductas terroristas”*

Es decir, lo que el disidente sostiene es que da igual que se utilice en la comisión del delito una bomba de ruido que una de altísimo poder destructivo, la conducta siempre puede ser calificada como terrorista, lo que a juicio de esta informante es una interpretación no ajustada al principio de tipicidad, que debería ser mucho más estricto en estos casos dadas las consecuencias de estigmatización y marginación social que la calificación

terrorista acarrea, sino que además produciría un indudable efecto criminógeno favorable al uso de medios extremadamente dañosos. Si será calificado como terrorista usando cualquier medio que más da, al delincuente, usar pólvora negra que TNT. La calificación y la pena siempre serán la misma.

Por otra parte, mezcla conceptos en torno a los bienes jurídicos protegidos citando algunos que son difícilmente comprobables de manera objetiva ante el tribunal. Conceptos difusos tales como “paz social”, “sana convivencia”.

4.4. Sobre la consideración del tipo penal del art. 2 num. 4 como delito de resultado cortado. Toma de postura.

Ciertamente que el delito se consuma con la colocación o instalación del artefacto con la finalidad terrorista, pero esta finalidad, a diferencia de lo que el disidente sostiene, no determina que sea un delito de resultado cortado.

Considerar que se trata de delitos de resultado cortado implica que bastaría para la configuración del tipo la presencia en el autor de dicha finalidad, independientemente de que objetivamente se realice la conducta, con lo cual nos encontraríamos ante un verdadero delito de “intención” en el que la acción se encamina por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, entendiéndose que la consumación se produce con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que está fuera del tipo. Luego, sería un tipo penal de consumación anticipada, o que al menos se adelanta a un momento anterior al de la lesión al bien jurídico, castigándose únicamente la peligrosidad de la acción.

Es de opinión de esta informante, que “desde el punto de vista de los derechos humanos la consumación en la lesión al bien jurídico protegido, debe hacerse depender de la constatación del peligro que se produce con la conducta típica. Si como señala ROXIN ‘lo decisivo no es el resultado del mundo externo, sino el que tenga o no relación con el tipo de injusto’⁷⁰, los elementos subjetivos van a determinar el marco del juicio típico, y éste ha de depender, para la consumación, de la lesión efectiva, que es un “peligro concreto”⁷¹.

Luego, si el elemento subjetivo ha de referirse “al tipo” siendo constitutivo del mismo, necesariamente ha de referirse al bien jurídico colectivo que se pretende proteger, como “tendencia” que impregna la voluntad del agente y que encamina la

⁷⁰ ROXIN, DP. PG., Civitas, Madrid, 1997, P.313.

⁷¹ Villegas, M. 2002, Vol. II, p. 668.

dirección de la conducta hacia el “resultado de lesión” o el “resultado de peligro” para dicho bien jurídico colectivo. Luego, se trata de un *elemento subjetivo de tendencia intensificada*⁷², **de aquellos que codeterminan la clase de delito**⁷³, concretando la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa función de protección.

Interpretado de esta manera el elemento subjetivo específico del art. 1 de la ley 18.314, como tendencia o sentido subjetivo inherente a la acción típica, que no trasciende al resultado, se evita la artificiosa construcción de delitos de consumación anticipada, que normalmente en este tipo de materias (terrorismo) han servido para adelantar la punibilidad.

Luego, el delito se consuma “cuando se comprueba al menos *el resultado de peligro* (concreto) para el bien jurídico colectivo. Como bien expresa Hernández, “la caracterización como delito terrorista no es posible cuando respecto de ese eventual efecto de temor en la población, se obra solo con dolo eventual”. A mayor abundamiento agrega que “si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o 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 antiterrorista”⁷⁴.

4.5. Sobre la difusión de la conducta.

Ciertamente que la diferencia entre un terrorista y un ladrón es que mientras el ladrón no quiere que se sepa lo que hace, el terrorista busca la difusión de sus actos siendo esta la razón de la espectacularidad de muchas veces adquieren los mismos (ej. Torres gemelas) en la idea de provocar un sentimiento de inseguridad extrema en una población. La difusión que el terrorista hace es del hecho cometido, no pudiendo catalogarse como tales conductas de apoyo hacia la “persona” y no del acto mismo. En tal sentido, parece acertada la valoración de voto de mayoría. Por lo demás, tal y como lo señala el voto de mayoría, no pude obviarse que en todo delito existe una dimensión comunicativa.

4.6. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del art. 2 núm. 4

⁷² En esta opinión en España, PRATS CANUT, “*De los delitos de terrorismo*”, en QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; VALLE MUÑIZ; PRATS CANUT; TAMARIT SUMALLA; GARCÍA ALBERO; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 2ª ed. 1999, p. 1622 y MIRANDA STRAMPES, M. “*Delitos contra el Orden Público*”, en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, pp.1899-1978.

1999, p.1968.

⁷³ Utilizamos la clasificación de los elementos de tendencia intensificada que formula ROXIN (1997, p.317).

⁷⁴ Hernández Basualto, H. “*Algunas modificaciones a la ley Num, 18.314. Informe en derecho N°3. Febrero 2011*).

Respecto a la naturaleza jurídica del art. 2 N°4 se sostiene aquí que es un delito autónomo, que no tiene figura base, a diferencia de lo que sucede con los del art. 2 núm. 1. Luego, cuando el voto mayoritario califica la conducta como de aquellas de la ley de control de armas, en la interpretación de esta informante no está volviendo “al delito base” porque ni el art. 13 ni el art. 9 de la Ley Núm. 17.798 sobre Control de Armas son delitos base del art. 2 Num. 4 de la ley 18.314, no solo porque las conductas descritas no cuentan con un correlato exacto en ambas leyes, sino además porque el legislador se ocupa de asignarles una pena distinta y autónoma, que no dice relación con una agravación de penas por delitos comunes o especiales como si ocurre con otras figuras del art. 2 en relación con el art 3 de la ley 18.314.

Esta consideración, que el voto disidente expresa, y con la que se concuerda según se menciona, no implica, empero que la conducta debe ser calificada como delito de terrorismo. Según los hechos probados en la sentencia el condenado se encontraba “instalando” un artefacto explosivo en la puerta de un banco cuando éste explotó causándole lesiones. Solo ésta conducta: “instalar” cuadra con el tipo penal de terrorismo indicado, pero falta una serie de otros elementos según la interpretación del voto de mayoría y también la que aquí se sostiene conforme a la constitución, a saber: la finalidad de causar temor que sería el medio en la conducta para atentar contra el orden constitucional; que esta conducta forme parte de una estrategia de violación masiva y sistemática de derechos humanos fundamentales, que existan al menos evidencias organizativas que puedan vislumbrar que se está en presencia de la citada estrategia. El dar por probada la finalidad terrorista con alegoría del carácter de doble fuente de ilicitud del artefacto explosivo es una interpretación extensiva de la ley penal no ajustada a normas constitucionales (art. 19 num.3)

4.7. Consideraciones sobre la conducta desplegada y el Convenio para la represión de Atentados terroristas cometidos con bombas.

Una de las cuestiones que llama la atención es que de conformidad con los hechos que se dan por establecidos en el fallo y la descripción de la conducta desplegada, no solo no es acorde con el concepto constitucional de terrorismo, sino que tampoco con la normativa del Convenio para la Represión de Atentados terroristas cometidos con bombas⁷⁵, toda

⁷⁵ Artículo 2

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o
b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

vez que dicho Convenio ordena a los Estados tipificar y castigar a quien “arroja o detona” un artefacto explosivo o incendiario:

- a) en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura **y**
- b) con la finalidad de causar muerte o lesiones corporales graves, o con el propósito de causar una destrucción significativa del lugar que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

En el caso el artefacto explosivo se pretende poner en la puerta de un banco (propiedad privada sin función social y por ende fuera del concepto de “instalación de infraestructura” a que alude el convenio. La finalidad no era causar muerte o lesiones corporales graves dado que la conducta se realiza en horas de la madrugada y el inmueble no posee cajero automático, así como tampoco la de causar una “destrucción significativa” que produjere o hubiere podido producir un gran perjuicio económico, toda vez que el artefacto explosivo no era de aquellos capaces de causar una destrucción significativa que pudiese producir tal tipo de daños.

V. CONCLUSIONES

La opinión de esta informante, en una interpretación estrictamente dogmática, es que la conducta desplegada por el condenado- sin perjuicio del delito de conducción de vehículo con placa patente de otro - es simplemente constitutiva del delito de Daños, existiendo atipicidad en relación con la ley 18.314, de conformidad con la interpretación que aquí se sostiene basada en la constitución y los tratados internacionales, puesto que no se cumplen los elementos del tipo penal de terrorismo, así como también habría atipicidad en relación con el tipo penal de la ley 17.798, pues “instalar” un artefacto explosivo supone algo más que poseerlo o portarlo. Y las autolesiones no son punibles.

El voto de mayoría, en lo que esta informante considera un prudente ejercicio político criminal, entrega un argumento basado en ciertas oraciones subordinadas y entrega elementos validadores del mismo sosteniendo que la conducta debe calificarse además como posesión de artefactos explosivos, dado que en su razonamiento quien instala no puede sino poseer, lo que es también una interpretación ajustada a derecho.